UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO

REVISTA

DE LA

FACULTAD DE DERECHO

AÑO LECTIVO 1981 - 1982

No. 32

CARACAS VENEZUELA

SUMARIO

Pág.

Ponencia venezolana al Primer Coloquio sobre el Proyecto Ombudsman para América Latina 7

DOCTRINA

Los trabajos preparatorios de la Tercera Conferencia especializada interamericana sobre Derecho Internacional Privado, por *Gonzalo Parra-Aranguren* .. 73

LEGISLACION COMENTADA

Aspectos constitucionales en relación con la reforma del Código Civil, por *José Guillermo Andueza* .. 115

Alternativas a la detención y las penas privativas de la libertad en Venezuela, por *Nelson Chacón Quintana* 129

Las relaciones entre Derecho y Ambiente, por *Henrique Meier* 143

Oferta real arrendaticia, por *Hermes Harting R.* 161

ANALISIS ACADEMICO

Técnica Jurídica: El encuentro con la cibernética, *Lorenzo Fernández Gómez* 181

Crónica de la Facultad 205

UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO

REVISTA

DE LA

FACULTAD DE DERECHO

AÑO LECTIVO 1981 - 1982

No. 32

CARACAS VENEZUELA

PONENCIA VENEZOLANA AL PRIMER COLOQUIO SOBRE EL PROYECTO OMBUDSMAN PARA AMERICA LATINA

INDICE GENERAL

PÁG.

I. INTRODUCCION 13

II. FUNDAMENTACION DE LA NECESIDAD DEL OMBUDSMAN EN VENEZUELA 18

III. REVISION DE LAS INSTITUCIONES Y LEYES EXISTENTES

1. Introducción general 22
2. La Constitución Nacional y los derechos de los administrados 24
3. La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos 29
   3.1. El Estado de Derecho y el ciudadano 29
   3.2. Una Ley que consagra derechos a los administrados 31
4. La Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público 32
5. Conclusiones 33

IV. EL OMBUDSMAN EN EL DERECHO COMPARADO

1. Introducción 37
2. El Ombudsman en Suecia 38
3. Parliamentary Commissioner for Administration . 45

PÁG.

4. El Médiateur 49

5. Conclusiones 58

V. DETERMINACION DE LAS FUNCIONES DEL OMBUDSMAN EN VENEZUELA 59

VI. EL FISCAL GENERAL Y EL OMBUDSMAN 63

1. La estructura de la Administración Pública 63

2. La actividad administrativa 64

3. El control de la Administración Pública 66

CONCLUSIONES 68

INDICE POR AUTOR

INTRODUCCION	Prof. Carlos Guerón
FUNDAMENTACION DE LA NECESIDAD DEL OMBUDSMAN EN VENEZUELA	Dr. Freddy Muñoz
REVISION DE LAS INSTITUCIONES Y LEYES EXISTENTES	Dra. Cecilia Sosa
EL OMBUDSMAN EN EL DERECHO COMPARADO	Dr. Raúl Arrieta
DETERMINACION DE LAS FUNCIONES DEL OMBUDSMAN EN VENEZUELA	Profa. María H. Fernández V. Prof. Carlos Guerón
EL FISCAL GENERAL Y EL OMBUDSMAN ..	Dra. Marisol García
CONCLUSIONES	Profa. María H. Fernández V. Prof. Carlos Guerón

INTRODUCCION

Es una característica indudable de nuestro tiempo el desarrollo de la complejidad del Estado Moderno. Ella es perceptible no sólo en la observación del conjunto de organizaciones y entidades públicas, cuyo número ha crecido considerablemente en el lapso de pocos años, sino en la complejidad propia de cualquiera o cada una de ellas. El creciente número de tareas y funciones sociales que ha asumido el Estado genera la multiplicación de instituciones. La relativa "novedad" de tales tareas como responsabilidad del aparato estatal, ha obligado a innovar y diseñar esquemas organizativos y operativos, que por atender a funciones inherentemente complejas, tienen que ser ellos mismos, complejos.

El Estado-policía, guardián, juez, árbitro, fiscal, vigilante, responsable de que la actividad de los agentes de la vida social no perjudicase los derechos de otros o la "buena marcha" y funcionamiento del orden público y social, y que constituyó el estereotipo paradigmático del pensamiento liberal, se convirtió en un Estado interventor, regulador, redistribuidor, corrector, orientador y aun planificador de los objetivos de la actividad social. De velador del orden y la buena marcha del sistema, financiado por aduanas y alcabalas, pasó a ser compensador de los sectores menos favorecidos por la acción libre de las fuerzas sociales, financiado por la imposición directa a la renta de los agentes productivos. De garante de la "libertad dentro de un orden" pasó a "promotor de la justicia", a compensador de las injusticias distributivas que la libertad generaba.

Pero el cambio no se ha detenido allí. A la defensa de la Libertad, el Orden, la Justicia y la Igualdad, se le han añadido ahora los imperativos del Progreso, el Bienestar, la Prosperidad, el Desarrollo y, en algunos casos, aun del establecimiento de las condiciones para la realización de la felicidad personal. Además de guardián y supervisor y defensor y vigilante, el Estado es también promotor, empresario, productor de riqueza. Debe

desarrollar la agricultura, la ganadería, la pequeña y mediana industria, la gran industria, el arte, la cultura, la poesía, y, por qué no, la inteligencia individual de los ciudadanos. Debe desarrollar los "recursos humanos" y los recursos materiales de la sociedad. Y para ello, abordar sus tareas de Estado constructor —de infraestructura física, de redes de comunicación y transporte, de puentes, caminos, ferrocarriles y "metros"— junto con las de Estado educador, médico, promotor del deporte, abastecedor de alimentos, dotador de viviendas, cuidador de niños, sembrador de parques y jardines, embellecedor del ambiente urbano, organizador del tiempo libre, proveedor de insumos materiales y culturales, guardián de los objetos del pasado, de los productos del arte y la artesanía, depositario del legado histórico de la identidad nacional.

No se trata de pasar un juicio de valor sobre tales transformaciones, sino constatarlas. Y constatar, al mismo tiempo, el efecto que ellas tienen sobre la relación del ciudadano con el Estado. Porque de la multiplicación de funciones del Estado se deriva una multiplicación de las dimensiones de la vida personal involucradas en la relación del ciudadano con la Administración Pública. De meros "sujetos iguales" ante la Ley, dotados de una identidad, los ciudadanos son ahora contribuyentes, usuarios de servicios, educandos, adjudicatarios, deudores, acreedores, consumidores, electores, vecinos, clientes, proveedores, contratistas, arrendatarios arrendadores suscriptores, residentes, beneficiarios, empleados, recipiendarios, público, espectadores, pacientes de alguna entidad pública.

Cualesquiera sean las interpretaciones causales que se adelantan para explicar el fenómeno de la complejidad organizacional y burocrática del Estado Moderno (ideológicas, económicas, tecnológicas, políticas y culturales), aquí importa destacar fundamentalmente sus consecuencias. Y más específicamente, sus consecuencias para lo que se reconoce universalmente como los derechos del ciudadano.

Una de las tareas de los Estados que se reclaman democráticos, ha sido la de asegurar que en el curso del proceso de transformación del Estado, se garanticen esos derechos y que la proliferación de entes con autoridad funcional y de normas jurídicas y procedimientos administrativos regulatorios de tal

autoridad no reduzcan al individuo a un "súbdito", a un mero objeto contable o estadístico, a un número de cuenta, de registro, de factura, de expediente. La burocracia moderna, por la magnitud de las tareas a su cargo y el número de personas a las que atiende, tiene que recurrir a tales mecanismos de numeración, codificación, procesamiento y resolución de "casos" y diseñar procedimientos anónimos, repetitivos, regulares. normados e impersonales para realizar sus tareas. No se trata aquí de evocar nostálgicamente tiempos más simples donde el funcionario era vecino y conocido del individuo que recurría a sus servicios, sino simplemente de señalar que aún ese "caso" impersonal que se tramita ante la correspondiente oficina pública, es un individuo con derechos. Que tales derechos no se derivan de una concesión graciosa de la buena voluntad personal del funcionario, sino de la Constitución y las leyes. Y que toda administración requiere mecanismos de control externo a ella misma para velar por el cumplimiento de los mismos.

En algunos países, el problema central es que aun la validez misma de tales derechos está puesta en duda o mediatizada a nombre de intereses "superiores" del Estado, de la Seguridad y Defensa Nacional, o del Orden, o de la Revolución. En otros, que proclaman formalmente su adhesión a tales derechos, puede observarse cotidianamente su violación sistemática. La tortura, la represión, la persecución, el terror policial, el asesinato, la "desaparición", la "ejecución extrajudicial", la censura, el arresto arbitrario y sin cargos, el internamiento en campos de concentración, las restricciones arbitrarias a las libertades elementales de transitar, de salir de un país, dedicarse a alguna actividad lícita, asociarse, organizarse, pronunciarse, opinar, hablar, expresarse, escribir, publicar o participar en la vida pública, son generalizadas y crecientes. Cualquier fuente da cuenta de lo que se llama habitualmente la violación de derechos humanos.

En las sociedades donde eso ocurre habitual o sistemáticamente, se requiere algo más que un "ombudsman". Es evidente que se requieren profundos cambios políticos e institucionales que hagan posible aun la discusión misma del problema de los derechos del ciudadano. En Venezuela, tras veinticinco años de establecimiento de la democracia vigente, se ha creado un conjunto de instituciones democráticas representativas y un vasto

sistema normativo que consagran y garantizar los derechos del ciudadano, e instituciones de Derecho Público encargadas de velar por su cumplimiento. (Ver los capítulos correspondientes en este trabajo). Venezuela no necesita nuevas instituciones que protejan al individuo contra la tortura, la privación arbitraria de la libertad, los derechos políticos o la vida. No porque ocasionalmente no ocurran violaciones en ese terreno, sino porque tiene los recursos políticos, institucionales y jurídicos para corregir la violación, impedirla o sancionarla. (Ver el capítulo sobre el Fiscal General).

La complejidad que hemos señalado en estas páginas, afecta derechos de otro orden que surgen de la nueva relación entre el individuo y la administración. Su relación con el Estado Arbitro y Policía, garante del Orden, está protegida por las instituciones de control de la legalidad. Su relación con el Estado Interventor y el Estado Promotor no está igualmente protegida. Salvo el recurso contencioso y el autocontrol (ver Capítulo V) no se han desarrollado mecanismos de control externo para protegerlo de la arbitrariedad, la tardanza, la omisión, la discriminación, la desinformación, el maltrato, la arrogancia individual del funcionario, el error, la inepcia, la laguna normativa que impide considerar "su caso", el exceso normativo que puede hacerlo sujeto de disposiciones contradictorias, la discrecionalidad del funcionario, el silencio del legislador, la lentitud del trámite, la multiplicidad de agencias participantes en el proceso, el silencio del administrador o su simple ignorancia, la inseguridad acerca de los límites de sus atribuciones o su autoridad.

Todos o cualesquiera de los "vicios" señalados que, al margen de las buenas intenciones del legislador o del administrador de turno, puedan afectar el derecho del ciudadano en sus múltiples relaciones con el Estado, pueden originarse en las respuestas individuales del funcionario o en la complejidad misma de la Administración que constantemente genera nuevas entidades, nuevas tareas, nuevas regulaciones, nuevos empleados para cumplirlas, nuevos trámites, nuevos formularios, nuevas oficinas, nuevos pasos por la jungla burocrática. nuevos viajes por el laberinto institucional y normativo.

Descontando los intereses burocráticos en cuanto tales, y sin entrar en la problemática de la corrupción que la complejidad puede generar, el Ombudsman se funda no en una presunción de "enfermedad" inherente para cuya cura la institución propuesta pretende ser panacea. La discriminación arbitraria fundada en razones partidarias o grupales, el interés pecuniario del burócrata en condicionar los servicios que está obligado a prestar, o la rapidez de su prestación, al soborno o cualquier otra forma de corrupción nacida de la multiplicación de ingresos, funciones, funcionarios y responsabilidades del Estado y la consiguiente multiplicación de oportunidades para la corrupción, requieren no sólo su propia consideración conceptual sino sus propias instituciones de control.

La presunción de partida de la propuesta del Ombudsman para Venezuela es que el funcionamiento "normal" de la Administración, el funcionamiento no corrupto del mecanismo burocrático, da ocasión constante a error, omisión, práctica discriminada, lenta, arbitraria, discrecional, costosa, ineficaz y, eventualmente, atentatoria para derechos del ciudadano obligado a relacionarse con ella tanto a nivel nacional como municipal.

El Ombudsman no crea derechos, no otorga derechos, no concede gracia en ausencia de derechos, no es una institución "residual" para llenar "lagunas" en la legislación o en las funciones de vigilancia y control en "lagunas" en la legislación o en las funciones de vigilancia y control encomendadas a otras instituciones que sean ineficientes o ineficaces en el cumplimiento de sus propias tareas. El Ombudsman tiene sus propias nuevas tareas porque el Estado ha asumido nuevas, crecientes y complejas funciones de modo permanente.

Puede argüirse que las tareas del Ombudsman que se propone para Venezuela en las páginas siguientes aparezcan también tan desmesuradas, complejas, como las de la Administración misma respecto a la cual trata de constituirse en vigilante, supervisor, mediador de los derechos del ciudadano. Pero ese argumento no dice nada respecto de su necesidad. Se limita a señalar las dificultades inherentes a su implantación. Dificultades tan grandes como las que ha tenido que cumplir el Estado para transformarse de Vigilante en Promotor, de garante del Orden en responsable del Desarrollo. Un observador a quien

en la Venezuela de 1936 se le hubiese anunciado el futuro crecimiento del aparato estatal y la inmensidad de funciones que iba a cumplir en 1983. hubiera dicho que eran utópicas, absurdas, megalómanas, no sólo costosas sino impagables. Pero ese nuevo Estado ya existe con todas sus funciones nuevas. sus instituciones y normas y funcionarios. Y no ha desarrollado paralelamente los mecanismos de control externo que protejan a los ciudadanos de las implicaciones de la nueva complejidad. Es menos "utópico" proponer que las tareas ya existentes de la Administración Pública puedan ser controladas en protección de los derechos ciudadanos, que multiplicar las tareas, funciones e instituciones del Estado y creer, o fingir creer, que ello puede hacerse sin multiplicar las oportunidades de atentar contra los derechos del ciudadano o que la legislación y las instituciones ya existentes, creadas para el Estado liberal, dan adecuada garantía a los ciudadanos del complejo Estado Moderno.

Es posible que se aleguen razones sociológicas o económicas, basadas en el "atraso y el subdesarrollo", en el carácter "tropical" de nuestra Administración y sus funcionarios, para argumentar contra la factibilidad de su control eficaz. Sin embargo, tales "carencias constitutivas" que se les atribuye a las sociedades latinoamericanas (porque no somos suecos, o suizos o, presumiblemente, británicos) no parecen haber sido óbice para la instauración misma de las instituciones complejas que pensamos deben ser controladas. Crear entidades públicas en una sociedad subdesarrollada y luego anunciar que el subdesarrollo mismo impide controlar sus actuaciones frente a los ciudadanos es peor que un argumento pueril e inconsistente: es un peligroso ejercicio de autocomplacencia, resignación u olvido de la responsabilidad que el Estado asume cuando genera nuevos órganos de Administración.

No se puede ser socialdemócrata, democristiano, socialista o adherente de cualquier corriente del pensamiento universal, sin asumir al mismo tiempo, y en coherencia con las ideologías que se profesan, las responsabilidades por la garantía de los derechos ciudadanos que puedan ser afectadas por los productos normativos e institucionales de tales concepciones. Haber participado en la creación de las instituciones del Estado Moderno (como militantes políticos, o como autoridades, o como

dirigentes, o como legisladores, como ideólogos, como académicos, como profesionales o como administradores, responsables) y postular la impertinencia, inconveniencia, prescindencia o imposibilidad de crear los mecanismos de control de tales instituciones es renunciar, a priori, al sentido común. No se puede ser demócrata y negar la posibilidad de que la democracia genere los mecanismos de control que necesita, a medida que su necesidad es sentida. No se puede ser demócrata y defensor de las instituciones democráticas y negar la pertinencia de generar mecanismos de control democrático de tales instituciones. No se puede ser demócrata y no tener fe en las posibilidades de democratización de la democracia. No se puede ser demócrata habiendo dejado de creer en la democracia.

En las páginas que siguen no se adelantan proposiciones respecto a la forma de la institución del Ombudsman que proponemos. No hay organigramas, definición de atribuciones, inserción de la institución en el marco del aparato institucional existente, o evaluación de requerimientos presupuestarios y de personal. Creemos haber fundamentado la necesidad de la institución en la complejidad del Estado e inmediatamente, lo haremos en la necesidad de desarrollo de la democracia. Sigue un estudio comparado de las instituciones similares en otros países, nacidas para dar respuesta a sus específicas problemáticas. Se incluye un estudio de algunas instituciones de control externo que la democracia venezolana ha desarrollado en los últimos año. Se dedica también una sección especial a una institución especial, el Fiscal General de la República, destacando la especificidad de sus funciones y contrastándolas con las pensadas para el Ombudsman venezolano. A continuación unas breves notas sobre algunas de las funciones que el Ombudsman —los ombudsmen— de Venezuela tendría —o tendrían— inmediatamente encomendadas a nivel nacional, municipal y universitario. Finalmente, algunas conclusiones provisionales que se desprenden de los trabajos y una invitación a continuar el proceso de discusión en el futuro. Tal es la modesta y, a la vez, ambiciosa aspiración de esta ponencia que presentamos ante el Primer Coloquio Latinoamericano sobre el Ombudsman.

PROF. CARLOS GUERÓN

II. FUNDAMENTACION DE LA NECESIDAD DEL OMBUDSMAN EN VENEZUELA

La Constitución de Venezuela, tanto en su preámbulo como en su articulado, establece con carácter programático un conjunto de derechos de los individuos, ubicados en áreas esenciales de la vida en sociedad. Distintas leyes desarrollan el texto constitucional en sus disposiciones sobre derechos y reivindicaciones específicos. Y unas cuantas instituciones han sido creadas a los fines de *aplicar* lo establecido en los textos legales, o *vigilar* su aplicación, o *defender* a quienes sean afectados por el incumplimiento o la violación de lo que ellos disponen. Todos estos elementos constituyen un conjunto orgánico —o, en todo caso, pensado como tal— formalmente orientado a proteger el disfrute de derechos y a favorecer la existencia de relaciones que se consideran fundamentales en la vida social.

Algunos, tal vez muchos, de estos elementos pueden estar presentes —de hecho lo están— en los marcos jurídico e institucional de cualquier régimen político en nuestro tiempo. Lo cual se explica porque ellos constituyen factores de legitimación y justificación y éstas son en nuestra época, como en ninguna otra, necesidades ineludibles para todo régimen, cualquiera sea su naturaleza, pero se comprende con facilidad que dichos elementos tengan una *inserción característica* en el régimen democrático, y que en el mismo encuentren una expresión formal más acabada y bases mayores para la efectiva realización de los derechos con los cuales están relacionados. Porque la democracia, que se hace realidad a través de las distintas vías de participación que ella consagra, es condición esencial para lograr los avances materiales, el desarrollo multilateral y la conquista progresiva de la libertad, en los cuales encarnan prácticamente los derechos primordiales de los individuos. De manera que el régimen que postula a la democracia como valor por excelencia, está necesariamente obligalo a establecer, entre los componentes principales de sus estructuras, los fundamentos jurídicos y las bases institucionales de tales derechos primordiales.

Pero el régimen democrático está obligado también a promover la vigencia efectiva de las normas que consagran esos derechos y a garantizar, a tal efecto, el buen desempeño de las

instituciones correspondientes. En el cumplimiento de esa función tan importante se pone a prueba su condición esencial. Con él se muestra en qué medida opera dicho régimen en favor del bienestar colectivo y en qué medida son reales los principios que define acerca de los derechos de las personas. De hecho, en la práctica social venezolana alcanza niveles considerables el incumplimiento de los principios y normas que establecen derechos de los individuos. Esto ocurre en el campo de las relaciones laborales, en el ancho terreno en el cual los ciudadanos se vinculan con la Administración Pública, en la esfera de la administración de justicia, en el campo de las libertades políticas, en el de las libertades personales, en todos los espacios, en fin, donde tiene lugar la actividad social.

El señalado incumplimiento de principios y normas, y el efecto dañino que ello tiene para los intereses de los sujetos sociales, afectan generalmente a los sectores menos favorecidos de la sociedad. Este hecho, que puede ser fácilmente reconocido por vía de la percepción empírica, comporta una limitación importante de nuestro régimen democrático, pero, a su vez, debilita las bases de la vida democrática, en tanto que le disminuye a esta última su credibilidad como fundamento político de la conquista de beneficios para la mayoría, y restringe, en consecuencia, el terreno para su ejercicio.

Varios factores determinan el fenómeno en referencia. Entre ellos importa destacar:

1. La influencia dominante que sobre los centros de decisión de la sociedad ejercen los intereses más poderosos que se manifiestan en ésta. Por obra de tal influencia se genera un desfase estructural entre principios formales y proceso real, en detrimento de quienes no son, o son sólo débilmente, sujetos de poder.

2. El bajo nivel cultural de la mayoría, que afecta su conocimiento de los derechos que tiene y de los instrumentos que puede utilizar para ejercerlos, así como su disposición para reclamar y su eficacia en la acción defensora, cuando ésta es realizada.

3. El rezago de las instituciones con respecto a la marcha del proceso social y a las exigencias que de él se derivan, incluso en ausencia de conflictos de intereses.

4. Los errores, las fallas, las imperfecciones en la actividad de los organismos de la Administración Pública que tienen relación con el ejercicio de los derechos de las personas. En particular, los rasgos autoritarios que suelen ser característicos, en alguna medida, de esos organismos, lo cual obstaculiza el que ellos actúen como servidores del ciudadano.

Las distintas limitaciones que tiene la Administración Pública y el hecho de que ella sea todavía —en gran medida— un cuerpo no estrictamente profesional, sujeto a las contingencias que derivan de las confrontaciones en torno al poder político, han traído como consecuencia un fenómeno que se ha hecho característico de la sociedad venezolana: la asunción por los partidos de *una función mediadora* entre los individuos y las instituciones que deben servir a éstos, *al margen de los canales y procedimientos previstos en la normativa vigente*. Esta modalidad de comportamiento a propósito de los derechos y los intereses de las personas y los grupos sociales tiene, por lo general, efectos perjudiciales, casi siempre en detrimento de quienes conforman la mayoría, y también de la democracia como relación política. En la medida en que dicha modalidad es puesta en práctica, se produce una discriminación de los ciudadanos por parte de la Administración Pública, con arreglo a criterios que desvían a ésta del trato igualitario que debe dispensar a todos los que legítimamente requieren sus servicios, y la conducen a conceder privilegios que son fuente de desigualdad e injusticia. Se produce también un vínculo clientelar entre los partidos que realizan la mediación y los ciudadanos que se benefician de ella, en términos tales que vulneran la libertad de los mismos para hacer su escogencia política, y —lesionada la moral pública— ocurre, asimismo, un deterioro de las instituciones que intervienen en el hecho, en las cuales se debilita la condición de servidores de la colectividad entera y la disposición a actuar según reglas de validez general. Resulta, en fin, desnaturalizado el papel de los partidos. No porque a éstos resulta extraña la condición de mediadores, sino porque al asu-

mirla, como hemos señalado, contribuyen a la corrupción y a la perturbación de la labor administrativa del Estado.

La falta de realización material de derechos fundamentales formalmente reconocidos y la insatisfacción de intereses ampliamente mayoritarios que ella comporta pueden ser enfrentados diversamente, según la comprensión que se tenga de las causas y de las transformaciones que éstas exijan. En todo caso, es perfectamente admisible por un amplio arco de opiniones que el enfrentamiento eficaz de tal situación, que se ha hecho permanente porque tiene raíces estructurales, *exige un desarrollo democrático de las instituciones.* A esta conclusión conduce el análisis de la experiencia, cuando éste es efectuado desde una óptica que apunta a la defensa de los derechos esenciales de los ciudadanos. En particular, la defensa de los derechos cuyo ejercicio implica una relación de los individuos con la Administración Pública exige *un desarrollo democrático de estas relaciones,* en el sentido de fortalecer la posición y las posibilidades de los primeros. Esto puede producirse por vía de una acción orientada en varias direcciones convergentes.

1. Acercamiento de la Administración Pública a los ciudadanos, para lo cual resultaría sumamente útil la existencia de una institución expresamente encargada de vincularlos, en función de hacer valer los derechos que se materializan en la vida cotidiana.

2. Mejoramiento de la vigilancia sobre los departamentos de la Administración, la cual debe incluir tanto la que se realice por organismos especialmente facultados como la que efectúe una opinión pública debidamente informada.

3. Reforzamiento de los recursos y canales al servicio de las personas, a los fines de hacer conocer sus reclamos y procesar sus demandas.

La creación del Ombudsman puede contribuir significativamente a que se cumpla la acción en las direcciones señaladas. Con ella se desarrollaría, en virtud de la especialización de funciones que su establecimiento implicaría el cambio de las instituciones destinadas a defender derechos fundamentales de

las personas, y se ampliaría el campo de las facultades de éstas en orden al ejercicio real de tales derechos.

Desde luego, con la institución no se persigue cambiar las bases de las desigualdades observables en la sociedad. Pero sí avanzar un poco más, tal vez no tan poco, en el camino de quienes más necesitan que sus derechos sean defendidos.

Ahora bien, esto significa también avanzar en el camino de la democracia. Porque logra desarrollarla, en la medida en que ensancha los cauces de la participación. Y porque fortalece el terreno de la vida democrática, en tanto que demuestra que ésta puede ser efectivamente operante en función del amplio beneficio social.

DR. FREDDY MUÑOZ

III. REVISION DE LAS INSTITUCIONES Y LEYES EXISTENTES

1. *INTRODUCCION GENERAL*

La institución del Ombudsman está ligada al régimen jurídico de las libertades públicas y concretamente a la garantía de esas libertades. Es decir, que en forma organizada se consagra un procedimiento no jurisdiccional, no contencioso, que permite el control de la legalidad por un sistema de instancia especializada.

Las libertades públicas proclamadas generalmente por el legislador, pueden ser desconocidas o violadas por la autoridad administrativa. Un régimen de derecho positivo de esas libertades debe conllevar a su garantía, y es la Constitución Nacional la que organiza la garantía de los derechos.

Existe un conjunto de recursos a disposición del ciudadano, los cuales se clasifican según las autoridades ante quienes se pueden intentar. De allí proviene la distinción entre los recursos jurisdiccionales y los no jurisdiccionales, siendo los segundos los que se intentan ante las autoridades administrativas o guber-

namentales, y consagrados en Venezuela en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Los recursos no contenciosos, el de revisión, el jerárquico y el de reconsideración, se diferencian del recurso de petición (Art. 67 de la Constitución Nacional), en que este último viene a constituir también para algunos autores, un recurso no contencioso; pero más que un recurso constituye un derecho definido como aquel que pertenece a una persona para llamar la atención de la Administración o de los Poderes Públicos, sobre una cuestión o una situación. Si ese derecho de petición se concreta como una acción, aparece como un recurso, pero puede ser también la manifestación de la libertad de opinión y revestir el carácter de una información o de un deseo dirigido a ciertas autoridades.

La distinción entre la petición de interés individual (petición-recurso) y la petición de interés general (petición-información) se sustenta en que el segundo conlleva una especie de participación del individuo, por lo que se considera reservado a la condición del ciudadano; mientras el recurso propiamente debe ser posible ejercitarlo por cualquier persona víctima de un acto arbitrario, posea ésta o no derechos políticos.

Cuando se habla del Ombudsman, se trata de la intervención de las autoridades que estarían encargadas de ejercer un control sobre los actos u omisiones de la Administración, sin que esta autoridad tenga el carácter de una jurisdicción, ni administrativa ni jurisdiccional. La aclaratoria de que no constituye una instancia de jurisdicción administrativa se debe a que el ejercicio de los recursos en la vía administrativa no se sustituyen por la actividad que pueda cumplir el Ombudsman. Por ello, como instancia especializada, debe distinguirse al Ombudsman como la solución de crear un sistema particular de defensa de los ciudadanos. Es por ello que los poderes de la institución no llegan a la anulación de un acto, sino a realizar averiguaciones, investigaciones, y a constatar que el acto incriminado es ilegal o contrario a una sana práctica administrativa.

2. LA CONSTITUCION NACIONAL Y LOS DERECHOS DE LOS ADMINISTRADOS

El capítulo constitucional referido a los derechos individuales, contiene una norma (Art. 67) que declara: "Todos tien el derecho de representar o dirigir peticiones ante cualquier entidad o funcionario público, sobre los asuntos que sean de la competencia de éstos y a obtener oportuna respuesta", con lo cual podría argumentarse que ese derecho de petición se refiere sólo a la actuación de entidades o funcionarios que actúen dentro del campo de los derechos individuales, es decir, que se refiere al ejercicio de la libertad y al resguardo de la seguridad personales. Asimismo, la norma que se comenta, al consagrar el derecho de petición lo hace de tal manera que los organismos requieren sólo para dar la oportuna respuesta, que sean competentes por la materia, sin distinguir si se refiere a la Administración Pública Nacional, sino que pareciera se refiere al conjunto de los Poderes Públicos y también a los Organos Nacionales, Estadales y Municipales.

Por su parte, las Disposiciones Generales del Título de la Constitución Nacional relativo a los Deberes, Derechos y Garantías, consagran dos disposiciones que cobran valor a la luz del derecho de petición antes mencionado; se trata de los artículos 49 y 50 de la Constitución Nacional.

El primero de ellos, es decir, el artículo 49, expresa:

"Los Tribunales ampararán a todo habitante de la República en el goce y ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución establece, en conformidad con la Ley".[1]

Mientras que el artículo 50 consagra el principio según el cual:

"La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamen en ella.

La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos".

1. Véase a tal efecto la disposición Transitoria Quinta de la Constitución Nacional.

Ciertamente, el interés de resaltar el contenido de estas disposiciones constitucionales se pone de manifiesto si se cotejan por una parte, con las atribuciones que se le señalan al Ministerio Público (Fiscalía General de la República) en el artículo 220 de la Constitución, y por otra parte, porque aun cuando se declara que el ejercicio de los derechos opera por mandato mismo de la Constitución, la norma (Art. 50) establece una reserva legal general para cualquier reglamentación de los derechos garantizados.

En la búsqueda de los antecedentes constitucionales que garanticen la actuación de los poderes públicos ajustada a derecho, la Constitución Nacional, al crear los órganos de rango constitucional, establece un criterio de repartición de fun,iones en cuanto al control de la legalidad, y, por supuesto, para controlar en consecuencia la arbitrariedad de los órganos del Poder Público, en cualquiera de sus niveles político-territoriales.

Así, el Poder Ejecutivo Nacional dispone de la Procuraduría General de la República, la cuál tiene, entre sus funciones (Artículo 202 C.N.), dictaminar y asesorar jurídicamente a la Administración Pública Nacional, además de las atribuciones que le otorguen las leyes. Es decir, ejerce en cierta manera el control a priori de los actos del Ejecutivo Nacional de acuerdo a lo previsto en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

El Poder Judicia,l a su vez, dispone del Consejo de la Judicatura, cuyo objeto (Art. 217 C.N.) es asegurar la independencia, eficacia, disciplina y decoro de los Tribunales. Si bien no podría decirse que ejerce control de la legalidad sobre las decisiones de los jueces, sí vela por la eficacia y la disciplina consecuencia de la observancia de las leyes que regulan las obligaciones y deberes de los mismos, como la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y la Ley Orgánica del Poder Judicial, entre otras. El Consejo de la Judicatura, previsto en el Artículo 217 de la Constitución Nacional y creado en el artículo 34 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el cual en su literal d) establece que tiene atribución para conocer de oficio, por denuncia, o a instancia de parte de las faltas cometidas por los miembros del Poder Judicial y los Defensores Públicos de Presos en toda la República.

El Ministerio Público es regulado en la Constitución Nacional en el mismo título del Poder Judicial y corresponde a éste "velar por la exacta observancia de la Constitución y de leyes"; obsérvese que no se habla de actos o decisiones del Ejecutivo, pero sobreentendemos, en aplicación del principio de la legalidad, que los actos del Ejecutivo requieren de una base en la Ley para el ejercicio de la potestad administrativa. Las atribuciones del Ministerio Público se concretan entre otras a:

1. Velar por el respeto de los derechos y garantías constitucionales.
2. Velar por la celeridad y buena marcha de la administración de justicia, y porque en los Tribunales de la República se apliquen rectamente las leyes.
3. Velar por el correcto cumplimiento de las leyes y la garantía de los derechos humanos.
4. Intentar las acciones a que hubiere lugar para hacer efectiva la responsabilidad civil, penal, administrativa o disciplinaria en que hubieren incurrido los funcionarios públicos con motivo del ejercicio de sus funciones; y
5. Las demás que le atribuyen las leyes.

Estas atribuciones del Ministerio Público no menoscaban el ejercicio de los derechos y acciones que correspondan a los particulares o a otros funcionarios de acuerdo a la Constitución y las leyes.

Por su parte, como formando parte del Título de la Hacienda Pública, la Constitución Nacional establece a la Contraloría General de la República como el órgano encargado del control, vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos y bienes nacionales, así como de las operaciones relativas a los mismos. Asimismo, la facultad (Artículo 235 C.N.) para extender sus funciones a los Institutos Autónomos y administraciones estadales o municipales de acuerdo a la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. Es precisamente esa Ley la que consagra el control de la legalidad de las actuaciones de los órganos de la Administración referidos a las operaciones que realicen en relación a los ingresos, gastos y bienes nacionales.

Si la Contraloría ejerce el control financiero de la legalidad, corresponde al Congreso Nacional el control de la Administración Pública Nacional (Arts. 139 y 236 de la C.N.), a cuyos efectos tiene potestad de citar y hacer comparecer ante sí a cualquier miembro del Poder Ejecutivo (excepto al Presidente), y naturalmente a los Ministros. Estos últimos pueden ser interpelados y censurados por sus actos. Por tanto, el control parlamentario sobre la Administración Pública está indisolublemente unido y vinculado a la responsabilidad del Estado y de sus funcionarios (Arts. 160, 121 y 46 C.N.). Es precisamente la garantía del Estado de Derecho, que la Administración Pública pueda ser controlada y la responsabilidad constatada y declarada por los órganos estatales, sea por iniciativa propia o a instancia de los ciudadanos, según los casos. De acuerdo al órgano que la constate y declare, la decisión respectiva tendrá los efectos previstos expresamente en la Constitución y las leyes.

3. *LA LEY ORGANICA DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS*

3.1. *El Estado de Derecho y el ciudadano*

El Estado de Derecho pretende que todas las decisiones se ajusten a la legalidad más absoluta, y se tiende a dotar a los administrados de un completo sistema de garantías jurisdiccionales, lo cual implica que se limiten los poderes de la Administración. Como el Estado no se encuentra en igualdad de condiciones con los particulares y sus fines son superiores y sus actividades más complejas, ese mismo Estado de Derecho requiere de un amplio sistema de garantías de los administrados para no temer por la institucionalización de la desigualdad antes señalada.

Por ello, la Administración debe tener su campo de acción claramente delimitado; existir contralores de la legalidad de sus actos; organismos ante quien impugnarlos en caso de irregularidad, y recursos que hacer valer.

Consecuencia inmediata de la expansión de la actividad administrativa, del aumento de los servicios públicos, es el aumento de la actividad controlable.

Es por ello que la figura del Ombudsman y de todas aquellas que con el tiempo se han ido inspirando en su ejemplo, constituyan experiencias dignas de estudio y análisis por ser ejemplos de protección y defensa de los administrados.

Tal vez el principio de organización y funcionamiento de la Administración Pública sea que ella es la más importante y perfeccionada maquinaria de protección y gestión en favor del ciudadano. Si cualquier desviación o abuso hubiera en tal gestión, para eso están ya estructurados toda una serie de cauces procesales y jurisdiccionales con la garantía de imparcialidad.

La justicia administrativa, estructurada en sus bien definidas y complementarias ramas, la vía interna del recurso administrativo y la vía jurisdiccional encauzada a través de la labor de los Tribunales del contencioso-administrativo.

Pretender que el administrado se encuentra suficientemente amparado ante el injusto administrativo por la consagración de las vías administrativas y jurisdiccionales, encuentra respuesta precisamente en el incesante crecimiento del actuar ilegal de la administración por el creciente aumento de sentencias que así lo determinan. Pero si ello fuera poco, los administrados que se lanzan a la vía del recurso en uno o en ambos planos es proporcionalmente ínfimo. La ignorancia o el temor a consecuencias imprevisibles por parte de quien ve sus actos y decisiones impugnadas, hace que multitud de auténticos desafueros jurídicos se consoliden. Si a ello se agrega lo costoso que en ocasiones resultan tales procedimientos y el tiempo que tardan en resolverse, hace que realmente la vía jurisdiccional sea, en razón de sus propias deficiencias, solamente utilizada por una minoría de administrados directa o indirectamente afectados por un "injusto administrativo".

De esta forma la soledad del administrado en sus relaciones con la Administración Pública, zarandeado por un mar de disposiciones que prácticamente ignora y de resoluciones que le afectan grandemente, se hace día a día más patente y a idéntico ritmo que el acrecentamiento de la acción interventora de la Administración Pública en la ordenación del contexto social.

Si el hombre, si el ciudadano, si el administrado tiene que protegerse contra algo es de la Administración Pública, pues

como es vital esa maquinaria para su subsistencia, también por ser impersonal y por su génerica actividad gestora del interés y de los servicios públicos, eso la puede llevar a convertirse en auténtico instrumento de opresión más que de libertad.

Pretender que la Administración pueda llegar a autocontrolarse eficazmente a través de la acción de vigilancia y tutela de los órganos superiores sobre los inferiores o de la acción fiscalizadora de los Tribunales de Justicia, es insuficiente.

3.2. *Una Ley que consagra derechos a los administrados.*

La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, se la califica como una Ley que regula el equilibrio entre poderes y prerrogativas de la Administración, entre sus propios deberes y los derechos del particular con las propias obligaciones que le impone.

Esta Ley sin duda llena un vacío importante en el Ordenamiento Jurídico venezolano, y consagra, pues, los derechos de los interesados, entre los cuales están el derecho de petición y la respuesta, derecho de igualdad, derecho a la seguridad jurídica, derecho a la información, derecho a la certeza y derecho a la prescripción.

Ahora bien, no es el momento de desarrollar el contenido de estos derechos, pero sí resaltar que la Ley califica cuál administrado puede ejercitar esos derechos, exigiéndole la condición de interesado. El artículo 2 expresa: "Toda persona interesada podrá, por sí o por medio de su representante, dirigir instancias o peticiones a cualquier organismo, entidad o autoridad administrativa...", y luego el artículo 22 consagra la condición de interesado al decir: "Se considerarán interesados, a los efectos de esta Ley, a las personas naturales o jurídicas a que se refieren los artículos 112 y 121 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia". Por lo cual, se consideran interesados los que reúnen la cualidad para intentar recursos contencioso-administrativos de anulación contra los actos administrativos de efectos generales y de efectos particulares. Tiene entonces que haber una lesión de un interés, si el acto es de efectos generales, y un interés personal, legítimo

y directo, si se trata de un acto administrativo de efectos particulares. En esta forma, puede decirse que en la Ley Orgánica existe una restricción al derecho de petición (Art. 67 C.N.) puesto que sólo garantiza como derecho a los interesados, en los términos del artículo 22 de la Ley y 121 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, y los recursos de impugnación proceden contra los actos de efectos particulares.

4. *LA LEY ORGANICA DE SALVAGUARDA DEL PATRIMONIO PUBLICO*

(23-12-1982 G.O. Nº 3.007 - Extraordinaria)

La Constitución Nacional consagra en sus artículos 46 y 121, la responsabilidad penal, civil y administrativa en relación a los actos que menoscaban los derechos garantizados en esta Constitución y declara que el ejercicio del Poder Público acarrea responsabilidad individual por abuso de poder o por violación de la Ley. Esa violación (abuso de poder) conforma una irregularidad jurídica sobre la base de una regla infringida (nacional, estadal o municipal).

A su vez, el Ministerio Público es el órgano que está facultado para intentar las acciones a que hubiere lugar para hacer efectiva la responsabilidad (civil, penal, administrativa o disciplinaria) en que hubieren incurrido los funcionarios públicos con motivo del ejercicio de sus funciones.

Por su parte, la Ley que comentamos tiene por objeto prevenir, perseguir y sancionar el enriquecimiento ilícito y los delitos contra la cosa pública, y hacer efectiva la responsabilidad (penal, civil, administrativa y disciplinaria) de los funcionarios y demás personas que en ella se indican (Art. 1).

La Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público establece en su artículo 48 que "Del estudio de las declaraciones juradas de patrimonio presentadas por los obligados a ello, de la denuncia que formulase el Ministerio Público, o cualquier persona debidamente identificada, o del conocimiento de la Contraloría General de la República, apareciere que se han cometido hechos irregulares contemplados en esta ley y presuntamente generadores o reveladores de enriquecimiento ilícito, la Contraloría General de la República por auto motivado, acor-

dará iniciar la investigación correspondiente y ordenará practicar las diligencias encaminadas a demostrar los referidos hechos ilícitos".

La importancia de considerar esta Ley se debe precisamente a que constituye un medio de control de la actividad (no de la Administración) de los funcionarios y otras personas señaladas en el texto de la ley, para proteger el patrimonio público.

Faculta la Ley, entonces, la apertura de una averiguación por la Contraloría General de la República y luego declarar la responsabilidad administrativa, habiéndose iniciado el procedimiento por una denuncia de cualquier persona debidamente identificada.

Podría entenderse en este caso, que la Contraloría General de la República actúa como un Ombudsman de control de la Administración a instancia de un particular, y en base a una denuncia que sólo se justifica en razón de un interés general.

El carácter de órgano con autonomía funcional que le otorga la Carta Fundamental a la Contraloría, es decir, que su actuación tiene autonomía en relación a los tres poderes clásicos, Ejecutivo, Legislativo y Judicial, le dan posibilidad de actuar con independencia y de ejercer el control financiero sobre la Administración.

5. *CONCLUSIONES*

Se ha señalado que la Administración Pública puede ser controlada por el Congreso Nacional, por los órganos del Poder Judicial y por los órganos administrativos que gozan de autonomía funcional.

Debe destacarse entonces que los Tribunales de la República pueden controlar la Administración Pública y sus funcionarios, por razones de ilegalidad o declarando la responsabilidad tanto de la Administración como de los funcionarios. Los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder,

condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración, y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa.

En cuanto a los órganos con autonomía funcional, indicamos que la Contraloría General de la República y la Fiscalía (Ministerio Público) tienen, respectivamente, funciones para dictar auto de responsabilidad administrativa a los funcionarios públicos, y puede dictar reparos en cuanto a las cuentas que tiene que rendir, y en cuanto a la Fiscalía puede constatar y declarar la responsabilidad administrativa, civil o penal de los funcionarios y en consecuencia intentar las acciones respectivas para hacerlas efectivas.

Asimismo, se han destacado algunas leyes especiales que consagran la denuncia y la petición como instrumentos de participación de irregularidades y deficiencias de la Administración Pública. También otras leyes, como la Ley de Protección al Consumidor, consagra procedimientos específicos para proteger a los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos económicos.

Sin embargo, conviene recordar que ya en 1972 se consideró que "los sistemas jurídicos de protección clásica, aunque sean más perfeccionados, son frecuentemente inoperantes... en consecuencia, conviene considerar con interés la institución de un órgano que acoja y tramite las peticiones y tenga acceso a los documentos internos de los servicios públicos..." [2].

El cúmulo de actividades que la Administración Pública desarrolla y la creciente amplitud de su esfera de actuación para el cumplimiento de sus fines, ha hecho que los medios tradicionales para controlar la Administración no resulten suficientes. Por ello el tema del Ombudsman debe suscitar una reacción de estudio y reflexión, puesto que si bien es cierto que es una originalidad geográfica dada, su adaptabilidad a los diversos sistemas políticos en que se han creado, la presentan adaptable a las características propias de cada país.

---

2. Conferencia Parlamentaria convocada por la Asamblea Consultiva del Consejo de Europeo. Strasburg, 1972.

Si bien, por otra parte, el sistema democrático en sí debe procurarse organizaciones que coadyuven a la buena administración de la estructura burocrática y defiendan al administrado de la opresión o el atropello de sus derechos y libertades fundamentales.

Desde esta perspectiva el Ombudsman puede funcionar sólo en un sistema político y constitucional realmente democrático, puesto que constituye un órgano independiente de fiscalización en un sistema político y constitucional realmente democrático, al servicio de la Administración, del Legislativo y, también puede ser el caso, del Judicial.

Ahora bien, la creación de un Ombudsman exige:

—Plantearse el delicado problema de compaginar la "justicia administrativa", en el sentido amplio del término, es decir, la vía administrativa y la vía contenciosa, con la actividad fiscalizadora del Ombudsman.

—No pretender sustituir los imprescindibles canales de las acciones de recurso en vía administrativa o jurisdiccional, puesto que su finalidad es precisamente colaborar en la perfección y eficacia de los instrumentos e instituciones de que dispone una sociedad para luchar contra el abuso de poder y la injusticia.

—Enfrentar la necesidad de potenciar e instaurar el principio de garantía del particular frente a la Administración. Es por ello que la sola creación de Oficinas de Información, Iniciativas y Reclamaciones sólo se convierten en un consuelo para los administradores, sin la efectividad de un control externo a la función administrativa. La deficiencia de estas oficinas se basa en que no están previstas como organismos de control de la legalidad y porque el autocontrol de la Administración no asegura la independencia del mismo.

—Reconocer en toda su auténtica gravedad el hecho indiscutible de que el administrado en Venezuela no se encuentra suficientemente amparado, contra todo lo que supone y resume tan significativamente el término anglosajón de "mala administración".

—Evaluar la eficacia del recurso de queja previsto en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

—Considerar el funcionamiento del contencioso-administrativo como un limitado camino para controlar a la Administración.

En síntesis, el Ombudsman tiene como misión defender la legalidad y los derechos de los particulares frente a las transgresiones de la Administración Pública, investigando y poniendo de relieve sus errores, negligencia o dolo para que sean superados.

Frente al control jerárquico privativo de la propia Administración, ofrece la ventaja de tratarse de un órgano externo, ajeno a ella. Frente al control parlamentario, insuficiente para atender todos los casos y con móviles políticos, presenta la objetividad y profesionalidad de la función. Frente al carácter costoso, complicado y lento del control judicial, ofrece un procedimiento ágil, gratuito, rápido y flexible. Al administrado le basta con dirigir un escrito desprovisto de formalidades y las actuaciones se ponen en marcha, con unos medios de investigación eficaces y apropiados para tomar conocimiento de la realidad: examen de todos los documentos, interrogatorio de funcionarios y entrada en las dependencias administrativas. además, no sólo vigila la aplicación de la Ley, sino que examina prácticas administrativas y formas de actuación que no quedan bajo el control jurisdiccional, resuelve el caso concreto y sobre él extrae conclusiones de general aplicación, realizando una crítica constructiva de las deficiencias detectadas y dando recomendaciones para mejorar las relaciones Administración-administrado.

Ahora bien, quizás lo ideal sería mejorar la acción administrativa antes que aumentar los instrumentos de tutela y corrección, porque la institución carece de facultades para anular o reformar actos y modificar resoluciones; sus poderes consisten en indicar, proponer, persuadir, razonar, pero sin fuerza obligatoria para la Administración. Por ello, la institución requiere, para que los resultados respondan plenamente a las expectativas despertadas, que la propia estructura de la Administración Pública y la mentalidad de los funcionarios esté preparada para aceptar este instrumento nuevo.

DRA. CECILIA SOSA

IV. EL OMBUDSMAN EN EL DERECHO COMPARADO

1. *INTRODUCCION*

El ombudsman es un comisionado del Congreso (o Parlamento) para investigar las denuncias de los ciudadanos en contra de los abusos cometidos por la Administración y/o burocracia.

Es una forma institucional que protege los derechos constitucionales de los individuos frente a la proliferación de la administración y al creciente aumento de sus poderes. La protección la realiza, fundamentalmente, forzando a los funcionarios públicos a abrirle, y a través de él a todo el público, los antecedentes así como los expedientes y procedimientos en toda actuación administrativa, que de otra manera quedarían en el secreto.

Originalmente la institución se crea en Suecia en 1809-1810 y ha sido adoptada en varias formas por otros países: Noruega, Dinamarca, Nueva Zelandia, Reino Unido, República Federal Alemana, Israel, Francia y algunos Estados de Estados Unidos de Norteamérica, y por Australia y algunas provincias del Canadá.

Por regla general, el Poder Legislativo nombra al ombudsman, pero no puede interferir en el trabajo que realiza; en ningún caso implica subordinación. Su autoridad se extiende sobre toda la Administración Pública, incluyendo a Institutos Autónomos, empresas del Estado y cualquiera otra forma que adopte la administración descentralizada. Sin embargo, algunos países excluyen de la competencia del ombudsman el control sobre el gobierno municipal (Nueva Zelandia y Noruega); igualmente pueden excluirse las decisiones del Gabinete de Ministros (Suecia, Noruega, Nueva Zelandia y Gran Bretaña) y a los Tribunales de justicia.

Pueden crearse ombudsmen especializados que ejercen su jurisdicción solamente sobre la policía (Israel), sobre el Servicio Nacional de Salud (Gran Bretaña), o sobre los tratamientos médicos a que deben someterse los presos (Minessota, Connecticut, Michigan y Kansas).

A nivel municipal algunas veces existen separados ombudsmen para una ciudad en particular: Dayton, Ohio y Seattle, Washington, en EE.UU., y Jerusalén, Tel Aviv-Yafe y Haifa, en Israel. Gran Bretaña ha creado la figura de la Comisión para la Administración local.

En Noruega, la figura del ombudsman militar fue introducida en 1952. Su función está dirigida a cuestionar conductas de militares que podrían ser ofensas disciplinarias o penales.

El ombudsman militar sueco (1915) conoce de todas las sentencias dictadas por cortes militares, de los informes de las cárceles militares y asegura la observancia de todas las regulaciones por toda persona que trabaja o está involucrada en la administración militar. En otros países, Finlandia y República Federal de Alemania, se usa la figura del ombudsman militar como vía de apelación de las resoluciones militares; sin embargo se ha notado una cierta reluctancia en usarla, quizás debido a la tendencia de los militares de no mezclar civiles en sus asuntos.

2. *EL OMBUDSMAN EN SUECIA*

Cualquier estudio que se haga sobre la institución del ombudsman en el derecho comparado, debe necesariamente incluir al ombudsman en Suecia, al mediateur en Francia, al parlamentary commissioner for administration en Gran Bretaña y los ombudsmen en Israel, por cuanto presentan importantes contrastes entre sí que facilitan un estudio comparado.

El ombudsman sueco representa al más antiguo y poderoso de los ombudsmen. El mediateur es el más sorpresivo y uno de los más nuevos, ya que para muchos observadores era innecesario para Francia, país que posee el sistema de justicia más desarrollado. El parlamentary commissioner for administration, es en muchos aspectos el más débil, el más pobre en competencias, pero a lo largo de los últimos diez años ha logrado notables logros en particular en lo referente a facultades para investigar y procedimientos a seguirse. Finalmente los ombudsmen israelíes son indudablemente los más evolucionados y se ha logrado imponerlos en las principales ciudades. Injusto sería no citar el caso de Canadá con sus ombudsmen provinciales, pero

la necesidad de ajustarnos a una extensión determinada de páginas en nuestro análisis, nos lleva necesariamente a tener que compendiar en muchos casos la información, y, en otros, definitivamente eliminarla, o hacer simples informaciones referenciales.

En 1713 el Rey de Suecia designó un funcionario que sería conocido con el nombre de Canciller de Justicia, para investigar las denuncias en contra de los funcionarios reales. Cuando Suecia se da la Constitución democrática de 1809, a partir de la institución del Canciller de Justicia, se crea la figura del ombudsman y aparece como el símbolo de la separación de poderes, así como personaje encargado de controlar que las leyes sean respetadas, tanto por las instancias administrativas como por los Tribunales de justicia. Bajo el imperio de la Constitución de 1809 el Parlamento designa al justitieombudsman para que investigue los reclamos de los ciudadanos. El ombudsman es independiente del Parlamento, a pesar de su nombramiento, y depende de la sola Ley.

En 1915 se creó, por decisión del Parlamento, un segundo ombudsman conocido como militieombudsman, que asumió la responsabilidad de investigar los reclamos en contra de las Fuerzas Armadas, y los asuntos administrativos militares.

Como consecuencia del recargo de trabajo del justitieombudsman y la disminución de la del militieombudsman, en 1968 el Parlamento decidió eliminar este último y crear tres ombudsmen para el cargo de justitieombudsman. Uno sería competente para conocer de los reclamos en contra de las Fuerzas Armadas y en contra de algunos sectores de la administración pública que se determinarían. Los tres ombudsmen de consuno, se reparten las respectivas competencias en lo referente a la investigación por denuncias en contra de la Administración Pública.

Igualmente con la Reforma de 1968 el Parlamento creó dos suplentes, que no fueron asignados a ningún sector en particular, pero que actuarían como asistentes generales de los tres ombudsmen. Sin embargo, al poco tiempo esta reforma demostró ser insuficiente; falta de coordinación, necesidad de más personal, aumento en el número de casos y varias otras, llevaron al Parlamento en 1972 a designar un Comité para que estu-

diara la situación y propusiera soluciones. En 1975 la Comisión dio su veredicto y como consecuencia se aprueba una nueva forma de organización del ombudsman, así como otras reformas al trabajo que realiza. En noviembre de 1975 son aprobadas estas reformas por el Parlamento, para que entraran en efecto en la primavera de 1976.

Bajo la nueva organización hay, ahora, cuatro ombudsman y se suprime el cargo de suplentes. Uno de los ombudsmen es elegido por el Parlamento para que ejerza el cargo de Ombudsman-Jefe y Director Administrativo de la oficina del Ombudsman. Coordina el trabajo de los otros ombudsmen, y en consulta con ellos decide las áreas del gobierno sobre las que cada uno tiene responsabilidades para investigar denuncias o iniciar investigaciones de oficio. Entre los cuatro ombudsmen cubren toda la Administración Pública: central, descentralizada y local.

La división de competencias se realiza de la siguiente manera:

Ombudsman jefe: supervisar el cumplimiento de la ley para que asegure a todos los ciudadanos acceso a documentos oficiales en todos los niveles del gobierno. Igualmente está encargado de investigar los problemas que se presenten en materia de estadística e informática y en materia de personal a todo nivel de la Administración. Finalmente investiga los casos de especial relevancia.

Ombudsman uno: supervisa los Tribunales de justicia, incluyendo la Corte Suprema, los Fiscales Públicos, la policía y prisiones.

Ombudsman dos: es el encargado de los sectores Hacienda e impuestos, y seguridad social.

Ombudsman tres: supervisa a las Fuerzas Armadas y todos los asuntos en materia civil que no sean competencia de los otros ombudsmen.

Los ombudsmen en Suecia no tienen competencia para investigar las decisiones de los funcionarios electos por votación popular, esto es, los funcionarios del Parlamento y los miembros electos de las autoridades locales. Igualmente no pueden

tomar ninguna iniciativa en materias y actos decididos en Consejo de Ministros.

La legislación adoptada en 1975 limita el rol de los ombudsmen para procesar a los funcionarios. El énfasis está puesto en el derecho que tienen para instruir procedimientos disciplinarios en contra de los funcionarios encontrados responsables de conductas ilegales o de malas prácticas administrativas; sin embargo, hay casos en que dada la gravedad de la transgresión, el ombudsman debe necesariamente someter a juicio al funcionario en cuestión.

Las facultades para procesar son de las más controvertidas del ombudsman sueco, ya que se dirige a todo funcionario, incluyendo jueces y magistrados. En efecto, en el caso de los jueces, la investigación está dirigida a determinar su comportamiento durante el proceso, y que es exactamente el objeto de la denuncia y de la investigación. Este aspecto es uno de los que más intrigan a los especialistas en estas materias, y tales facultades es sólo posible encontrarlas además de en el ombudsman sueco, en el ombudsman inglés finlandés, y ello por razones históricas, por lo demás comprensibles.

Es necesario enfatizar que son contados los casos en que el ombudsman ha hecho procesar a un funcionario; en 1975 por ejemplo, de 2.293 casos investigados por el ombudsman, sólo tres ameritaron ser procesados. La observancia de las recomendaciones del ombudsman son seguidas con tal seriedad y rigurosidad por el Gobierno, que según el Ombudsman-Jefe, señor Lundvik, en su experiencia nunca un órgano de la Administración Central o Descentralizada, nacional o local, ha dejado de actuar acorde a las instrucciones del ombudsman. Aunque por otra parte el Gobierno no siempre sigue las sugerencias del ombudsman en orden a cambiar las leyes. Lo que por lo demás es bastante justo, ya que un gobierno no sólo debe ajustarse a la legalidad, sino que tener especialmente en cuenta la oportunidad y mérito de un cambio legal determinado.

Otro aspecto particularmente interesante es la capacidad de iniciativa para investigar de que está dotada la institución sueca. Por ejemplo, en 1975 el ombudsman completó 400 casos de investigaciones por iniciativa propia. En 202 casos amonestó

a las oficinas del Gobierno y en 6 hizo proposiciones al Parlamento para introducir cambios legislativos.

En Suecia es frecuente que muchas veces se inicien investigaciones no sólo por denuncias de particulares, sino por propia iniciativa de cualquiera de los ombudsmen al tener conocimiento de informaciones provenientes de los medios de comunicación, o bien por el estudio de los avisos o información proporcionados por la prensa y la televisión.

Igualmente importante, como fuente de iniciativa para las investigaciones, son las visitas inspectivas que realizan los ombudsmen. Recordemos que los ombudsmen tienen facultades para realizar visitas inspectivas a los Tribunales de justicia, a las oficinas de la Administración Pública, hospitales, prisiones, unidades militares, etc. Antes de la reforma de 1975, cada ombudsmen dedicaba 30 días laborales al año en visitas inspectivas; sin embargo, como consecuencia del aumento de trabajo por una parte, y a un instructivo de que se hicieran aquellas visitas que realmente el ombudsman deseara y se relacionara con instituciones en que se sabe que la situación es insatisfactoria.

Particularmente interesante resulta la evolución de los procedimientos seguidos por el ombudsman para llevar a cabo una investigación. Antes de 1975 en la mayoría de los casos los ombudsmen y su personal hacían sus recomendaciones sobre la base de evidencias escritas y no entrevistaban a los empleados públicos que eran el sujeto de la denuncia. Sin embargo, actualmente las entrevistas y declaraciones orales se han hecho una práctica corriente; debido al recargo de trabajo del ombudsman, muchas veces son tomadas por personal de su oficina, o por Fiscales públicos, o jefes de policía a petición del ombudsman, con quien están obligados a cooperar.

Durante el proceso los ombudsmen pueden solicitar cualquier documento y bajo pretexto alguno puede ser impedido conocer de él. Al escribir sus informes no puede citar ningún documento que sea clasificado como asunto de seguridad. Todos los informes de los ombudsmen están abiertos a la prensa y al público en general, así como las demandas o solicitudes que se le presentan. Este grado de acceso a esa información nace del principio del público acceso a todos los documentos públicos

y que fuera establecido en 1976, conjuntamente con la libertad de prensa.

Un problema de competencia que suele presentarse es con el Canciller de Justicia. Vimos que el Justitieombudsman fue creado por la Constitución de 1809, partiendo de la figura del Canciller de Justicia, pero conjuntamente con él, ya que se conservó esta otra institución. El Canciller de Justicia investiga denuncias y lleva a cabo inspecciones en aspectos y en forma bastante similar a la de los cuatro ombudsmen. Cuando un reclamo es hecho por escrito a ambos, se comunican las respectivas oficinas por teléfono, y el que recibió primero el reclamo es el órgano competente. Esta situación cada día se presenta menos, porque el Canciller de Justicia cumple otras funciones, como actuar de asesor jurídico del Gobierno, velar por el cumplimiento del Código de Prensa e investigar las denuncias que el Gobierno hace. En otros términos, el problema de competencia se ha ido resolviendo por una división del trabajo en función del órgano en que se origina la denuncia.

Otro aspecto del problema de competencia se plantea cuando una denuncia efectuada al ombudsman está siendo ya conocida por los Tribunales de justicia, o bien, después de hecha la denuncia es llevada a los Tribunales. La regla general, en casi todas las legislaciones, es que inhiba el ombudsman y prive la competencia de los Tribunales de justicia; en otras legislaciones, como la británica, el sólo hecho de que el afectado pueda interponer un recurso ante los Tribunales, hace al Parlamentary Commissioner suspender la averiguación. El ombudsman en Suecia no está limitado en esta forma. Si el ombudsman observa que hay una disposición legal que permita al denunciante ocurrir ante una Corte de Apelaciones o a un Tribunal de más alta autoridad, puede declinar la investigación aduciendo el número de casos de que tiene que conocer. Sin embargo, si ha habido una falla sería por parte de la Administración, o algún principio fundamental ha sido violado, sin perjuicio de los otros aspectos legales, el ombudsman inicia la investigación y los resultados pueden ser llevados por los afectados por ante los Tribunales, si la ley les otorga los recursos de que hacíamos mención.

En el orden de ideas que venimos desarrollando, es interesante preguntarnos: ¿quiénes son los ombudsmen?, ¿qué clase de preparación tienen?, ¿con qué personal cuentan?

Los ombudsmen son designados por el Parlamento por un período de cuatro años renovables. Los ombudsmen deben ser abogados y la mayoría de ellos han sido magistrados, y esto es lógico porque el ombudsman tiene inmensos poderes y muchas veces se extienden por sobre Cortes y Tribunales Administrativos.

Cada ombudsman tiene una oficina con 50 personas para asistirlo, incluyendo 23 abogados y 22 secretarias y personal de servicio. Los abogados son altamente calificados y aproximadamente el 40% es reclutado de los Tribunales civiles y administrativos, y el otro 60% de oficinas especializadas de la Administración Pública. Uno de los mayores problemas que enfrenta el ombudsman en Suecia es el pequeño número de empleados con que cuenta frente al enorme volumen de trabajo que tienen que realizar; en la actualidad conoce sobre tres mil casos al año.

El ombudsman puede ser obligado a terminar su mandato anticipadamente por conducta inadecuada en el cumplimiento de sus funciones por el Comité Parlamentario Selecto de Derecho Constitucional.

Finalmente, debemos señalar que dada la gran amplitud de jurisdicción del ombudsman, cubriendo prácticamente cada área del gobierno, y para facilitar su trabajo nadie puede negarle acceso a ningún documento que considere importante; puede realizar inspección siempre que lo determine. Igualmente puede solicitar los servicios de cualquier especialista que necesite para llevar a cabo sus investigaciones. Toda autoridad está, por Ley, obligada a cooperar con el ombudsman, por consiguiente, si requiere de un especialista o investigador para un caso, puede solicitarlo a cualquier departamento y deberá ser enviado a su servicio por tanto tiempo cuanto dure la investigación.

3. *PARLIAMENTARY COMMISSIONER FOR ADMINISTRATION*

La institución del ombudsman, nace en Gran Bretaña con la Ley de 22 de marzo de 1967, que es conocida como "The Parliamentary Commissioner Act 1967".

La idea de crear un ombudsman venía debatiéndose desde hacía varios años, y las fuentes de inspiración fueron naturalmente los ombudsmen de Suecia, así como la presencia por aquellos en Inglaterra del ombudsman danés. No menos importante sería el informe de "Justice" en 1961: "The citizen and the Administration. The Redress of Grievances". Y la figura de Sir Edmund Compton, quien había sido Comptroller and Auditor General.

El Commissioner, de aquí en adelante "P.C.A.", es designado por la Corona a solicitud del Primer Ministro; su salario es cargado a Consolidated Fund; dura en el cargo en forma indefinida mientras observe buena conducta; está obligado a jubilar a la edad de 65 años, y para ser removido se requiere acuerdo de ambas Cámaras, Lores y Comunes. El P.C.A. tiene su propia oficina compuesta por 60 funcionarios, traídos en Comisión de Servicios de la Administración Pública, y ninguno de ellos es abogado.

Sus facultades están dirigidas a investigar reclamos de particulares y corporaciones, que no sean autoridades locales o corporaciones públicas, y que demandan haber sufrido perjuicios por una "sostenida injusticia como consecuencia de mala administración, mientras se encontraban en el Reino Unido, por parte del Departamento del Gobierno Central, por personas u organismos que actúan en su representación, cumpliendo o por omitir cumplir funciones administrativas" (Sections 4,5(1) and Schedule2).

El P.C.A. no puede actuar por iniciativa propia, tampoco puede el ciudadano dirigirse directamente a él. Su iniciativa está limitada a conocer sólo de las denuncias que se la hacen llegar por escrito de los ciudadanos por intermedio de un M.P. (Parlamentario de la Casa de los Comunes). Sus investigaciones deben ser llevadas a cabo en privado y el Director del Depar-

tamento investigado así como los funcionarios involucrados deben ser notificados, oídos y considerados sus alegatos de descargo. No hay un procedimiento establecido para estas averiguaciones, pero el P.C.A. tiene los poderes y facultades necesarias para llevar a cabo la investigación en su totalidad. Puede interrogar bajo juramento, y hacer obligatoria la presencia de testigos y el suministro de documentos. La obstrucción voluntaria a sus actuaciones es sancionable como si lo fuera a la Corte.

Sus informes sobre una investigación, así como las comunicaciones que intercambie con los M.Ps. sobre el asunto, se encuentran absolutamente protegidos por la Ley, y la de difamación no le puede ser aplicada. Sin perjuicio de lo dispuesto en las Official Secrets Acts y a la Ley que se refiere a los privilegios de la Corona, se le debe permitir el acceso a cualquier documento, aun los más relevantes, salvo los que se refieren a los modos de proceder del Gabinete y sus Comités (section 8), las "Crown-privilege" se hacen valer sólo para prevenir al P.C.A. y sus funcionarios de divulgar la información obtenida (section 13(3)), y las Official Secrets Acts se aplican solamente a aquella información que se publique o filtre y que no sea la que está relacionada con la investigación y los informes (Sections 11 (1), (2)).

El P.C.A. no tiene facultades para cambiar o anular una decisión de la Administración. Sus facultades legales están referidas a la elaboración de informes como consecuencia de sus investigaciones, o bien informar al M.P. que le solicitó su actuación las razones que tuvo para no hacerlo. Los informes de las investigaciones son enviados al M.P. que refirió la denuncia, así como al funcionario implicado y al Jefe del Departamento. Si a criterio del P.C.A. la injusticia cometida por mala administración no ha sido corregido, hace un informe especial para ambas Cámaras dando cuenta de la situación; igualmente elabora informes especiales sobre materias entregadas a su conocimiento, y debe enviar un informe anual a ambas Cámaras, donde da cuenta de su gestión. Este último informe es conocido y estudiado por un Comité Especial (Select Committee of the House of Commons on the Parliamentary Commissioner for Administration).

Un aspecto digno de considerarse en el estudio del P.C.A. son las limitaciones que tiene en el aspecto jurisdiccional. Los términos "Injustice"=injusticia, y "maladministration"=mala administración, fueron dejados, deliberadamente, sin definir. En efecto, injusticia significa algo más amplio que un daño reparable legalmente, ya que incluye: un infortunio y un sentido de agravio e injusticia que no deberían haber ocurrido.

La mala administración incluye una gran cantidad de faltas administrativas, faltas por comisión y omisión: corrupción, perjuicios, discriminación arbitraria, mal trato, hacer equivocarse al público sobre sus verdaderos derechos, no notificarlo adecuadamente sobre sus derechos, o no explicar las razones que llevaron a tomar una decisión, generalizada incapacidad, uso desnaturalizado del poder, no considerar en sus actuaciones información fundamental, tomar en consideración aspectos irrelevantes, perder o no contestar la correspondencia, demorarse innecesariamente para hacer una devolución de impuestos o para presentar una demanda por impuestos adeudados, y tantas otras conductas.

Al P.C.A. no le está permitido cuestionar los méritos de una decisión tomada correctamente, en el ejercicio de una facultad discrecional (section 12(3)). Sin embargo, el "Select Committee" lo instruyó en el sentido de que en casos extremos debe inferir mala administración si en todo el proceso de la toma de decisión, por parte del funcionario, se mostró "mala calidad" (ineptitud).

El Committee, también, ha instruido al P.C.A. de considerar como una "mala norma" una regla interna de un Departamento, que haga difícil en forma innecesaria la actuación de cualquier ciudadano, y, de encontrar mala administración si vuelven a aparecer dificultades para los ciudadanos en el próximo caso en que se aplica la misma norma interna del Departamento, y ésta no ha sido revisada. Finalmente, el P.C.A. ha admitido su competencia para investigar los procedimientos administrativos referentes a la toma o revisión de órdenes legales, que no sean los instrumentos mismos en que se basan.

Hasta 1973, el P.C.A. carecía de jurisdicción para investigar denuncias en contra del "National Health Service". Pero

la "National Health Service Reorganization Act 1973, Parte III", dispuso la designación de un Health Service Commissioner para Inglaterra y otra para Gales (section 31), y al P.C.A. le fue dado ese cargo el 1º de octubre del mismo año.

Los procedimientos establecidos son básicamente los mismos de la Ley de 1967, aunque indudablemente contiene un avance sustancial en materia de requerimiento; ahora cualquier ciudadano se puede dirigir directamente al H.S.C. (section 35(3)). Sujeto a las excepciones señaladas en la sección 34(2), (4) y (5). debe investigar cualquier deficiencia en un servicio, o incapacidad para otorgar una pretensión que cualquier departamento del Servicio de Salud deba dar, o cualquiera otra sección realizada por, o a nombre de tales servicios (section 34(2)). Con todo, la Ley de 1973 no llegó tan lejos como se esperaba; señala en tres listados una cantidad de asuntos no sujetos a investigación; entre los más graves, indudablemente se encuentra aquella acción que en opinión del Commissioner fue tomada solamente con criterio clínico.

Otra serie de asuntos que escapan de la jurisdicción del P.C.A. son las que señala la "Third Schedule to the 1967 Act". Ellas son principalmente, las que provengan como consecuencia de las relaciones internacionales, y de los territorios de alta mar, extradición, acciones llevadas a cabo en la investigación de un crimen o para la protección de la seguridad nacional, procesos judiciales, la prerrogativa de gracia, las transacciones contractuales o comerciales del gobierno, los asuntos personales en las Fuerzas Armadas y en la Administración Pública, el otorgamiento de honores y el otorgamiento de títulos reales; tampoco puede investigar denuncias contra las autoridades locales, las corporaciones públicas y la policía.

Estas son excepciones muy importantes y consecuentemente limitantes de su efectividad. Por otra parte, si una denuncia, dado el contenido, cae dentro de la jurisdicción de un Tribunal o Corte, el P.C.A. tiene el poder discrecional de excusar su conocimiento y el único caso en que no renuncia a su facultad es cuando aparece como no razonable en las particulares circunstancias esperar del demandante acudir a la justicia ordinaria (section 5(2)).

La "Local Government Act 1974" creó la figura del ombudsman a nivel local mediante la institución de "Local 3 Commissioners", pertenecientes a la Commissión for Local Administration de Inglaterra y a la C.L.A. de Gales.

La "English Commission" consiste en tres Commissioners, cada uno de los cuales es responsable de un área geográfica; el "Parliamentary Commissioner for Administration" es un miembro "ex officio". Tienen jurisdicción para investigar denuncias por mala administración en contra de una autoridad local, una autoridad policial —no la policía— o una autoridad de aguas. Una vez investigada una denuncia, un informe es enviado a la autoridad, y ésta a su vez debe informar al Commissioner de las medidas que se han o se van a tomar para poner las cosas en su justo lugar.

Es interesante ver cómo reaccionan las autoridades ante estos informes. En su primer año los "Commissioners" recibieron 2.249 denuncias, de las cuales 146 eran improcedentes; 783 fueron desestimadas porque no se pudo comprobar "injusticia o mala administración". De los 99 informes enviados a las autoridades, en 49 se señalan prácticas "injustas o de mala administración" que habían tenido lugar en los servicios denunciados, y de esos sólo 4 no habían sido tomados en cuenta, para verificar el estado de cosas.

Uno de los factores decisivos para la buena marcha del "Commissioner for Local Administration" ha sido la organización del Sistema de Gobierno Local, en que los consejeros están en íntimo contacto con sus electores, lo que hace que éstos actúen como verdaderos ombudsmen locales para que el ciudadano afectado por una injusticia, por parte de la "Administración Local", reciba prontamente la satisfacción de su derecho conculcado y la indemnización procedente.

4. *EL MEDIATEUR*

El oficio de "Médiateur" en Francia fue instituido por Ley de 2 de enero de 1973. Lo primero que llama la atención en la disposición de crearlo por el Parlamento en un país con un sistema tan bien desarrollado de administración de justicia y

que aparentemente otorga una más apropiada satisfacción a los ciudadanos que han sido agraviados por la Administración Pública que lo que puede hacerlo es ombudsman. Basta observar al Conseil d'Etat y sus Tribunales administrativos, para comprender por qué es el sistema de cortes administrativas más admirado del mundo.

Otro aspecto interesante es que es el segundo país más avanzado de Europa con una gran población: 52 millones, que crea la figura del ombudsman para asuntos civiles. El Médiateur está fuertemente influido por la figura del Justitieombudsman sueco y la del "Parliamentary Commissioner for Administration".

El Médiateur, así como el P.C.A., no puede ser solicitado por los ciudadanos directamente, sino por intermedio de un miembro de cualquiera de las Cámaras, la Asamblea Nacional o el Senado. Aquí hay una diferencia con Gran Bretaña, donde sólo puede hacerse por intermedio de un M.P.

La Ley señala que el Médiateur es designado por decreto del Consejo de Ministros por 6 años. No puede ser reelecto para el cargo. Pero aunque nominado por el Gobierno, sólo puede ser removido por incapacidad o impedimento según lo defina el Conseil d'Etat por Decreto (Art. 2º Ley Nº 73-6 de 3 de enero de 1973). Con esto se asegura su independencia e igualmente al señalarse que el Gobierno no puede darle instrucciones.

La jurisdicción del Médiatueur es mucho mayor que la del P.C.A., pero menor que la del Justitieombudsman. La Ley de 1973 le señala que puede investigar denuncias sobre el funcionamiento de la Administración del Estado, de las colectividades públicas territoriales, los establecimientos públicos y toda otra organización investida de una misión de servicio público (Art. 1º).

El Mediateur no puede considerar denuncias de funcionarios públicos o de otros empleados del Estado, en contra de las autoridades públicas. Esta disposición es similar a la de la "Parliamentary Commissioner Act de 1967". Los funcionarios públicos franceses tienen dos vías jurisdiccionales para hacer valer sus derechos: el Conseil d'Etat, o los Tribunales administrativos. O bien, pueden hacer uso de sus sindicatos para que lleven

el caso directamente al Ministerio. El Mediateur, igual, que el P.C.A., no puede considerar una denuncia por un empleado en contra de las autoridades de un servicio, pero igual que en Gran Bretaña, sí puede conocer de la denuncia de un ciudadano en contra de las Fuerzas Armadas.

En otros aspectos, el Médiateur no tiene las limitaciones impuestas al P.C.A., y, cuando las hay, son mucho menos que las impuestas al Ombudsman británico. Aunque el Médiateur no puede conocer denuncias en casos que ya hayan sido llevados a los Tribunales administrativos, o de las sentencias dictadas, sí puede pronunciarse en aquellas denuncias que por su contenido podrían ir a los Tribunales. Aquí difiere del sistema británico.

Sin embargo, hay otros aspectos jurisdiccionales en que el Médiateur está más limitado que el P.C.A. La Ley establece que puede investigar denuncias provenientes de toda persona física (Art. 6º), distinguiendo al individuo o persona moral del grupo de individuos. El P.C.A., en contraste, puede conocer denuncias de individuos tanto como de corporaciones, pudiendo en consecuencia, conocer de las denuncias de individuos, empresas privadas, sindicatos u otros grupos organizados. Sin embargo, la Ley de 1976 modificó la de 1973, en el sentido de que ahora una corporación puede acudir al Médiateur si la denuncia es presentada por un individuo, que esté directamente afectada por el asunto de que se reclama (Art. 1º).

El Médiateur se encuentra más limitado, también, en cuanto puede conocer de las denuncias después que hayan sido llevadas a la autoridad interesada.

En materia de documentación, el Médiateur tiene poderes similares a los del P.C.A. Puede exigir toda la documentación y registros que crea pertinentes, con la sola limitación de documentos secretos que tienen que ver con la defensa nacional, la seguridad del Estado o los asuntos extranjeros.

El P.C.A. tiene acceso a todos los documentos pero puede ser instruido por un Ministro para que no lo de a conocer en el caso de que lo considere perjudicial para la seguridad del Estado, o bien contrario al interés público (sect. 11(3)). Por otra, como el P.C.A. está excluido (Schedule 3 of the Act) de

investigar las acciones tomadas en asuntos relativos a materia exterior, o concernientes a la seguridad del Estado, aparece en la práctica que las diferencias entre ambas instituciones son mínimas en lo referente a los poderes para conocer de documentos de gobierno.

Sin embargo, hay una gran diferencia en los términos del alcance de la facultad y el procedimiento de investigación que sigue el Médiateur y el P.C.A. The Parliamentary Commissioner investiga las denuncias hechas a los M.Ps. por el público que reclama "haber recibido ininterrumpidas injusticias como consecuencia de una mala administración, como resultado de una acción u omisión por parte de un departamento del Gobierno". El Médiateur investiga una denuncia de que una autoridad pública no ha actuado de acuerdo con su misión de servicio público. Esta competencia es mucho mayor, es decir, tiene un marco de referencia para actuar más amplio y genérico que el del P.C.A., ya que es interpretado en el sentido de que el Médiateur puede conocer no sólo cuando la Administración Pública ha actuado sistemáticamente en forma obstructiva o imprudente, sino también cuando ha actuado con falta de equidad o humanidad.

Es este gran marco de referencia el que permite distinguir claramente el rol del Médiateur del rol del Conseil d'Etat y de los Tribunales administrativos. El Conseil d'Etat y los Tribunales administrativos conocen de las ilegalidades cometidas por la autoridad pública en el desempeño de sus funciones. Incluso, esta facultad ha sido interpretada por el Conseil d'Etat en forma amplia cuando determina si una actuación ha sido llevada a cabo con exceso de poder (excés de pouvoir) o con abuso de poder (détournement de pouvoir), por parte de un servicio público.

Con todo, el Médiateur puede ir incluso más lejos aún que el Conseil d'Etat, y así complementa su rol, cuando señala que aunque una autoridad pública no ha actuado ilegalmente, no ha actuado justamente o equitativamente o con propia humanidad.

Esta amplia facultad del Médiateur va acompañada por la de recomendar mejoramientos en la Administración Pública

y en la legislación vigente. La Ley de 1973 establece en su artículo Nº 9, que cuando el Médiateur encuentre una denuncia justificada, puede recomendar no sólo una reparación para el denunciante en razón del daño o perjuicio causado, sino también sugerir las formas en que la administración del servicio puede mejorarse. Igualmente puede proponer cambios legislativos cuando encuentra que los efectos que produce la aplicación de la Ley son injustos (Ley de diciembre de 1976, art. 3º).

Después de hecha su recomendación como consecuencia de una investigación, si el Médiateur no recibe una respuesta satisfactoria de la autoridad pública implicada, puede hacer públicas sus recomendaciones en un Informe especial que envía al Presidente de la República y al Parlamnto (Arts. 9º y 14 de la Ley de 1973). El Médiateur aún puede aplicar otra sanción si la autoridad no desea actuar de acuerdo a sus recomendaciones: en virtud de lo dispuesto en el artículo 10º de la Ley, puede solicitar la apertura de un procedimiento disciplinario en contra del funcionario responsable, o bien puede iniciar una acción judicial en su contra. Las facultades del Médiateur son comparables a las del Ombudsman sueco en esta materia.

Con respecto a los procedimientos seguidos por el Médiateur ante una denuncia que llega por intermedio de un parlamentario, sigue una vía compleja como casi todos los procedimientos administrativos en Francia, y que difiere notablemente de los procedimientos seguidos por cualquiera otro Ombudsman. Cuando llega una denuncia a la oficina del Médiateur se abre un "dossier" con el nombre del denunciante y del parlamentario que hizo llegar la denuncia. El dossier es inmediatamente enviado a la sección de instrucción. Esta está compuesta de cuatro abogados asistentes del Médiateur. Tres asistentes están destinados a cada uno de los tres grandes sectores del gobierno: asuntos sociales, medio ambiente, e impuestos y pensiones. El cuarto asistente está encargado de conocer de las denuncias en contra de todo el resto de los servicios públicos.

El asistente encargado del dossier en la sección de instrucción, hace un estudio preliminar del caso para determinar si cae dentro de la jurisdicción del Médiateur. Después de efectuado el estudio, si aparece que el Médiateur no es competente, se le informa inmediatamente al parlamentario por cuya

vía se le hizo llegar la denuncia. Sin embargo, si el asunto es de general interés, el expediente es enviado al Ministro del ramo para que lo analice. Igualmente el expediente debe ser enviado a uno de los "Comités de Users".

Si el asistente considera que la denuncia cae dentro de las competencias del Médiateur, informa al parlamentario de que está siendo investigado. En esa oportunidad determina si el expediente contiene la información y recaudos necesarios. Si alguna información relevante no está incluida, puede solicitársela al parlamentario que pidió la investigación, o bien puede contactar por teléfono con el denunciante para que se la haga llegar, o puede solicitar de un inspector o Juez visitar al denunciante para que trate de asegurar la información adicional necesaria.

Cuando el expediente se encuentra completo, el asistente produce un memorándum muy detallado, señalando los hechos, resumiendo y resaltando las cuestiones en que el denunciante no está de acuerdo con la decisión del Ministerio envuelto en el caso. El asistente, entonces, envía este memorándum al "correspondant" en el Ministerio, quien es un miembro o del Gabinete del Ministro o de los "corps de contróle" del Ministerio.

Sin embargo, hay algunas oficinas que tienen un sistema de contraparte del Médiateur, como es el caso de la "Inspection Générale des affaires sociales", que es una de las autoridades en contra de quien se dirige un gran número de denuncias. Esta oficina ha establecido un célula (cellule) compuesta por miembros del Inspectorado y de la Secretaría Independiente, para que se corresponda al Médiateur. Otros dos Ministerios han establecido este sistema y son dos buenos clientes del Médiateur: el Ministére de l'Equipement y el Ministére de l'Economie et des Finances.

Por otra parte, muchos ministerios tienen "correspondants" adicionales que se relacionan con los asistentes técnicos del Médiateur, cuando se ha encontrado como resultado de las investigaciones que los denunciantes no han podido recibir reparación adecuada porque la reglamentación en vigor lo impide. En este caso los correspondientes y los asesores técnicos del Médiateur trabajan conjuntamente para determinar qué cam-

bios en los reglamentos deben introducirse para permitir que se dé la compensación a los efectos en casos futuros.

Después de una espera que varía de algunas pocas semanas a dos meses, y algunas veces más, el Médiateur recibe la respuesta a su memorándum, del Ministerio al que fue dirigido. La respuesta, generalmente consiste en un análisis de la denuncia y un pronunciamiento declarativo de la posición del departamento. Igualmente debe proporcionar la información adicional necesaria para que permita al Médiateur formarse la opinión de hasta qué extensión la denuncia es válida. Puede esta respuesta incluir cursos de acción que el Ministerio piensa tomar para mejorar la administración del servicio, si ha aparecido que es defectuosa, o bien las modificaciones en las regulaciones que piensa introducir.

Si el Médiateur no hizo una petición formal para que se le respondiera en una forma determinada, la contestación puede tomar, de acuerdo a la decisión del "correspondant", la de un memorándum técnico o de una simple nota firmada por él, o de carta firmada por el Ministro. Lo que es esencial es que el Médiateur considere que la réplica contesta exacta y precisamente los argumentos esgrimidos por el denunciante.

Si la réplica no es considerada suficiente por el Médiateur, el "correspondant" es telefoneado o entrevistado para obtener la información necesaria. E, incluso, el Médiateur puede seguir cualquiera de las siguientes alternativas: puede iniciar averiguaciones en otros departamentos del Gobierno; puede solicitar al Conseil d'Etat o a la Court de Comptes estudiar la cuestión y asesorarlo; o bien, puede solicitar a los Corps de contróle iniciar una averiguación. Sólo cuando el Médiateur está satisfecho, en virtud de toda la información obtenida y de la asesoría recibida, es que puede llegar a una clara opinión de la validez (le bien fondé) de la denuncia, es que la "instrucción" se considera terminada.

Si los argumentos de la Administración son bien fundados, el Médiateur escribe al parlamentario diciendo que la denuncia ha sido rechazada, pero haciéndole llegar toda la información necesaria para explicarle la naturaleza del problema, la que generalmente es desconocida por el denunciante. Por otra parte,

si al denunciante le acompaña la razón en su denuncia y ha sido víctima de la mala marcha de la administración, es rarísimo que la propia Administración no se aboque conjuntamente con el Médiateur a buscar los mecanismos necesarios que satisfagan los reclamos del denunciante.

Pero, si la Administración es reluctante en reconocer los derechos del denunciante y el Médiateur no logra persuadirla de hacerlo; entonces sólo puede hacer recomendaciones. Raramente tiene que hacerlo y cuando lo llega a hacer, siempre obtiene resultados positivos. Hasta ahora se desconoce que haya tenido que emplear el mecanismo siguiente: evacuar un Informe especial al Parlamento y al Presidente de la República, o invocar acciones disciplinarias en contra del servidor público involucrado.

El procedimiento descrito hasta aquí, es el ordinario para una denuncia deducida en contra de un Ministerio o de una autoridad nacional. Cuando la denuncia es contra el comportamiento de una autoridad local, el Médiateur generalmente emplea un procedimiento diferente que llama de averiguaciones preliminares (pré-enquetes). El Inspecteur Général de l'Administration es el encargado conjuntamente con el Médiateur de llevar a cabo estos procedimientos preliminares. El Inspecteur Général solicita a los Préfet para los departamentos o la región, según el caso, estudiar el dossier y traer a su presencia, si es apropiado, a una misma audiencia, al denunciante y al representante de la autoridad local en contra de quien la denuncia ha sido hecha, o, si no es procedente, establecer exactamente cuál es la posición de ambas partes.

El Médiateur ha considerado que este procedimiento, en general, produce buenos resultados. Los Préfets ordinariamente evacúan sus informes para el Médiateur más rápidamente que los "correspondant" de los Ministerios, e igualmente sus opiniones razonadas a propósito del caso. Pueden, asimismo, en algunas situaciones, solicitar asesoría de los Tribunales administrativos regionales.

La averiguación preliminar puede no producir una solución de la denuncia a nivel local. Si ello no es así, el Médiateur sigue el procedimiento ordinario que ya hemos descrito. Los

resultados de la averiguación preliminar son agregados al dossier y un memorándum con las peticiones del denunciante es enviado al "correspondant" en el Ministerio Central, que es el que en último lugar tiene la responsabilidad del servicio local en contra del cual la denuncia fue hecha.

El Médiateur puede solicitar investigaciones preliminares en los casos en que la denuncia es hecha en contra de la administración de justicia a nivel local. Cuenta con la asesoría de un Juez jubilado que analiza la denuncia y, cuando es necesario, solicita la asesoría del Procureur Général de la Corte de la localidad en que el denunciante tiene su domicilio. El Juez o el Procureur preparan todo el material para el caso, y en múltiples ocasiones entrevistan al denunciante. Sólo entonces informan al Médiateur.

En estos casos las denuncias están dirigidas fundamentalmente a dos tipos de situaciones: que la solución judicial no es satisfactoria, o que los procedimientos han tomado tal tiempo y han sido tan complicados que el denunciante no fue tratado como correspondía. El Médiateur está inhibido de investigar la mayoría de estos casos porque la Ley de 1973 en su artículo 11 le prohibe intervenir en los casos que han sido llevados a la Corte o de cuestionar la validez de una decisión judicial. Cuando el Médiateur comunica a un denunciante que no puede investigar un caso por alguna de las razones señaladas, le da siempre asesoría legal sobre cuáles son sus derechos.

Pero si la denuncia es sobre la preparación de un caso antes de que el procedimiento judicial se haya iniciado, el Médiateur no se encuentra excluido de conocer de él, por el artículo 11. Como el propio Médiateur señalaba en su Informe de 1974, él puede intervenir, ya sea durante la fase preparatoria y antes de que el caso vaya a los Tribunales, para ver que la administración de justicia sea llevada a cabo en forma debida, para que el interés de las partes sea salvaguardado.

Si la denuncia se refiere a que a un individuo se le ha negado asistencia legal, el Médiateur puede solicitar al Procureur Général que estudie la posibilidad de apelar en contra de la decisión. El Procureur Général puede, también, inter-

venir para apurar un procedimiento preliminar en un caso, y aquí, igualmente, el Mediateur puede apresurar su intervención.

Finalmente, para evaluar el impacto del Médiateur en el sistema administrativo francés, hay que hacerlo desde una triple perspectiva: a) las compensaciones que ha sido capaz de obtener para los ciudadanos agraviados por la Administración; b) el mejoramiento en los servicios que ha sido capaz de lograr; y c) los mejoramientos que ha sugerido en las reglamentaciones en las leyes.

Por la falta de espacio podemos sólo señalar que los logros en los tres aspectos han sido notables, baste al interesado leer los Informes Anuales del Médiateur al Parlamento y al Presidente de la República, a partir de 1974.

5. *CONCLUSIONES*

De un estudio de la institución del Ombudsman en el Derecho Comparado, y en particular de estos tres casos: Suecia, Gran Bretaña y Francia, son muchas las diferencias y similitudes, que podemos señalar. Sin embargo, hay un aspecto relevante y que nos parece el más importante para nuestra experiencia. Nos referimos a la absoluta adecuación del Ombudsman a la estructura político-administrativa de cada país en cuestión.

En efecto, el éxito del Ombudsman no puede ser medido en estos países, como tampoco su eficiencia en razón de en cuál sistema político tiene más o menos atribuciones. Sino por el contrario, en cuál trabaja mejor en el logro de garantizar los derechos individuales, ayudar a mantener la división de poderes y a preservar el Estado de derecho.

El Ombudsman debe ser visto como una figura jurídica que no está vis a vis a la Administración, y por consiguiente que en la estructuración de su oficina no se equipara a ésta sino como un órgano que llega donde no llega ni el Parlamento, ni los Tribunales de justicia, para garantizar los derechos individuales y el justi equilibrio de poderes, así como el respeto a la legalidad, impidiendo que la Administración Pública exceda sus poderes en la consecución de sus fines de servicio. Sólo así

se explica que oficinas dotadas de tan poco personal puedan cumplir las funciones que realizan.

Esto es particularmente claro cuando vemos la utilización racional que hacen de otras instituciones, ya sea cuando cumplen parte de las obligaciones o trámites que deben llevar a cabo, o bien cuando buscan la asesoría de otros órganos del Estado. En los tres países en cuestión lo encontramos permanentemente.

Igualmente notable nos parece el hecho de que en ninguno de los tres países analizados se suplen a otras instituciones, sino por el contrario llegan, y de una forma diferente, a otros aspectos de la protección de los derechos individuales. El Ombudsman no es un órgano de la Administración Pública y como tal, en ninguno de los países que hemos visto se organiza como tal. Sino por el contrario, su organización y sus funciones van a depender fundamentalmente de la forma en que se inserta en un sistema político determinado. Sólo así podemos entre otras diferencias señalar lo distinto de los procedimientos que se siguen ante una denuncia por parte del Ombudsman en Suecia, por el Commissioner for Public Administration en Gran Bretaña y por el Médiateur en Francia. Sin embargo es imposible señalar cuál es el menos eficiente. Sólo podemos notar que trabajan en forma coordinada con y dentro del aparato del Estado.

DR. RAÚL ARRIETA.

V. DETERMINACION DE LAS FUNCIONES DEL OMBUDSMAN EN VENEZUELA

De todo lo dicho se desprende que las funciones de un Ombudsman en Venezuela surgirán como respuesta a los problemas que plantea la Administración Pública y las demás instituciones del Estado en su relación cotidiana con los ciudadanos. En esta fase de nuestro estudio sobre la creación de un Ombudsman para Venezuela, no parece pertinente elaborar un listado de funciones con carácter taxativo. Y menos aún pre-

tenden los organizadores del Coloquio que se entienda este trabajo como un proyecto acabado de la institución que proponemos. Su funcionamiento, su estructura organizacional, sus requerimientos presupuestarios, su adscripción al sistema jurídico venezolano, su ubicación en el complejo aparato estatal, son aspectos que tocará abordar a los eventuales proyectores de un proyecto de ley sobre esta materia.

Queremos simplemente aproximarnos a lo que podría ser la gestión y las tareas del ombudsman venezolano, sin descuidar el papel que ya están jugando en el país otras instituciones que constitucional o legalmente ya se encuentran al servicio de la defensa y protección de los derechos ciudadanos.

Para atribuir funciones a cualquier persona o institución, es menester situarla en el universo jurídico-político. Es así que pensamos en un Ombudsman para la Administración Central, un ombudsman municipal, y hasta un ombudsman universitario.

Referido al ombudsman que pensamos para la Administración Central, éste podría, entre otras cosas:

—Recibir el reclamo del ciudadano que se ha dirigido a cualquier departamento del Estado y no ha recibido en ellos ni la información ni el trato que requiere.

—Informar al ciudadano sobre los pasos y trámites que su necesidad demanda, asesorarlo y acompañarlo en el proceso administrativo.

—Pedir la revisión de archivos y documentos relacionados con cualquier caso que le presente el ciudadano interesado.

—Remitir a la autoridad competente los asuntos que requieran sus decisiones para corregir los errores, omisiones o violaciones que provocaron el reclamo del ciudadano.

—Remitir al Fiscal General los asuntos que están dentro de la esfera de su competencia.

—Solicitar al Congreso de la República que se interpele o investigue a cualquier funcionario, cuya conducta haya sido lesiva de los derechos y garantías que la Constitución y las leyes consagran para el ciudadano.

Como se ve, no se trata de sustituir ni complementar a las leyes e instituciones existentes en el país. Se trata de darle contenido a la aspiración de profundización y perfeccionamiento de la democracia, reiteradamente planteada por los voceros más calificados de la vida pública nacional, dándole al ciudadano un vínculo concreto para el mejor disfrute de los beneficios que las instituciones democráticas han creado.

En lo que atañe al ombudsman municipal, creemos que se vería fortalecida la autonomía del ente público más directamente vinculado con el ciudadano concreto. El Municipio es el primer nexo que une a este ciudadano con la comunidad en la que vive y trabaja. La era democrática venezolana ha permitido que los Municipios vuelvan a adquirir el papel central que nuestra larga tradición hispánica impone. La multiplicidad de las tareas del Municipio moderno hace urgente la presencia de un ombudsman municipal que pudiera, entre otras cosas:

—Impedir que el cumplimiento de las ordenanzas municipales sea discriminatorio, arbitrario, caprichoso o aleatorio.

—Asegurar que las disposiciones y las acciones de las autoridades municipales no puedan perturbar el ambiente, dañar la tranquilidad y el derecho al descanso de los ciudadanos, y/o lesionar la salud mental de los mismos.

—Impedir que la negligencia burocrática vulnere los derechos de ciudadanos que demandan los servicios del Municipio y ocasione pérdidas de dinero y de tiempo de los mismos.

—Remitir a la autoridad competente las quejas y reclamos por incumplimiento en las prestaciones de los servicios de alumbrado, aseo urbano, pavimentación y mantenimiento físico de los bienes de la comunidad.

Como se puede apreciar, un ombudsman municipal fortalecería la identificación del ciudadano con su primer vehículo de acercamiento al poder público, que es el Municipio. Es tal vez la primera y más elemental expresión de participación ciudadana en las tareas del Estado democrático. Es evidente que la implantación de un ombudsman municipal debe estar

acompañada de reformas significativas de la normativa que haya dejado de responder a las necesidads de la comunidad.

En lo que respecta al ombudsman universitario, es hasta ahora una idea en estado absolutamente embrionario. En esta área, como en cualquiera otra, la creación del ombudsman debiera estar precedida de un análisis exhaustivo, en este caso, de los derechos de los estudiantes, de los profesores, de los empleados, y de los derechos y deberes de las mismas instituciones universitarias. El ombudsman universitario podría ocuparse, entre otras cosas, de:

—Asegurar que no hay discriminación en la admisión, permanencia, promoción, otorgamiento de becas, pensiones, años sabáticos, jubilaciones y demás beneficios y derechos establecidos en las leyes, reglamentos y convenios universitarios.

—Proteger a la institución universitaria contra aquellos que pretenden usarla para fines distintos a los que está llamada a desempeñar en el medio social, desvirtuando y obstaculizando las tareas de enseñanza, investigación y difusión cultural que conforman su razón de ser.

—Asegurar el derecho al estudio e impedir que sus resultados estén condicionados por presiones o exigencias de tipo político, ideológico, sexual o social, salvaguardando el principio de que la evaluación del rendimiento estudiantil debe apoyarse exclusivamente en la calidad del trabajo realizado.

Como se evidencia de lo dicho, un ombudsman universitario constituiría la mejor garantía para la convivencia fructífera y creadora de profesores, estudiantes y autoridades universitarias, sin la cual es imposible el desarrollo del estudio, la investigación, la creación y transmisión de conocimientos, y la difusión del pensamiento libre, fundamental para el Estado democrático.

Obviamente nada de lo asomado agota la inmensa gama de funciones y tareas que el ombudsman podría realizar en las distintas áreas mencionadas, ni excluye la necesidad de reflexión sobre otras áreas de la vida nacional, por ejemplo, la salud, el ambiente, la vida militar, y otras tantas que podrían

beneficiarse de la creación del ombudsman especializado o de su equivalente funcional.

PROF. MARÍA H. FERNÁNDEZ V.
PROF. CARLOS GUERÓN

VI. EL FISCAL GENERAL Y EL OMBUDSMAN

1. *LA ESTRUCTURA DE LA ADMINISTRACION PUBLICA*

La Administración Pública venezolana constituye el motor fundamental del Estado. El Congreso y el Poder Judicial tienen dentro de la dinámica estatal funciones secundarias y limitadas, bien por disposición de las normas que las regulan, bien por la imposibilidad venida de su estructura conceptual.

La hipertrofia del Poder Ejecutivo no es, en nuestro país, un hecho casual. Al contrario, pareciera responder a una filosofía política profundamente arraigada en nuestro devenir histórico, ante la cual los intentos de federalismo, desconcentración, descentralización y regionalización han resultado, en la práctica, fallidos.

Debe el Poder Ejecutivo de acuerdo con las atribuciones que le confiere la Constitución: representar internacionalmente a la República; defender y vigilar los intereses generales de la República; conservar la paz pública; aplicar las leyes en todo el territorio nacional; prestar los servicios de identificación y de policía; establecer y ejecutar políticas económicas y monetarias; organizar, recaudar y controlar los impuestos a la renta, al capital, a las sucesiones y donaciones, las contribuciones que gravan la importación, registro, timbre fiscal, producción y consumo de bienes, etc.; ejecutar las obras públicas; dictar y ejecutar la política educativa nacional, de salud pública, de conservación y fomento de la producción agrícola, ganadera, pesquera, forestal, de vivienda popular; dictar y ejecutar las políticas de transporte terrestre y de navegación aérea, marítima, fluvial y lacustre; las políticas de vías de comunicación, correos, telecomunicaciones, etc.

El Poder Ejecutivo venezolano presenta, pues, una complejidad estructural y funcional asombrosa. Ningún otro poder público reúne tan grandes y tan diversas actividades que, en este caso se agravan por la indefinición de competencias y excesivo centralismo: un mismo cometido estatal le está encomendado a diferentes entes, donde a la lógica duplicidad de trabajo que genera y la dispersión de fuerzas, se suma la imposibilidad del administrado para comprender el difícil engranaje de la actividad administrativa. Ejemplo de ello, el sector salud, donde la actividad hospitalaria se encomienda a la Municipalidad, al Ministerio de Sanidad y Asistencia Social y al Ministerio del Trabajo.

Por otra parte, la organización absolutamente piramidal de la Administración Pública entraba cualquier tramitación, tanto por la imposibilidad del administrado de acceder a los niveles de decisión, como por la imposibilidad del funcionario para decidir todos los asuntos que, de muy diversas materias, le son atribuidos. Por ejemplo, el Ministerio de Hacienda es instancia decisoria dentro de la Administración Pública, de todos los asuntos relativos al Impuesto sobre la Renta, licores, cigarrillos, timbres fiscales, aduanas, sucesiones, donaciones, régimen de bancos e institutos de crédito, seguros y reaseguros, valores, etc., además de la función de formulación de políticas económicas y monetarias que le son propias.

La complejidad de la Administración Pública se acentúa cuando sobre una misma actividad intervienen diferentes organismos. Por ejemplo, en la actividad portuaria, donde están involucrados el Ministerio de Transporte y Comunicaciones, a través del Instituto Nacional de Puertos; el Ministerio de Relaciones Interiores por medio de la Dirección Nacional de Identificación y Extranjería; y el Ministerio de Hacienda, por medio de la Dirección de Aduanas.

2. *LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA*

La actividad administrativa no se circunscribe al dictado de proveimientos o actos administrativos. La Administración tiene, más allá de la formulación de políticas y de la decisión de los asuntos que le son sometidos, la suprema función de ejecutar sus propias decisiones.

La actividad administrativa, pues, no se agota en la elaboración de políticas, en la decisión de un recurso o queja, sino que se obliga a sí misma a concretar en el campo de lo real sus propias decisiones y sus propias políticas, a gestionar por sí misma la realización de sus dictados. La actividad administrativa es primera y fundamentalmente un *hacer.*

De allí que consideremos que la novísima Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos es una normativa incompleta, pues atiende fundamentalmente al aspecto de las decisiones administrativas, y no ataca el problema neurálgico de nuestra Administración en lo que atañe al *no hacer* de la misma.

En la actualidad, los administrados se encuentran más lesionados en sus derechos por el *no hacer* de la Administración, que por el *hacer abusivo* o desviado de la misma.

No tiene el administrado posibilidades de exigir una acción, un hacer, una realización concreta a la Administración. Tampoco puede el administrado realizar por sí mismo y con sus propios medios, reparaciones o mejoras que la Administración no ha atendido oportunamente, entre otras razones porque ésta no reconocerá al particular los gastos realizados en aquella reparación o mejora. El particular queda, entonces, completamente desamparado ante el *no hacer* de la Administración, más cuando la negligencia de ella no está tipificada como ilícito penal o administrativo en nuestro ordenamiento jurídico y sería, además, muy difícil establecer el delito ante la imposibilidad de identificar al funcionario responsable de manera personal y directa, dada la complejidad estructural y carácter piramidal del Poder Ejecutivo.

Por otra parte, la confusión de competencias en el orden administrativo constituye un factor de entrabamiento de la función pública. Una misma actividad encomendada a entes diversos no sólo crea incertidumbre en el administrado, sino que favorece el descargo de responsabilidades del funcionario y, justifica muchas veces las omisiones y retardos que se suscitan en la Administración.

3. *EL CONTROL DE LA ADMINISTRACION PUBLICA*

La actividad administrativa en general pareciera no sujeta a ningún tipo de control. Sin embargo, el Congreso Nacional, a través de la Contraloría General de la República, ejerce una función contralora, de vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos, bienes nacionales y operaciones con ellos relacionadas.

El Poder Judicial, por su parte, también ejerce una función contralora, bien por medio de las instancias penales o civiles cuando ocurriere un hecho ilícito por parte del funcionario; o bien por medio del contencioso-administrativo cuando fuere menester anular actos administrativos, generales o particulares, contrarios a derecho o producto de una desviación de poder, y cuando fuere necesario restablecer situaciones jurídicas lesionadas, con el consiguiente resarcimiento de los daños y perjuicios que se hubieren ocasionado.

La Fiscalía General de la República cumple en este sentido una función muy importante, pues constituye el órgano contralor de la legalidad en el país, acentuando su competencia como parte de buena fe en los procesos judiciales.

La Fiscalía General de la República ha centrado su acción, fundamentalmente, en el campo jurisdiccional y penal; en el campo civil, en lo relativo al estado civil de las personas, especialmente en materia de divorcios; en la defensa de los derechos y garantías constitucionales, en la vigilancia de los establecimientos carcelarios de la República, cuarteles de policía, retenes judiciales, cárceles y penitenciarías.

En el campo administrativo, la Fiscalía General de la República debe intervenir, por mandato de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, en los juicios de nulidad de los actos administrativos, bien de efectos generales o de efectos particulares, emanados del Poder Central, Municipal o Estadal, y debe también actuar en todos aquellos casos en que se presente un hecho ilícito penal, civil o administrativo cuya dilucidación deba hacerse por ante los Tribunales competentes.

Es, pues, función de la Fiscalía General de la República la intervención en todos los asuntos que se procesen por ante los órganos públicos jurisdiccionales.

La Administración posee también mecanismos de autocontrol por medio de los recursos de revisión, reconsideración y jerárquico, cuya eficacia se ve debilitada al reunirse en el mismo sujeto u órgano todas las instancias de decisión.

Con todos estos órganos controlados, no se ha logrado situar a la Administración Pública en su justa dimensión frente a los administrados: como órgano gestor del bienestar público. Al contrario, la excesiva atribución de funciones y facultades ha invertido la relación ciudadano-Estado, convirtiendo al Estado en un ente autoritario y omnipotente, capaz de hacer, deshacer y no hacer según su antojo.

El ombudsman se constituiría en el necesario celador de la actividad administrativa, dejando a la Fiscalía General de la República lo relativo a la buena marcha de los procesos judiciales, contencioso-administrativos, civiles o penales, en que interviniere la Administración. El ombudsman debe velar por la buena marcha de la Administración Pública, tanto en lo referente a las decisiones que ella debe tomar sobre un asunto determinado, como en lo relativo a las acciones o realizaciones que está llamada a ejecutar.

El ombudsman debe velar por la recta aplicación de las leyes y demás disposiciones de rango sublegal, a fin de evitar al administrado la confusión de competencias y la desinformación respecto a la normativa aplicable en cada caso, dos situaciones que se presentan con mucha frecuencia en los procesos administrativos.

El ombudsman debe interponer sus buenos oficios ante los funcionarios que reúnen el poder de decisión en asuntos de su competencia, a fin de lograr la mayor celeridad en las decisiones y en las consiguientes ejecuciones de la Administración.

La función del ombudsman no crea conflictos de ninguna índole con la función que debe cumplir el Fiscal General, pues a éste le corresponde la vigilancia de los procesos judiciales y el ejercicio de las acciones tendientes al establecimiento de responsabilidades en el orden penal, civil, administrativo y disciplinario, mientras que el ombudsman centraría su atención en el aparato burocrático del Estado ejerciendo la función contralora popular de la actividad administrativa específica-

mente, mediante la interposición de quejas y reclamos, la petición de información y corrección de errores, omisiones y violaciones que no configuren un hecho ilícito y, si lo constituyere, mediante la remisión al Fiscal General de los recaudos correspondientes para el cabal ejercicio de las acciones a que haya lugar.

El ombudsman constituiría un punto de referencia para todos aquellos administrados de alguna manera desasistidos de las bondades de la Administración Pública, sobre todo de aquellas personas que, encontrándose en el interior de la República deben trasladarse a la capital para enfrentarse a una maquinaria administrativa terriblemente hipertrofiada y confusa.

El ombudsman, como órgano auxiliar del Congreso de la República, podrá pedir a éste la investigación o interpelación de aquellos funcionarios cuya conducta haya resultado lesiva de los derechos y garantías constitucionales, facultad ésta que, hasta ahora, no tienen los administrados. Cualquier ombudsman especial que pudiera institucionalizarse, tendría a su vez funciones específicas en el órgano cuyo control le fuere atribuido. Así, por ejemplo, los Municipios y los entes corporativos de Derecho Público como las universidades.

El ombudsman sería un ente contralor de la Administración Pública en la relación diaria de ésta con los particulares, para procurar establecer mecanismos de protección e información del administrado ante el gigantismo y la omnipotencia, la incertidumbre y la confusión.

DRA. MARISOL GARCÍA

CONCLUSIONES

El desarrollo de la ponencia nacional de Venezuela sobre el ombudsman, nos permite adelantar las siguientes conclusiones, que pueden servir de base —ese es nuestro propósito— a la creación de un ombudsman para nuestro país.

1º) La complejidad creciente de la Administración Pública ha desnaturalizado las relaciones entre el ciudadano y

el Estado, y éste se ha visto rebasado por la demanda ciudadana en el campo del ejercicio de sus derechos. Aún el más eficiente de los Estados modernos se revela incapaz para cumplir las múltiples, complejas y crecientes actividades administrativas, y es obvio que ello incide negativamente en la posibilidad de disfrutar plenamente los derechos democráticos que se ven así reducidos a lo meramente formal.

2º) Algunas sociedades democráticas han desarrollado correctivos institucionales a través de figuras como la del ombudsman escandinavo, el médiateur francés, el parlalamientary commissioner for administration, y el defensor del pueblo español. Estos correctivos se han desarrollado sin perjuicio de los mecanismos establecidos para los recursos administrativos y contenciosos existentes en toda legislación moderna. Asimismo se ha encontrado que a nivel municipal es necesario tener mecanismos de vigilancia y corrección, como es el caso de Israel. Por otra parte, creemos haber demostrado que esferas tan específicas de la vida social como la universitaria, pueden, en el caso de Venezuela, beneficiarse de la creación de un ombudsman especializado.

3º) La heterogeneidad de culturas y tradiciones legales y la diversidad de las realidades sociales no han sido óbice para la adopción de la figura del ombudsman bajo cualquier denominación. Lo fundamental aquí es que tal implantación no es fruto de teorías y preferencias abstractas, sino respuesta específica a las específicas exigencias que plantea la vigilancia del funcionamiento de organizaciones concretas y de la estructura general de la Administración Pública en un Estado particular. Es igualmente evidente que ni los Tribunales ni el autocontrol de la Administración han podido dar respuesta cabal a los problemas planteados. Los primeros, porque deben limitar su acción al mero control de la legalidad formal a través de costosos y lentos procedimientos contenciosos. En cuanto a la Administración, reducir su control al ámbito del autocontrol, expresado en las vías de reconsideración y del recurso

jerárquico, podrían convertirla en "juez y parte" de sus propios actos. De ahí la necesidad de crear instituciones que, como el ombudsman, favorecen el control externo de los actos administrativos.

4º) En Venezuela, algunas instituciones y leyes existentes han sido creadas con el propósito específico de controlar la legalidad de la actuación de la Administración Pública y la Fiscalía General de la República, por mandato constitucional, descolla entre ellas por su destacada labor en defensa de derechos humanos fundamentales. Pero el área no contenciosa —que es la más amplia de la vida ciudadana en su relación con el Estado— descansa para su protección exclusivamente en el autocontrol. Es en ese terreno que fundamos la idea de la necesidad, la validez, la urgencia y la oportunidad de propiciar la creación del Ombudsman en Venezuela.

5º) Creemos haber clarificado el por qué y el para qué de un Ombudsman para Venezuela. El cómo, es tarea legislativa. Concebimos esa legislación como el fruto de los esfuerzos no sólo de los legisladores, sino y necesariamente, de la participación de sectores significativos de la vida social, como las universidades, los partidos políticos, las agrupaciones sindicales y profesionales, y las autoridades públicas comprometidas con el perfeccionamiento del sistema democrático.

6º) Pretendemos que este trabajo sea un estímulo y una invitación a esos sectores que conforman la Venezuela presente y tienen el deber de proyectarla hacia un futuro, donde la solidaridad, la participación y la democracia no sean meras aspiraciones programáticas.

Este es el mejor homenaje que concebimos para Simón Bolívar, en el Bicentenario de su nacimiento.

PROF. MARÍA H. FERNÁNDEZ V.
PROF. CARLOS GUERÓN

UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO

REVISTA

DE LA

FACULTAD DE DERECHO

AÑO LECTIVO 1981 - 1982

No. 32

CARACAS VENEZUELA

DOCTRINA

"LOS TRABAJOS PREPARATORIOS DE LA TERCERA CONFERENCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO (LA PAZ, 1984)"

Gonzalo Parra-Aranguren

1.—La Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional (1979): a) su Resolución Séptima. 2.—b) La Resolución Cuarta. 3.—c) la Resolución Quinta. 4.—d) la Resolución Sexta. 5.—La Resolución de la Federación Interamericana de Abogados (1979). 6.—La Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos: las Resoluciones 451 y 452 (1979). 7.—La Resolución del Instituto Hispano-Luso-Americano-Filipino de Derecho Internacional (1980). 8.—La Reunión de Expertos de Washington (1980): a) convocatoria y resultados. 9.—b) Las Resoluciones Uno y Dos. 10.—El "Proyecto de Protocolo Adicional sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero": a) los antecedentes (1979). 11.—b) las explicaciones complementarias (1980). 12.—c) el Proyecto aprobado por los expertos. 13.—Las "Bases de Jurisdicción Internacional": a) el cuestionario previo. 14.—b) el documento aprobado. 15.—El Proyecto de Protocolo Adicional y el Dictamen del Comité Jurídico Interamericano: a) las modificaciones hechas. 16.—b) los votos disidentes. 17.—La Asamblea General de la Organización: a) Resoluciones 505 y 506 (1980). 18.—b) la Resolución 554 (1981). 19.—La Resolución 376 (1982) del Consejo Permanente sobre el Temario de la Tercera Conferencia Especializada Interamericana. 20.—Las Observaciones de los Gobiernos al Temario propuesto. 21.—El examen de las "Bases de Jurisdicción Internacional" por el Comité Jurídico Interamericano: a) las dificultades iniciales. 22.—b) los documentos aclaratorios de la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos (1981). 23.—c) El Proyecto aprobado y su Informe. 24.—La Reunión de Expertos de Quito (1983). 25.—El Grupo de Trabajo Uno: su constitución y resultados. 26.—El Grupo de Trabajo Dos: su constitución. 27.—a) la definición de la adopción. 28.—b) las edades requeridas. 29.—c) la necesidad del abandono previo. 30.—d) las adopciones a través de mandatario. 31.—e) el período preadoptivo. 32.—f) la irrevocabilidad y la nulidad de la adopción. 33.—g) el secreto de la adopción. 34.—h) las Bases de Legislación Uniforme. 35.—El Grupo de trabajo Tres: su constitución. 36.—a) el ámbito de vigencia del Proyecto. 37.—b) las condiciones de fondo y de forma. 38.—c) la revocación y la nulidad de la adopción. 39.—d) las autoridades competentes. 40.—e) la eficacia sin exequatur. 41.—f) las "Dis-

posiciones Generales". 42.—g) las materias no reguladas. 43.—El Proyecto de Convención sobre adopción del Comité Jurídico Interamericano (1982). 44.—El Proyecto sobre personalidad y capacidad de las personas jurídicas del Comité Jurídico Interamericano. 45.—Los trabajos sobre Transporte internacional del Comité Jurídico Interamericano. 46.—Sede y fecha de celebración de la Tercera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado.

1. Al concluir sus sesiones, el *ocho de mayo de 1979,* la Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-II) reiteró ser "de fundamental importancia y especial interés para el progreso jurídico en el contexto de las relaciones interamericanas, que se institucionalice en el ámbito de la OEA una actividad de carácter permanente para el estudio, codificación y promoción del desarrollo progresivo del Derecho Internacional Privado"; y también sostuvo "que existen en el ámbito interamericano numerosos problemas de Derecho Internacional Privado que requieren permanente y cuidadoso estudio, a fin de encontrar soluciones adecuadas para los mismos y facilitar en esta forma la cooperación interamericana, tan necesaria en la época contemporánea, en que se intensifican las relaciones entre los pueblos americanos en una variada gama de aspectos".

Lógica consecuencia de los anteriores Considerandos fue la *Resolución Séptima* con el objeto de "solicitar a la Asamblea General de la OEA que convoque la Tercera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-III)": a este propósito recomendó a la Secretaría General la elaboración de "documentos técnicos e informativos sobre los puntos del temario con el fin de facilitar las labores de la Tercera Conferencia y que además le proporcione los servicios de secretaría"; y también hizo énfasis en la conveniencia de promover "reuniones de expertos en Derecho Internacional Privado, intercambios de información y documentos", y "las demás actividades que sean necesarias en la fase preparatoria de la CIDIP-III" [1].

1. *"Actas y Documentos. Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-II)"*, Washington, 1980, Vol. I, pp. 347-348.

2. Por otra parte, la Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-II) no tuvo tiempo para examinar todas las materias que le fueron encomendadas; y, por tanto, aprobó la *Resolución Cuarta,* con el objeto de "solicitar a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos la inclusión, con carácter prioritario, en el temario de una próxima Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, de las siguientes materias: transporte marítimo internacional y transporte terrestre de mercaderías y personas"; a cuyo efecto debían realizarse estudios "con el siguiente orden: solución de los conflictos de leyes y de jurisdicción, así como unificación de normas" [2].

3. Dentro de la misma directriz fue reconocido expresamente por la Segunda Conferencia Especializada Interamericana que "en el seno de la Comisión de Trabajo correspondiente se puso de manifiesto una notoria discrepancia de criterios" sobre "el tema relativo a la personalidad y capacidad de las personas, tanto físicas como jurídicas"; problema "de los más importantes en la materia de los conflictos de leyes y en el que es aconsejable procurar su armonización y actualización", a fin de superar la "notoria discrepancia de criterios" existente, "por cuanto fueron defendidas tanto la ley del domicilio como la ley del tribunal y la ley de la nacionalidad". En consecuencia, la *Resolución Quinta* dispuso "solicitar a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos que disponga un exhaustivo estudio de los sistemas de Derecho Internacional Privado vigentes en los Estados miembros de la Organización", tanto "en materia de personalidad y capacidad de las personas físicas" como "de las personas jurídicas". De igual modo, una vez efectuados los anteriores estudios, recomendó proceder a "un examen cuidadoso acerca de la posibilidad de lograr la uniformidad y armonización de los sistemas de Derecho Internacional Privado de los Estados miembros de la Organización"; y "con fundamento en los resultados obtenidos y en caso de haberse logrado avances sustanciales en los trabajos preparatorios antes indicados", disponer "la inclu-

2. *"Actas y Documentos. Segunda Conferencia Especializada Interameriana sobre Derecho Internacional Privado (CIPID-II)"*, op. cit., Vol. I, pp. 342-343.

sión de la materia en el temario de una Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado" [3].

4. La Segunda Conferencia Especializada Interamericana también tuvo en cuenta el "Proyecto de Protocolo adicional a la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero" presentado por los Estados Unidos de la América del Norte, donde se destacaron "las diferencias procesales entre los sistemas probatorios del *"Common Law"*, en la forma como se practica en el continente americano y los vigentes en la mayoría de los países latinoamericanos". Por tanto, la *Resolución Sexta* decidió "recomendar a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos que encomiende a la Secretaría General, para que, a través de su Consultoría Jurídica, designe expertos para que con la colaboración de ésta realicen los estudios y preparen la documentación pertinente"; y que se examinaran "los estudios y documentos que hayan presentado sobre el tema, a fin de elaborar un anteproyecto de Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero". Por otra parte, "una vez conocido el dictamen del Comité Jurídico Interamericano al respecto, y teniendo en cuenta las conclusiones presentadas por los expertos", si éstas lo justificaren, fue pedido a la Secretaría General de la Organización incluir "la materia en el proyecto de temario de una Conferencia Especializada Interamericana" [4].

5. La importancia del Tercer Congreso de Montevideo fue reconocida por la Vigésima Primera Conferencia de la Federación Interamericana de Abogados que tuvo lugar en San Juan, Puerto Rico, entre el *veinticinco* y el *treintiuno de agosto de 1979*. En esa oportunidad, la Resolución cuarta del Comité Segundo acordó formalmente reiterar su recomendación a las asociaciones miembros y a los miembros individuales para que promovieran en sus respectivos países la suscripción y ratificación de las convenciones aprobadas en Panamá; y también

3. *"Actas y Documentos. Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIPID-II)"*, op. cit., Vol. I, p. 344.
4. *"Actas y Documentos. Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIPID-II)"*, op. cit., Vol. I, p. 345.

fueron urgidos a una conducta análoga respecto a las siete Convenciones y al Protocolo de Montevideo. Además, la Resolución Novena del Sexto Comité se refirió específicamente al arbitraje comercial interamericano para destacar la importancia de las Convenciones de New York (1958) y de Panamá (1975) [5].

6. Dos meses más tarde, las actividades de la Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado fueron conocidas por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos en su Noveno período ordinario de sesiones, en La Paz, Bolivia, entre el *veintidós* y *treintiuno de octubre de 1979*. Además de "agradecer al Comité Jurídico Interamericano su valiosa labor de promover la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional" [6], la Asamblea General decidió "exhortar a los gobiernos de los Estados miembros que no lo hubieren hecho, a que firmen, si lo estimaran conveniente, y ratifiquen, conforme a sus procedimientos" todas las Convenciones aprobadas en Panamá (1975) y en Montevideo (1979) [7]. La Resolución AG/RES. 451 (IX-0/79) destacó también ser "de fundamental importancia cooperar en el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional dentro del sistema interamericano"; y en sus Considerandos previos se refirió en forma expresa a las exhortaciones hechas por la Décima Novena y por la Vigésima Primera Conferencia de la Federación Interamericana de Abogados [8]. En esa misma oportunidad, con motivo de la duodécima sesión plenaria celebrada el *treintiuno de octubre de 1979*, la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos aprobó la Resolución AG/RES. 452 (IX-0-79), con el objeto de "recomendar al Consejo Permanente que tome las medidas para suministrar a la Secretaría General los recursos necesarios a fin de que, en coordinación con el Comité Jurídico Interamericano, pueda dar cumplimiento a los mandatos aprobados por la CIDIP-II, dentro de las posibilidades

5. *"Revista de la Federación de Colegios de Abogados de Venezuela"*, Caracas, número 3. s/f., pp. 45-46, 48-49.
6. AG/RES. IX-09-79.
7. AG/RES. 451 (IX-0-79). Tres años antes, por Resolución AG/RES. 236 (VI-0-76), la Asamblea General había instado a los Países Miembros a ratificar las Convenciones suscritas en Panamá.
8. *"Anuario Jurídico Interamericano. 1979"*, Washington, 1980, pp. 280-281.

presupuestarias". Tales mandatos estaban referidos a "la realización de estudios, para su inclusión en el temario de una próxima Conferencia, sobre los siguientes temas: transporte marítimo internacional; transporte terrestre de mercaderías y personas; personalidad y capacidad de las personas físicas y de las personas jurídicas"; y también a "la designación de expertos para preparar un proyecto de Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero". De igual modo fue resuelto "instruir a la Secretaría General para que, concluidos los estudios solicitados por la CIDIP-II, los lleve a la consideración del Comité Jurídico Interamericano" [9].

7. La importancia de los resultados obtenidos en la Segunda Conferencia Especializada Interamericana (CIDIP-II) también fue objeto de expreso señalamiento en el Duodécimo Congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, que tuvo lugar en Mérida (Venezuela) entre el *treintiuno* y el *siete de septiembre de 1980:* bajo el título *"Progresos de la Codificación Interamericana en el Derecho Internacional Privado"*, luego del examen de la Ponencia del doctor GONZALO PARRA-ARANGUREN, se aprobaron las siguientes conclusiones:

> *"Primera:* Expresar su satisfacción por las Convenciones Interamericanas suscritas en Panamá (1975) y en Montevideo (1979), que significan un adelanto sobre las Convenciones anteriores de Derecho Internacional Privado, que coinciden con el objetivo del acuerdo adoptado por el Instituto [10]. *Segunda:* Recomendar a los países de nuestra Comunidad, si todavía no lo hubieren hecho, emprender los estudios necesarios para ratificar o, en su caso, adherirse a la Convención Interamericana de Normas Generales de Derecho Internacional Privado. *Tercera:* Recomendarles igualmente la realización de los

9. *"Anuario Jurídico Interamericano.* 1979", op. cit., pp. 282-283.
10. La referencia es la Resolución del Sexto Congreso, que también fue celebrado en Mérida (Venezuela) en octubre de 1967, bajo el título *"Sociedad y Derecho Internacional Privado"*, cuyo número segundo recomendó: "Apoyar estudios encaminados a la revisión y armonía de los sistemas convencionales de Derecho Internacional Privado de América (Código Bustamante y Tratados de Montevideo) y los dirigidos a lograr la adhesión de los países de la Comunidad hispano-luso-americano-filipina" *("Tabla General de las Resoluciones y demás Acuerdos* (1951-1977)", por el doctor JOSE PEREZ MONTERO, Madrd, 1979, pp. 121-122).

> estudios necesarios para ratificar o, en su caso, adherirse al mayor número posible de las demás Convenciones suscritas en las Conferencias Interamericanas Especializadas sobre Derecho Internacional Privado" [11].

8. En cumplimiento de la Resolución de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos AG/RES. 452 (IV-0-79), con fecha *siete de enero de 1980* fueron enviadas, por la Secretaría General, las invitaciones para una Reunión de Expertos, a celebrarse en Washington, a fin de tratar los siguientes temas:

> "1. La Jurisdicción Internacional: posibilidad de aprobación de ciertas reglas básicas con miras a un Proyecto de Convención Interamericana sobre la materia. 2. Examen del Proyecto de Protocolo a la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, aprobado por la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-I), Panamá, 1975, presentado por los Estados Unidos".

En la misma correspondencia se afirmó:

> "El propósito de la proyectada Reunión de Expertos es obtener, en la medida de lo posible, la mayor coincidencia en torno a dos temas de naturaleza procesal de gran importancia práctica, con la perspectiva de su transformación en Convenciones del Sistema Interamericano, que complementarían las aprobadas con anterioridad en las CIDIP-I y CIDIP-II".

La Reunión de Expertos inició sus labores en Washington el *nueve de abril de 1980* con asistencia de seis miembros del Comité Jurídico Interamericano: los doctores JORGE A. AJA ESPIL, ULPIANO LÓPEZ MALDONADO, JUAN MATERNO VÁSQUEZ, GONZALO ORTIZ MARTIN, SEYMOUR J. RUBIN y HAROLDO T. VALLADAO; y también fueron invitados, con el carácter de expertos, los doctores STEPHEN M. BOYD, BEVERLY MAY CARL, LUIS DILERMANDO DE CASTELLO CRUZ, GEORGES R. DELAUME, G.A.L. DROZ, WERNER GOLDSCHMIDT LANGE, MARCO GERARDO MONROY CABRA, GONZALO

11. *"Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional. Acuerdos del Duodécimo Congreso. Mérida (Venezuela)*, 31 agosto-7 septiembre de 1980", Madrid, s/f., p. 14.

PARRA-ARANGUREN, WILLIS L.M. REESE, PETER D. TROOBOFF, MANUEL A. VIEIRA y ARTHUR VON MEHREN.

De inmediato, los participantes se fijaron "como objetivo prioritario, la búsqueda de puntos de coincidencia que hicieran posible, en los temas propuestos y dentro del marco interamericano, la armonización de los dos sistemas jurídicos en lo que concierne al Protocolo a la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero (Panamá, 1975), y Jurisdicción Internacional" [12].

La Reunión de Expertos eligió Coordinador al doctor GONZALO PARRA-ARANGUREN; y los doctores LULIS DILERMANDO DE CASTELLO CRUZ y WERNER GOLDSCHMIDT LANGE fueron designados Relatores. Su última sesión tuvo lugar el martes *quince de abril de 1980*, cuando se aprobaron dos Resoluciones y dos documentos, a saber: un Proyecto de Protocolo a la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero (Panamá, 1975) con un formulario anexo, y unas Bases de Jurisdicción Internacional [13].

9. En la Resolución Número Uno la Reunión de Expertos hizo pública su "satisfacción por los logros obtenidos", y exhortó, "a quienes corresponda, el completar, en futuras etapas, el proceso de elaboración de normas iniciado en esta Reunión, tomando en consideración las dificultades del proceso de obtención de estas conclusiones y el carácter conciliatorio de las mismas". Dentro de la misma directriz invitó, "también a quienes incumba, continuar con el proceso de elaboración normativa referente a la jurisdicción internacional iniciado en esta Reunión, a que emprendan un estudio cuidadoso de los temas relativos a la jurisdicción internacional directa, el papel que le cabe a la autonomía de la voluntad y el concerniente a las excepciones a la jurisdicción internacional, particularmente, el de las inmunidades de jurisdicción" [14].

La Resolución Número Dos tuvo por objeto "exhortar a la Secretaría General de la Organización de los Estados Ameri-

12. *"Informe Final. Primera Reunión de Expertos en Derecho Internacional Privado.* 9-15 abril 1980", Washington D.C.' U.S.A 1980 p. 4.
13. *"Informe Final..."*, op. cit., pp. 9-29.
14. *"Informe Final..."*, op. cit., p. 33.

canos para que a través del Consejo Permanente y la Asamblea General procure la obtención de los recursos financieros necesarios que hagan posible la realización de nuevos trabajos de especialistas en aquellos temas que por su naturaleza así lo requieran"; y, también, "recomendar a la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos que, con miras a difundir los trabajos de esta Reunión de Expertos, se sirva distribuir dichos trabajos entre las Misiones y Delegaciones de los Estados miembros de la O.E.A., así como entre las universidades, organismos especializados y otras entidades científicas, a fin de promover un mejor conocimiento de los puntos de contacto entre los sistemas de derecho civil y *common law* de los países del Sistema Interamericano" [45].

10. Los trabajos referentes al *"Protocolo Adicional sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero"* tienen como punto de partida la propuesta, formulada el *cinco de enero de 1979* por la Misión Permanente de los Estados Unidos de América, con el objeto de incorporar dos puntos al Temario de la Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado: a este propósito presentó el correspondiente proyecto; y en el Memorandum anexo se indicaron las materias más importantes para su examen, a saber:

> "Adopción de un formulario uniforme para todas las solicitudes de asistencia judicial a que se refiere la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero (aprobada por la CIDIP-II). Aclaración de los tipos de solicitudes de pruebas previas al juicio que se usan en el sistema del *"Common Law"* y que los Estados requeridos aceptarían. Aceptación por el Estado requerido de un método o procedimiento especial para dar cumplimiento a las solicitudes del Estado requirente. Práctica de pruebas ante un Cónsul o comisionado, y no exclusivamente ante tribunales del Estado requerido. Otros asuntos, tales como diligencias para exigir la comparecencia de testigos renuentes y para el cumplimiento de las solicitudes sin cargo alguno" [16].

---

15. *"Informe Final..."*, op. cit., p. 34.
16. *"Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-II). Proyecto de Temario Anotado"*, CIDIP-II/14, pp. 9-9.

No obstante su formal propuesta, la Misión de los Estados Unidos de la América del Norte admitió la posibilidad de necesitarse "tal vez mayor estudio y elaboración", que podría ser realizado por un Grupo de Expertos después de concluida la Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-II); y fue esta última alternativa la recomendada expresamente por la Resolución Sexta del *ocho de mayo de 1979* [17].

11. Ahora bien, con el deseo de clarificar el ámbito de la investigación por los expertos, y a requerimiento de la Consultoría Jurídica de la Organización de los Estados Americanos, en *dos de abril de 1980* el doctor PETER D. TROBOFF presentó un Memorandum complementario, aun cuando sin carácter oficial, para delimitar los problemas más importantes: a su entender "la cuestión clave consiste en la dificultad de armonizar las prácticas procesales de la mayoría de los países latinoamericanos con las del sistema del *common law*"; y el método de trabajo debía consistir en un examen de las cláusulas del Proyecto Presentado: "Este análisis enfocará como punto principal esta cuestión: ¿Hace el Protocolo expedita la recepción de pruebas en el extranjero de acuerdo con la Convención, particularmente cuando se trata de dos países de diferente sistema jurídico? También serán objeto de estudio los formularios propuestos, con el fin de asegurar su utilidad para los jueces llamados a practicar pruebas en virtud de la Convención" [18].

El doctor PETER D. TROOBOFF, Miembro de la Delegación de los Estados Unidos de la América del Norte en la Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, presentó posteriormente un Proyecto modificado de Protocolo Adicional con un Memorandum Explicativo de sus varios artículos (I RE/doc. 5/80); y la Reunión de Expertos también tuvo a su disposición un documento, con diversas consideraciones sobre el tema, preparado por la Oficina de Desarrollo y Codificación del Derecho Internacional de la Consultoría Jurídica, con un anexo contentivo de las

17. *"Actas y Documentos. Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-II)"*, op. cit., Vol. I, pp. 345-346.
18. *"Informe Final..."*, op. cit., pp. 57-58.

leyes vigentes en los Estados Americanos en materia de exhortos y pruebas (I RE/SC/80) [19].

12. Los expertos reunidos en Washington examinaron el Protocolo Adicional sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero durante los días *nueve, diez, once, doce y catorce de abril de 1980:* en última instancia se aprobó un *"Proyecto de Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero",* inspirado en el régimen previsto por el Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias suscrito en Montevideo, con las adecuaciones necesarias a la materia de la evacuación de pruebas en el extranjero. Además, fueron incluidos preceptos para permitir la intervención de agentes diplomáticos o consulares y de comisionados, pero reconociendo expresamente a los Estados partes su derecho a reservarlos, a fin de atender las exigencias impuestas por el derecho constitucional de algunos países, según informa el Relator, doctor Luis Dilermando de Castello Cruz;[20] se reguló adecuadamente el procedimiento conocido bajo el nombre de *pre-trial discovery of documents* para impedir las *fishery expeditions* y precaver el ejercicio de la facultad de rechazar el trámite de los respectivos exhortos o cartas rogatorias, consagrada por el artículo noveno de la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero; y se aprobó también un formulario anexo, con el propósito de facilitar el trámite de las correspondientes solicitudes [21].

13. El tratamiento de la jurisdicción internacional fue incluido en el Temario de la Reunión de Expertos de Washington, convocada por la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, por creerlo oportuno "a fin de complementar, en lo pertinente, las normas de derecho procesal internacional", en un esfuerzo de codificación "felizmente iniciado con las Convenciones de Panamá (CIDIP-I) y que encuentra su continuidad en las respectivas Convenciones de Montevideo (CIDIP-II)" [22].

19. *"Informe Final..."*, op. cit., pp. 61-86.
20. *"Informe Final..."*, op. cit., p. 42.
21. *"Informe Final..."*, op. cit., pp. 11-23.
22. *"Informe Final..."*, op. cit., p. 4.

A fin de facilitar las tareas de la Reunión de Expertos, la Consultoría Jurídica hizo circular un Cuestionario previo, contentivo de diversas preguntas, "que, aunque resultan en cierto modo independientes una de la otra, no carecen de interdependencia. La primera pregunta implica las siguientes, y es: ¿Cree usted que el sistema interamericano necesita de un cuerpo normativo especial en materia de jurisdicción internacional"? [23].

El Cuestionario fue respondido por la propia Consultoría Jurídica de la Organización de los Estados Americanos; y también lo contestaron por escrito el licenciado RICARDO ABARCA LANDERO y los doctores LUIS DILERMANDO DE CASTELLO CRUZ, WERNER GOLDSCHMIDT LANGE, ULPIANO LÓPEZ MALDONADO, MARCO GERARDO MONROY CABRA, MANUEL A. VIEIRA y ARTHUR VON MEHREN [24]: WERNER GOLDSCHMIDT LANGE consideró aconsejable dos sistemas, uno de competencia directa y otro de competencia indirecta; el establecimiento de normas sólo para la eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras fue defendido por ARTHUR VON MEHREN; LUIS DILERMANDO DE CASTELLO CRUZ sostuvo la utilidad de un nuevo sistema únicamente si las normas de los Tratados de Montevideo y del Código Bustamante no resultaban aceptables a los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos; el licenciado RICARDO ABARCA LANDERO y los doctores ULPIANO LÓPEZ MALDONADO, MARCO GERARDO MONROY CABRA y MANUEL A. VIEIRA afirmaron la necesidad de un conjunto de normas propias en materia de jurisdicción internacional [25].

Los expertos reunidos en Washington tuvieron como apoyo un documento de trabajo preparado por la Oficina de Desarrollo y Codificación del Derecho Internacional de la Consultoría Jurídica de la Organización de los Estados Americanos, con el título: *"Soluciones al Problema de la Jurisdicción en el Mercado Común Europeo"* [26]; y también un Proyecto sobre Bases de Jurisdicción Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras, elaborado por los doctores BE-

23. Así lo plantea el doctor WERNER GOLDSCHMIDT LANGE en su Informe presentado con el carácter de Relator (*"Informe Final..."*, op. cit., p. 45).
24. El Cuestionario y sus respuestas se encuentran reproducidos en: *"Informe Final..."*, op. cit., pp. 87-164.
25. *"Informe Final..."*, op. cit., p. 46.
26. *"Informe Final..."*, op. cit., pp. 165-186.

VERLY MAY CARL y DIDIER OPERTTI BADAN, fruto de su trabajo con el doctor ARTHUR VON MEHREN [27].

14. La Reunión de Expertos se abstuvo de todo pronunciamiento sobre el problema de las inmunidades jurisdiccionales, cuya importancia fue destacada por el doctor GONZALO PARRA-ARANGUREN: limitó sus tareas al examen de la competencia internacional indirecta, sin perjuicio de seguir con el estudio de la competencia internacional directa, si el tiempo disponible lo permitía [28]; y al concluir sus deliberaciones fue aprobado un documento con título muy simple: *"Bases de Jurisdicción Internacional"* [29], que no pretendió regular la materia de manera exhaustiva: sólo quiso presentar "la coincidencia máxima entre representantes de sistemas jurídicos contrapuestos, el angloamericano y el continental", habiendo hecho énfasis en que "posiblemente los participantes mantuvieron algunas reservas, discrepancias con ciertas soluciones establecidas... por cuanto el esfuerzo básico estuvo dirigido a la armonización de los sistemas contrapuestos, para que esas Bases mínimas pudieran ser aceptables a todos los países del Hemisferio" [30].

15. Una vez concluidos los trabajos de la Reunión de Expertos de Washington el Comité Jurídico Interamericano, "en uso de la atribución que le confiere el artículo 108 de la Carta", decidió "abocarse al conocimiento" del "Proyecto de Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero", en los términos del mandato de la Asamblea General de la Organización de los Estados Ameri-

27. IRE/doc. 12/80. .
28. *"Informe Final..."*, op. cit., p. 47.
29. En el *"Acta Final"* del período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano, correspondiente al mes de agosto de 1980, se lee el siguiente párrafo: "el tema Bases de Jurisdicción ofrece dos versiones en inglés en virtud de la solicitud expresa en tal sentido de los profesores von Mehren y May Carl" *("Recomendaciones e Informes del Comité Jurídico Interamericano"*, Volumen XII (1978-1980), Washington, 1982, p. 388).
30. PARRA-ARANGUREN, Gonzalo: *"Proyecto de Convención Interamericana sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras"*, en *"Curso de Derecho Internacional organizado por el Comité Jurídico Interamericano"*, Volumen I, Washington, D.C., U.S.A., 1983, p. 429. El carácter transaccional de las "Bases de Jurisdicción Internacional" fue también destacado por el Relator, doctor WERNER GOLDSCHMIDT LANGE *("Informe Final..."*, op. cit., p. 48).

canos, según aparece en su Resolución AG/RES. 452 (IX-0-79)[31]; y así lo hizo en el mes de agosto de 1980.

Después del necesario análisis, en sus sesiones de los días *veintiuno* y *veintiocho de agosto de 1980,* respectivamente, aprobó un *"Proyecto de Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero"* y un *"Dictamen sobre el Anteproyecto de Protocolo Adicional a la referida Convención, aprobado por la Primera Reunión de Expertos en Derecho Internacional Privado, celebrada en Washington, D.C., del 9 al 15 de abril de 1980":* ambos documentos aparecen suscritos por los doctores HAROLDO T. VALLADAO, ALBERTO HERRARTE GONZÁLEZ, WILLIAM R. DOUGLAS, ELBANO PROVENZALI HEREDIA, GONZALO ORTIZ MARTIN y ULPIANO LÓPEZ MALDONADO. Sin embargo, el doctor SEYMOUR J. RUBIN hizo constar en dos escritos independientes su voto explicativo favorable al artículo séptimo del Proyecto, según fuera enmendado por el Comité Jurídico Interamericano, y a los artículos 9 y siguientes del Anteproyecto de los Expertos reunidos en Washington. Por su parte, los doctores ALBERTO HERRARTE GONZÁLEZ y ELBANO PROVENZALI HEREDIA presentaron un voto razonado para justificar su actitud durante la discusión de la materia [32].

Ahora bien, en el documento de fecha *veintiocho de agosto de 1980,* el Comité Jurídico Interamericano dejó constancia expresa de los límites del mandato recibido de la Asamblea General de la Organización: no le había encomendado elaborar un nuevo Proyecto "sino, simplemente, emitir un Dictamen sobre los trabajos preparados por la Primera Reunión de Expertos". Sin embargo, consideró indispensable "dejar en claro qué es lo que el Anteproyecto agrega a la Convención de 1975, suscrita en Panamá, cuáles son las modificaciones que se le aconsejan y de qué modo este asunto llegó al Comité para su consideración" [33].

El *"Proyecto de Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero"* del

---

31. Véase antes el número 6 de este trabajo.
32. En *dos de septiembre de 1980* el Presidente del Comité Jurídico Interamericano remitió el Proyecto y el Dictamen al Secretario General de la Organización de los Estados Americanos (CIDIP-III/12, pp. 1-2).
33. CIPID-III/12, pp. 32-33.

Comité Jurídico Interamericano, reprodujo, en forma casi textual, los ocho primeros artículos del documento preparado por la Reunión de Expertos de Washington; y también transcribió el artículo décimo cuarto, pero con el número nueve: así lo reconoce el propio "Dictamen", con el señalamiento de haberse hecho "ligeras enmiendas, más de forma que de fondo" [34].

No obstante la afirmación anterior debe señalarse una importante reforma, "que afecta el difícil equilibrio obtenido en la Conferencia de Montevideo cuando se trató la materia relativa a la necesidad de establecer un valor único por concepto de gastos, a los fines de garantizar el expedito cumplimiento de los exhortos o cartas rogatorias. La mayoría del Comité Jurídico Interamericano hizo caso omiso de tales esfuerzos, según es señalado en el voto disidente del doctor SEYMOUR J. RUBIN, cuando se refirió a la conveniencia de una sola suma que cubra razonablemente el costo de las actuaciones a practicarse, cualquiera que sea su número y su naturaleza" [35].

16. La actitud asumida por el Comité Jurídico Interamericano fue más drástica en otros aspectos: a pesar de su carácter facultativo suprimió todas las reglas sobre agentes diplomáticos o consulares y de los comisionados. La simple abstención de los doctores ALBERTO HERRARTE GONZÁLEZ y ELBANO PROVENZALI HEREDIA condujo al fracaso de los artículos, no obstante el voto favorable de los otros cinco miembros presentes en las deliberaciones. Se trata de una actitud poco ininteligible porque los disidentes insistieron en la necesidad de tomar en cuenta las directrices de la Convención aprobada por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado el dieciocho de marzo de 1970; y basta un simple examen comparativo para demostrar sus manifiestas coincidencias con el Proyecto de los Expertos en Washington [36].

Menos comprensible resulta la supresión del precepto sobre *pre-trial discovery of documents:* el doctor ELBANO PROVENZALI

34. CIDIP-III/12, p. 33.
35. PARRA-ARANGUREN, Gonzalo: *"Proyecto de Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero aprobada por la CIDIP-I en Panamá 1975"*, en *"Curso de Derecho Internacional organizado por el Comité Jurídico Interamericano"*, Volumen I, Washington, 1983, p. 454.
36. CIDIP-III/12. pp. 35-38; 12-15; 22-27.

HEREDIA se abstuvo porque contenía una referencia al artículo noveno de la Convención, "generadora de dudas y confusiones"; y el doctor ALBERTO HERRARTE GONZÁLEZ insistió en la supresión de la frase "una vez iniciados los procedimientos judiciales", porque, a su entender, se trataba de hipótesis en las cuales el objeto perseguido era la obtención de pruebas "antes del proceso" [37]. Sin embargo, este último presupuesto "no es correcto porque generalmente la actividad se pretende realizar después de comenzado el juicio pero cuando todavía no se ha llegado al *trial;* y si durante este período no se permite el trámite de exhortos o cartas rogatorias, el Protocolo Adicional carece de objeto práctico" [38].

17. La Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, en el décimo período ordinario de sesiones que tuvo lugar en la sede de la Secretaría General, Washington, D.C., entre el *diecinueve* y el *veintiocho de noviembre de 1980,* examinó el Informe anual del Comité Jurídico Interamericano; y también su dictamen "sobre el Proyecto de Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, aprobada en Panamá en 1975, y elaborado por la Primera Reunión de Expertos en Derecho Internacional Privado". En última instancia, la Asamblea General reconoció que el Comité Jurídico Interamericano "ha proseguido con el estudio", a los fines de "la convocación de la CIDIP-III", de los siguientes temas: "Transporte marítimo internacional y transporte terrestre internacional de mercaderías y personas, personalidad y capacidad de las personas físicas y jurídicas; Protocolo adicional a la Convención Interamericana sobre Recepción de pruebas en el Extranjero suscrita en Panamá el 30 de enero de 1975". Ahora bien, con vista de tales consideraciones fue decidido "convocar la Tercera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-III), que será celebrada en la sede y fecha que establezca oportunamente el Consejo Permanente"; y la Resolución AG/RES. 505 (X-0-80), aprobada el *veintisiete de noviembre de 1980* en la sexta sesión plenaria, también dispuso:

37. PARRA-ARANGUREN, art. cit., p. 458.
38. CIDIP-III/12. pp. 38, 15-16, 30.

> "2. Encomendar al Comité Jurídico Interamericano que prosiga la preparación de informes, proyectos de convenciones y respectivas exposiciones de motivos sobre los temas recomendados por la CIDIP-II, a que se hace referencia en los considerandos de esta resolución, y considere las conclusiones y opiniones que le sean sometidas por las reuniones de expertos convocadas por la Organización. 3. Encomendar asimismo al Comité que elabore los informes, proyectos de convenciones y exposiciones de motivos... sobre los demás temas que sean incluidos en el proyecto definitivo de temario de la CIDIP-III" [39].

En la misma fecha, *veintisiete de noviembre de 1980,* fue aprobada la Resolución AG/RES. 506 (X-0-80) con el objeto de "recomendar al Consejo Permanente para que en el proyecto de temario de la próxima Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, incluya el tema relativo a la adopción de menores".

Esta última Resolución tuvo, entre otros, los siguientes Considerandos:

> "Que la institución jurídica de la adopción de menores, en todas sus formas constituye por excelencia un medio de protección de la infancia, particularmente de la que se encuentra en situación de abandono; Que en los últimos años se observa en los países americanos un aumento creciente de las adopciones de niños realizadas a nivel internacional e interamericano, lo que suscita con gran frecuencia difíciles problemas de nacionalidad, estado civil, competencia y conflicto de leyes que requieren la sanción y unificación actualizada de normas de Derecho Internacional Privado a nivel interamericano que contemple las exigencias actuales de esta problemática; Que el Instituto Interamericano del Niño y la Comisión Interamericana de Mujeres, vienen trabajando con preocupación en el campo de la protección jurídico-social del niño y en el estudio de las posibilidades de unificación de normas de Derecho Internacional Privado por lo que puede aprovecharse sus experiencias al respecto" [40].

18. La Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos reiteró los planteamientos anteriores en su undécimo período ordinario de sesiones, que tuvo lugar en Castries,

---

39. *"Anuario Jurídico Interamericano. 1980",* Washington, D.C., U.S.A. 1981, pp. 152-153.
40. *"Anuario del Comité Jurídico Interamericano. 1981",* op. cit., pp. 153-154.

Santa Lucía, entre el *dos* y el *once de diciembre de 1981:* en esa oportunidad fue aceptado "apoyar la iniciativa del Instituto Interamericano del Niño para llevar a cabo una Reunión de Expertos sobre la adopción de menores, por considerar que la misma responde a una manifiesta necesidad de los Estados de la región".

La Resolución AG/RES. 554 (XI-0-81), de fecha *diez de diciembre de 1981,* reprodujo la validez de los Considerandos aprobados el año anterior; y también hizo valer:

> "Que existe honda preocupación por parte de muchos gobiernos latinoamericanos por las características que viene adquiriendo esta problemática, la cual aconseja la búsqueda a nivel continental de una estrategia común que permita encontrar soluciones adecuadas tanto en el ámbito interno como en el internacional; Que es conveniente apoyar y auspiciar el esfuerzo que el Instituto Interamericano del Niño, Organismo Especializado de la OEA, viene cumpliendo en el campo de la protección jurídico-social del niño, habiendo trabajado particularmente en el campo de la adopción y teniendo proyectado acciones en la materia para el futuro; Que sería altamente conveniente que una reunión de expertos a nivel interamericano estudie los aspectos sociales, administrativos y jurídico-legales de la adopción, propicie la actualización de la legislación interna de los países en la materia, y estudie los mecanismos jurídico-legales que sean aptos para prevenir los problemas que se suscitan en el campo de las adopciones internacionales, cuyos resultados, además, pueden servir de base para la consideración del tema por parte de la Tercera Conferencia Especializada sobre Derecho Internacional Privado" [41].

19. En cumplimiento de las disposiciones de la Asamblea General, el Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos adoptó el *diez de noviembre de 1982* la Resolución CP/RES. 376 (510/82), donde hizo énfasis en la "conveniencia que se determine el proyecto definitivo del temario de la CIDIP-III, para que tanto el Comité Jurídico Interamericano como la Secretaría General tengan puntos precisos de referencia y puedan de esta manera proseguir en la preparación de los estudios, documentos y demás trabajos prepara-

41. *"Anuario Jurídico Interamericano. 1981"*, Washington, D.C., U.S.A., 1982, pp. 264-265.

torios". Por consiguiente, decidió "aprobar, en principio, el siguiente proyecto de temario":

> "1. Transporte marítimo internacional. 2. Transporte terrestre internacional de mercaderías y personas. 3. Personalidad y capacidad de personas físicas y jurídicas. 4. Adopción de menores. 5. Proyecto de Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, aprobada por la CIDIP-I en Panamá, en 1975. 6. Proyecto de Convención Interamericana sobre Competencia en la esfera internacional para la eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras".

En esa misma oportunidad también fue resuelto:

> "Solicitar a los gobiernos de los Estados miembros que envíen a la Secretaría General, antes del 31 de diciembre de 1982, si así lo desean, sus observaciones sobre el proyecto de temario a que se hace referencia en el párrafo anterior" [42].

20. En virtud del anterior requerimiento el Proyecto de Temario fue circulado entre los países miembros de la Organización, y se recibieron observaciones de Chile, Argentina, Uruguay, Estados Unidos de la América del Norte, México y Venezuela.

La conveniencia de un tratamiento universal de los problemas de transporte marítimo tuvo acogida por los gobiernos de Argentina, Estados Unidos de la América del Norte, Uruguay y Venezuela; Argentina, Estados Unidos de la América del Norte y Uruguay sugirieron limitarse a un simple intercambio inicial de criterios en materia de transporte terrestre internacional de mercaderías y personas, con el señalamiento por Uruguay sobre la conveniencia de una ley uniforme para regular los aspectos contractuales; la personalidad y capacidad de las personas físicas y jurídicas se consideró todavía en estadio prematuro por Argentina, pero Uruguay manifestó su gran interés en el asunto; el tema relativo a la adopción de menores fue apoyado por Argentina, mientras los Estados Unidos de la América del Norte advirtieron su amplitud y lo limitado del tiempo para un detenido examen; Argentina y Uruguay expresaron su beneplácito por el tratamiento de la competencia internacional, pero los

42. *"Anuario Jurídico Interamericano. 1982"*, pp. 617-618.

Estados Unidos de la América del Norte consideraron debía limitarse el esfuerzo a una revisión tentativa del Proyecto existente; y el Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, además del decidido apoyo de los Estados Unidos de la América del Norte, obtuvo el voto favorable de Argentina y Uruguay.

Por su parte, el gobierno de Chile dio a conocer su plena conformidad con el Temario propuesto, sin otros comentarios; México y Venezuela sugirieron incluir la recuperación de menores en el extranjero; y México señaló también como puntos a tratar el aseguramiento y cobro de alimentos en el extranjero, y los derechos procesales del emplazado en el extranjero [43].

21. De acuerdo con las facultades establecidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, y también en cumplimiento del párrafo tercero de la Resolución de la Asamblea General AG/RES. 505 (X-0-80) [44], en sus sesiones ordinarias del mes de *enero de 1981* el Comité Jurídico Interamericano resolvió comenzar el examen de las *"Bases de Jurisdicción Internacional"* preparadas por la Reunión de Expertos de Washington: el doctor GONZALO ORTIZ MARTIN fue designado Relator del tema, quien de inmediato hizo suyo el Informe del doctor WERNER GOLDSCHMIDT LANGE, "por estimar que, en realidad, contenía los elementos básicos de información y que, por tanto, no era necesario formular explicaciones adicionales sobre la materia" [45].

---

43. CIDIP-III/7. Las observaciones fueron presentadas en las siguientes fechas: Argentina el veintiocho de enero de 1983 (pp. 1-3), Chile el diez de diciembre de 1982 (p. 4), Estados Unidos de la América del Norte el treintiuno de enero de 1983 (pp. 5-10), México el primero de febrero de 1983 (p. 11), Uruguay el veintiocho de diciembre de 1982 (pp. 12-18) y Venezuela el trece de junio de 1983 (pp. 19-20).

44. La Resolución AG/RES./505 (X-0-80) de la Asamblea General, además de disponer la Convocatoria de la Tercera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-III), decidió en su párrafo tercero: "Encomendar asimismo al Comité que elabore los informes, proyectos de convenciones y exposiciones de motivos sobre el tema de las bases de jurisdicción internacional para la eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras, tema que ha sido examinado por la Primera Reunión de Expertos de Derecho Internacional Privado celebrada en abril de 1980, así como sobre los demás temas que sean incluidos en el proyecto definitivo de temario de la CIDIP-III".

45. *"Informe Final.."*, op. cit., pp. 51-52.

Seguidamente fue iniciado el examen de la versión española, pero "se concluyó que había dificultades de semántica que requerían aclaraciones de parte de la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos sobre algunos aspectos, y que no se debían a las diferentes orientaciones del *Common Law* y de la Legislación Latinoamericana. En otras oportunidades se pudo verificar que mientras el texto inglés de una Base era perfectamente aceptable, el español no reflejaba un grado de claridad adecuado para su debido examen" [46].

22. En vista de los problemas encontrados, a pesar de haber concurrido a Washington seis de sus miembros, el Comité Jurídico Interamericano resolvió pedir las necesarias explicaciones a la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos de la Organización; y, además, designó un nuevo Relator: el doctor JUAN MATERNO VÁSQUEZ, quien debía trabajar conjuntamente con el doctor GONZALO ORTIZ MARTIN.

El requerimiento fue atendido con toda prontitud: la Oficina de Desarrollo y Codificación del Derecho Internacional de la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos publicó en *junio de 1981* un documento de sesentitrés páginas, con el título: *Bases de Jurisdicción Internacional. Informe Complementario de los resultados de la Primera Reunión de Expertos celebrada en Washington en el mes de abril de 1980".*

Sin embargo, el Comité Jurídico Interamericano se abstuvo de continuar la consideración del tema en el período ordinario de sesiones, correspondiente al mes de *agosto de 1981:* no obstante, el doctor GALO LEORO preparó un documento de trabajo "que contiene versiones comparativas del texto de las Bases en español, con las propuestas de enmienda formuladas, en las sesiones de enero de 1981, por él mismo y por los doctores ELBANO PROVENZALI HEREDIA y POLICARPO CALLEJAS BONILLA, junto con las notas del caso" [47]; y mantuvo "algunas conversaciones privadas" con "el señor representante de la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos, doctor DIDIER OPERTTI". En consecuencia, a fin de clarificar las dificultades interpretativas todavía existentes, en el mes de *noviembre de 1981* fue publicado un nuevo docu-

46. CIDIP-III/12, p. 52.
47. CIDIP-III/12, pp. 52-53.

mento, en siete páginas, con el título: *"Ampliación del Informe Complementario de los Resultados de la Primera Reunión de Expertos, celebrada en Washington, D.C. en el mes de abril de 1980".*

23. De esta manera el Comité Jurídico Interamericano estuvo preparado para continuar el examen de la materia: así lo hizo en sus sesiones ordinarias de *enero de 1982,* habiendo designado de inmediato "también al doctor GALO LEORO F., en calidad de Ponente *ad hoc,* a fin de que él ampliase las explicaciones o formulase las aclaraciones correspondientes con relación a los textos modificados" [48]; y luego del estudio necesario, aprobó, en *veinte de enero de 1982,* un *"Proyecto de Convención Interamericana sobre Competencia en la esfera internacional para la eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras",* suscrito por los doctores JORGE A. AJA ESPIL, POLICARPO CALLEJAS BONILLA, SERGIO GONZÁLEZ GALVEZ, GALO LEORO FRANCO, GONZALO ORTIZ MARTIN, HAROLDO VALLADAO, MANUEL A. VIEIRA y LUDWIG WAALDIJK [49]. Tres días más tarde fue firmado el *"Informe del Comité Jurídico Interamericano acerca del tema: Proyecto de Convención sobre competencia en la esfera internacional para la eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras"* [50].

El Comité Jurídico Interamericano explica en forma muy suscinta los cambios hechos al documento de los Expertos de Washington: en vez de "Bases de Jurisdicción Internacional" fue titulado "Proyecto de Convención Interamericana sobre Competencia Internacional"; y según se lee en el Informe, "al revisar los artículos, el Comité trató de redactarlos con la mayor claridad posible. Procedió en algunos casos a refundir dos artículos en uno solo, por estimar que la materia sobre la que versaban estaba íntimamente ligada o correspondía a dos posibilidades que no debían tratarse sino como partes integrantes de una sola unidad dispositiva. En alguna ocasión, como al tratarse de la base quinta, hubo de refundir sus dos párrafos

48. CIDIP-III/12, p. 53.
49. CIDIP-III/12, pp. 45-50.
50. CIDIP-III/12, op. cit., pp. 51-55. El Presidente del Comité Jurídico Interamericano, en *treinta de enero de 1982,* remitió al Secretario General de la Organización tanto el Proyecto y el Informe como el documento de trabajo presentado en agosto de 1981 por el doctor GALO LEORO FRANCO.

en un solo y atenerse para efecto del concepto a la redacción, al texto inglés, que se estimó que era el apropiado" [51].

El Comité Jurídico Interamericano también atribuyó a su Proyecto un presunto carácter universalista, pues admite "la posibilidad de que adhieran al mismo no sólo los Estados del Continente americano, sino otros Estados, miembros de las Naciones Unidas"; y para explicar las demás enmiendas se limita a referirse al documento de trabajo preparado en agosto de 1981 por el doctor GALO LEORO FRANCO: de esta manera resulta bastante difícil establecer las ideas subyacentes en algunos de los nuevos preceptos [52].

24. Con vista de las Resoluciones de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, pero también "debido al aumento creciente de la práctica de la adopción internacional que se observa en los últimos años y que preocupa a muchos países", el Instituto Interamericano del Niño [53] concedió particular importancia, dentro de su programación en el área jurídico-social, a la Reunión de Expertos que se proyectaba reunir en Quito; y le fueron asignados los siguientes objetivos:

> "1. Efectuar un estudio interdisciplinario de la adopción para, mediante los aportes provenientes de la sociología, psicología, servicio social, registro civil, incluso de la medicina, arribar a conclusiones que posean el máximo de rigor técnico. 2. Propiciar la actualización de la legislación interna en materia de adopción de menores de acuerdo a las más modernas tendencias y a la filosofía que debe inspirar esta institución. 3. Sugerir bases para la elaboración de un sistema convencional de derecho internacional privado que consulte la realidad actual de las adopciones internacionales. Las conclusiones que se formulen pueden servir de base para la consideración del tema por parte de la Tercera Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado (CIDIP-III)" [54].

---

51. CIDIP-III/12, p. 54.
52. CIDIP-III/12, pp. 54-55.
53. El Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos, por Resolución CP/RES. 364 (503/82) aprobó la reforma del "Estatuto del Instituto Interamericano del Niño" (*"Anuario Jurídico Interamericano. 1982"*, Washington, D.C. U.S.A., 1983, pp. 600-606).
54. *"Reunón de Expertos sobre Adopción de Menores. Antecedentes, Objetivos y Metodología"*, Documento 1, Montevideo, 1983, p. 2.

La Reunión de Expertos fue convocada originariamente para el mes de septiembre de 1982 por el Instituto Interamericano del Niño, con los auspicios de la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos de la Organización de los Estados Americanos y del Comité Jurídico Interamericano; pero no se reunió sino entre los días *siete* y *once de marzo de 1983:* el Grupo de Trabajo Uno tuvo a su cargo la temática social y médico-psicológica; los problemas de derecho interno fueron encomendados al Grupo de Trabajo Dos; y correspondió al Grupo de Trabajo Tres la materia específica de derecho internacional privado.

25. El Grupo de Trabajo Uno estuvo integrado por los siguientes expertos: doctor HOMERO ALVAREZ (Venezuela), doctor ENRIQUE AVELLÁN FERRES (Ecuador), doctor FRANCISCO COBOS (Colombia), doctor SERGE CONILLE (Haití), doctor ADOLFO GAETE-DARBO (Proyecto FNUAP-IIN), doctora ILSE GOLDSCHMIDT (Servicio Social Internacional), doctor JOSÉ A. MARTÍNEZ MARTÍNEZ (República Dominicana), licenciada ARGENTINA MORA DE PRADO (Ecuador), doctor FRANCISCO PILOTTI DAVIES (Chile), doctora ROSA PERLA RESNICK (Argentina), licenciado LUIS ROACH (Panamá) y licenciada SONIA RAMÍREZ DE TORRES (Bolivia)[55].

Al concluir sus deliberaciones fueron aprobadas conclusiones sobre los siguientes asuntos: a) la política de la Adopción, a orientarse en primer lugar hacia las adopciones nacionales; b) el fenómeno del abandono, entendido como "el rompimiento de la relación afectiva entre padres e hijos, que compromete el desarrollo normal del niño"; c) la función del Estado para "organizar, normar y supervigilar" el proceso de adopción cuando intervienen personas del país"; d) el período de prueba preadoptivo, pero respecto a su necesidad fueron defendidas posiciones antagónicas; e) la simplificación de los trámites requeridos para su otorgamiento; y f) las adopciones internacionales.

---

55. CIDIP-III/6, p. 22. Estuvieron también presentes los siguientes Observadores: doctor GUALBERTO ARIAS (Ecuador), doctor GUILLERMO BURBANO (Ecuador), licenciada OLGA GALLO DE ACUÑA (Ecuador), licenciada MAGDALENA GUILBERT DE SANCHEZ (Ecuador), licenciada MARY JANE FALES (Servicio Social Internacional), señora DINA MARIA POZO DE COBO (Ecuador), y señora MARTHA OVIEDO DE DONOSO (Ecuador).

Según el Grupo de Trabajo Uno, las adopciones internacionales "deben ser objeto de tratamiento y cuidados especiales", considerándose "preferible que la selección, capacitación y asesoría del adoptante se realicen en su país de origen"; aun cuando se reconoció aconsejable "la presencia del adoptante en el país del adoptado antes de su selección y aprobación y la elección del adoptado". Sin embargo, fue admitida la posibilidad de tramitarla "por poder, siempre y cuando éste se otorgue a entidades o instituciones oficialmente autorizadas y reconocidas por ambos países"; siendo deseable que dichos organismos "logren suficiente coordinación de trabajo, con miras a favorecer la situación del menor, mientras que todo el proceso no queda definitivamente formalizado" [56].

26. El Grupo de Trabajo Dos quedó constituido, con el carácter de expertos, por los doctores: MARIANA ARGUDO CHEJIN (Instituto Nacional del Niño y la Familia, Ecuador), ENRIQUE AVELLÁN FERRES (Ecuador), GLORIA BAEZA CONCHA (Chile), YALILE BELTRÁN DE MARTÍNEZ (Perú), MARÍA LUISA BELTRANEA VALLADARES DE PADILLA (Guatemala), HANNA BINSTOCK (Venezuela), UBALDINO CALVENTO SOLARI (Instituto Interamericano del Niño), ALYRIO CAVALLIERI (Brasil), GALO LARENAS SERRANO (Ecuador), JUAN ISAAC LOVATO (Ecuador), LUZMILA RODRÍGUEZ DE TROJA (Comisión Interamericana de Mujeres), RAFAEL SAJÓN (Argentina), CLARISA SANOJA DE OCHOA (Venezuela), PEDRO SILVA RUIZ (Puerto Rico), LUIS FERNANDO VARGAS (Costa Rica) y EDUARDO VAZ FERREIRA (Uruguay) [57].

Una vez constituido, el Grupo de Trabajo Dos eligió a los doctores PEDRO SILVA RUIZ (Puerto Rico) y GLORIA BAEZA CONCHA (Chile), Presidente y Secretario-Relator, respectivamente; y la Secretaría Técnica estuvo a cargo del doctor UBALDINO CALVENTO SOLARI. Acto continuo fue decidido tomar "como documentos de estudio para la elaboración del proyecto de bases

56. CIDIP-III/6, pp. 22-27.
57. CIDIP-III/6, p. 11. También estuvieron presentes, en calidad de Observadores, los doctores DELIA BOLIVAR LEON (Venezuela), EDUARDO LANDIVAR (Ecuador), HUMBERTO LARREA CEBALLOS (Ecuador), BERTHA MOREIRA DE ALAVA (Ecuador), SERGIO PARR SEPULVEDA (Oficina Internacional Católica de la Infancia), TATIANA ROMAN BELTRAMIN (Chile), GILDA SALDARRIAGA (Terre des Hommes) y ELENA SALGUERO DE GUZMAN (Perú).

a sugerirse", los presentados por la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos de la Organización de los Estados Americanos, el Instituto Interamericano del Niño y el doctor EDUARDO VAZ FERREIRA (Uruguay)[58].

Las discusiones en el Grupo de Trabajo Dos "versaron principalmente sobre los siguientes puntos: a) Unidad o pluralidad de las adopciones; b) Edad de los adoptantes; c) Edad de los adoptados; d) Plazo para la configuración del abandono; e) Representación en materia de Adopción; f) Período de prueba; g) Secreto y adopción; h) Nulidad de la adopción".

27. Ahora bien, en primer lugar fue considerado imprescindible precisar con toda claridad el concepto de la adopción; y se convino en definirla como "la institución jurídica de protección familiar y social por la cual el adoptado entra a formar parte de la familia del o de los adoptantes para todos los efectos en calidad de hijo, estableciéndose en beneficio de su desarrollo integral" (Base Primera). También fue resuelto "que el documento se refiriera a un solo tipo de adopción, considerándose no obstante que dicha tesis era sin perjuicio de mantenerse otras formas de sustitución familiar, cuyas condiciones, características y efectos serían reguladas por las legislaciones de cada país" [59].

---

58. CIDIP-III/6, pp. 11-12. El Grupo de Trabajo Dos utilizó como documentos de referencia los trabajos presentados por las siguientes personas e instituciones: 1) *"La Adopción Internacional de Menores. Bases para un proyecto de Convención Interamericana"*, preparado por la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos de la Organización de los Estados Americanos; 2) *"La Adopción de Menores en Latinoamérica (Bases para una Legislación); Legislación sobre Adopción en Latinoamérica (Compilación)"*, preparado por la Unidad de Estudios Jurídicos y Sociales del Instituto Interamericano del Niño; 3) *"Adopción de Menores"*, por el doctor EDUARDO VAZ FERREIRA; 4) *"La Adopción"* por el doctor PEDRO SILVA RUIZ; 5) *"Adopción y período de prueba preadoptivo"*, por el doctor VICTOR PEREZ VARGAS; 6) *"Evolución de la Adopción en la Legislación Venezolana. Tendencias Reformistas"*, por la doctora HANNA BINSTOCK; 7) *"El Secreto en la Legislación sobre Adopción Plena"*, por la doctora GLORIA BAEZA CONCHA; *"La Adopción en los Estados Unidos"*, por el doctor WALLACE J. MLYNIEC; 9) *"Documentos Internacionales sobre Edopción"*, presentado por la Sección de Estudios Jurídicos y Sociales del Instituto Interamericano del Niño; 10) *"La Adopción en Colombia"*, por la doctora MERCEDES RESTREPO ISAZA; y 11) *"Consideraciones para un Proyecto Base de Legislación de Adopción"*, por la doctora YALILE BELTRAN DE MARTINEZ.
59. CIDIP-III/6, p. 15.

28. Por otra parte, "teniendo en cuenta que la filiación adoptiva debe buscar la mayor semejanza con la filiación biológica, es conveniente propiciar que la institución se aplique solamente en favor de menores de edad" (Base Tercera); y "por la necesidad de que la adopción signifique dotar de familia al niño que carece de ella, de padres que jueguen el rol de tales, principalmente en lo referente a educación y formación del niño, exige que la edad de los padres adoptantes se ubique alrededor de la misma que normalmente tienen los padres naturales", o sea, a partir de los veinticinco años de edad (Base Quinta). De igual modo, con vista de "las nuevas orientaciones del derecho de familia" o de "la realidad social del Continente", se convino en autorizar la práctica de la adopción no sólo por cónyuges unidos en matrimonio, sino también por "familias fundadas en uniones conyugales libres o de hecho legalmente reconocidas" [60].

29. De acuerdo con el Grupo de Trabajo Dos "la filosofía de la adopción y su aspecto finalístico hacen hoy concebir a esta institución como una solución al problema de la niñez abandonada": el abandono tiene carácter previo, como una garantía en el proceso de adopción, aun cuando resulta difícil determinar sus hechos constitutivos, que "deben apreciarse con cierta latitud por el prudente arbitrio judicial". No obstante, se convino en considerar abandonado el menor cuando exista desinterés manifiesto de sus padres por espacio de seis meses (Bases Octava, Novena, Décima Segunda) [61].

30. La posibilidad de realizar adopciones a través de mandatario fue objeto de severas críticas por un grupo disidente; pero la mayoría se impuso en la sesión plenaria para aprobar la Base Décima Tercera, según la cual el Magistrado "podrá exigir la comparecencia personal del adoptante cuando circunstancias especiales lo justifiquen". Desde otra perspectiva la Base Vigésima Primera dispuso que "la mediación con fines de lucro destinada a proveer menores para adoptar deberá ser tipificada como delito" [62].

---

60. CIDIP-III/6, pp. 15-16.
61. CIDIP-III/6, p. 15.
62. CIDIP-III/6, pp. 16-17, 21.

31. Los expertos tampoco estuvieron de acuerdo en la extensión del período previo preadoptivo: aun cuando algunos sostuvieron un lapso mínimo de seis meses, se aprobó, en definitiva, que "de existir un período de prueba, su extensión debería ser fijado discrecionalmente por el Juez, teniendo en consideración la opinión de equipos técnicos y las necesidades del adoptado según su edad, ya que puede ser diferente la situación de los lactantes y los niños mayores" [63].

32. El Grupo de Trabajo sostuvo la irrevocabilidad de la adopción (Base Décima Séptima), pero admitió su nulidad "a petición del adoptado o de sus padres biológicos, cuando haya sido decretada con grave infracción de leyes de fondo o de procedimiento". Sin embargo, no debería decretarse "por vicios formales" ni "cuando implique graves perjuicios para el interés del menor" (Base Décima Octava)[64].

33. Respecto al secreto de la adopción, fue señalada la conveniencia de "efectuar algunas precisiones, porque generalmente se suelen confundir diversas situaciones de por sí distintas y que tienen que ver con el secreto de la adopción. Una primera situación se refiere al ocultamiento de la verdadera filiación del hijo adoptivo mediante la supresión de la partida de nacimiento originaria, seguida de una nueva inscripción como hijo legítimo; una segunda situación, tiene que ver con la reserva o secreto de la tramitación judicial; y una tercera situación, con el problema de la revelación al hijo adoptivo de su verdadera situación u origen" [65].

Ahora bien, de acuerdo con el Grupo de Trabajo Número Dos, la última interrogante no constituye un problema jurídico; y sobre las dos primeras cuestiones, el derecho comparado enseña la consagración de distintos criterios: algunas leyes "en forma radical procuran asegurar el secreto del nacimiento, de la tramitación y frente a terceros, por medios como la inscripción del menor en el Registro Civil como hijo legítimo inscrito fuera de plazo y cancelación del acta de naci-

63. CIDIP-III/6, p. 17.
64. CIDIP-III/6, p. 18.
65. CIDIP-III/6, p. 18.

miento primitiva del menor (Bolivia, Brasil, Chile, Nicaragua, Uruguay); otras adoptan soluciones intermedias, sin supresión de las partidas originarias, tendientes a asegurar cierta reserva y no secreto (Argentina, Costa Rica, Venezuela)". Después de un examen crítico de las alternativas posibles, fue aprobada la Base Décima Cuarta, según la cual "los procedimientos de adopción serán reservados", pero se reconoció al adoptado el derecho "a saber quiénes son sus padres biológicos" (Base Décima Quinta)[66].

34. En última instancia, los expertos reunidos en Quito aprobaron veintiún Bases de Ley Uniforme, contentivas de "las reglas que se consideran óptimas en la materia", para que los Estados perfeccionen sus respectivos sistemas jurídicos a fin de "resolver los graves problemas internacionales creados por las diferencias de legislaciones, posibilidad ensayada por la Convención de Estrasburgo y que no puede tacharse de utópica en razón de que en América Latina se tiende a la sanción de leyes cada vez más parecidas" [67].

35. El Grupo de Trabajo Tres estuvo integrado, en calidad de expertos, por los doctores MARIANA ARGUDO CHEJIN (Instituto Nacional del Niño y la Familia, Ecuador), LUIS DILERMANDO DE CASTELLO CRUZ (Organización de los Estados Americanos), HELEN HOWERTON (Estados Unidos de la América del Norte), JUAN LARREA HOLGUÍN (Ecuador), ROBERTO MAC LEAN UGARTE (Perú), TATIANA B. DE MAEKELT (Organización de los Estados Americanos), GRACIELA MÁRQUEZ DE FERMÉ (Argentina, WALLACE MLYNIEC (Estados Unidos de la América del Norte), DIDIER OPERTTI BADÁN (Instituto Interamericano del Niño), PETER D. TROOBOFF (Estados Unidos de la América del Norte), JUAN MATERNO VÁSQUEZ (Panamá) y MANUEL ADOLFO VIEIRA (Uruguay)[68].

---

66. CIDIP-III/6, pp. 18, 20.
67. CIDIP-III/6, pp. 19-21.
68. CIDIP-III/6, p. 1. Con el carácter de Observadores estuvieron presentes los doctores RUBEN AGUIRRE (Ecuador), LILI DE ARENAS (Ecuador), PIEDAD GALVEZ (Ecuador), ANTONIO NARVAEZ (Ecuador), LUIS RUEDA GOMEZ (Secretario Pontificio de la Familia), SECUNDINO TORRES (Panamá), LUIS VASCONEZ (Ecuador) y MERCEDES DE VEGA (Ecuador).

En su primera sesión resultaron electos los doctores ROBERTO MAC LEAN UGARTE (Perú) y GRACIELA MÁRQUEZ DE FERMÉ (Argentina) para desempeñar los cargos de Presidente y Secretaria, respectivamente: acto continuo fue decidido utilizar como documento de trabajo el presentado por el doctor DIDIER OPERTTI BADÁN, "por ser, junto con el realizado por la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos de la O.E.A., el que encara de manera más extensa y exhaustiva la cuestión" [69].

Como es frecuente en las Reuniones de Expertos, "se planteó previamente una larga discusión sobre temas generales, que hacen a la esencia del Derecho Internacional Privado": una vez sosegados los ánimos, fue convenido entre los participantes preparar un proyecto con la finalidad "de asegurar los intereses del menor abandonado y con miras a su logro debe resultar lo suficientemente viable a la aprobación de los Estados partes" [70].

36. De inmediato se asignó como ámbito primario de vigencia del Proyecto la adopción de menores, cualquiera sea su forma, cuando el o los adoptantes y el adoptado tengan su residencia habitual en Estados partes diferentes (arts. 1 y 2). Sin embargo, las reglas sobre ley competente para regir las condiciones de forma y de procedimiento también fueron declaradas aplicables a "las adopciones que, aunque no se hallen compren-

---

69. CIDIP-III/6, pp. 1-2. El Grupo de Trabajo Tres también utilizó los siguientes documentos: 1) *"La Adopción Internacional de Menores. Bases para un Proyecto de Convención Interamericana"*, preparado por la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos de la Organización de los Estados Americanos; 2) *"La Adopción Internacional en el Derecho Internacional Privado de Conflicto"*, por el doctor DIDIER OPERTTI BADAN; 3) *"La Unificación Supranacional del Derecho de Familia"*, por el doctor JOSE MARIA CASTAN VAZQUEZ; 4) *"Documentos internacionales sobre adopción"*, preparado por la Sección de Estudios Jurídicos y Sociales del Instituto Interamericano del Niño; 5) *"La Adopción de Menores en el Derecho Internacional Privado"*, por el doctor ROBERTO MAC LEAN UGARTECHE; 6) *"La Adopción Internacional de Menores"*, por el doctor PETER D. TROOBOFF; 7) *"La Adopción. Derecho Comparado. Derecho Internacional. Bases para una legislación internacional"*, por el dotor RAFAEL SAJON; 8) *"Las Adopciones Internacionales en América Latina. Antecedentes Sociales, Psicológicos e Históricos y sugerencias para su reglamentación"*, por el doctor FRANCISCO PILOTTI; 9) *"Ideas sobre el régimen de la adopción internacional"*, por el doctor JUAN MATERNO VAZQUEZ; y 10) *"Protección del menor cuya adopción ha terminado"*, por el doctor JUAN LARREA HOLGUIN (CIDIP-III/6, pp. 1-2).

70. CIDIP-III/6, p. 2.

didas en el artículo primero, sean invocadas como acto extranjero en un Estado diferente de aquél en base a cuya ley se hubiere constituido el vínculo" (art. 18); y, además, se permitió a los Estados partes "declarar al momento de ratificar esta Convención que ella se aplica a las adopciones que se lleven a cabo en ellos por personas extranjeras, cuando el adoptante y el adoptado tengan residencia habitual en ese Estado" (art. 18). De esta manera los expertos reunidos en Quito pretendieron "contemplar la problemática fáctica, de que, por ejemplo, en razón de motivos laborales, un extranjero de cuyo ánimo retornandi no cabe duda a juicio de la autoridad, se encuentre transitoriamente pero con residencia habitual en un Estado parte al momento de efectuar allí la adopción" [71].

37. Las condiciones de fondo para adoptar y ser adoptado fueron sometidas a la ley de la residencia habitual del adoptante y del adoptado, aplicadas en forma distributiva (arts. 4 y 5); pero "la ley del Estado donde se lleven a cabo" debía regir las formas y solemnidades de los actos y de los procedimientos necesarios para su constitución (art. 7), con expresa referencia a los requisitos de publicidad, sujetos "a la respectiva ley territorial" (art. 9).

38. La ley de constitución del vínculo fue declarada aplicable para regir la revocación de la adopción simple y la anulación de la adopción en general. Sin embargo, este último supuesto "sólo podrá ser dispuesta en sede jurisdiccional y por violación de requisitos que, a criterio del juez o tribunal actuantes, fueren fundamentales, teniendo siempre presente el mejor interés del adoptado, de acuerdo con las exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto". Por otra parte, se consagró expresamente la irrevocabilidad de la adopción plena (arts. 10 y 11), debido a "la necesidad, que han creído los expertos fundamental, de asimilar esta adopción a la filiación legítima natural o de sangre, siendo importante destacar que siempre se cuenta con los mecanismos jurídicos de control atinentes a toda filiación (pérdida de la patria potestad, con-

71. CIDIP-III/6, p. 6.

dena penal por incumplimiento de los deberes alimentarios, etc.) para garantizar el bienestar del menor" [72].

39. Las autoridades del Estado de la residencia habitual del adoptado fueron declaradas competentes, en principio, para resolver las controversias sobre la constitución de la adopción, pero también fue permitido acudir a "las autoridades del Estado de la residencia habitual del adoptante cuando el menor haya sido autorizado para salir de su país a estos efectos" (art. 12). La revocación y anulación de la adopción correspondió a "los jueces y tribunales del Estado de la residencia habitual del adoptante y adoptado, indistintamente a opción del actor"; aun cuando también pudieron promoverse ante "los jueces de la residencia habitual del demandado, si éste no fuere el adoptante o adoptado" (art. 13): de esta manera se tuvo en cuenta "la posibilidad de que un tercero pueda resultar demandado por dichas acciones (v.gr. factibilidad de demandar a los herederos del adoptante o del adoptado por revocación o nulidad de la adopción)" [73].

40. El requisito del *exequatur* previo para el despliegue de efectos extraterritoriales de la adopción fue declarado innecesario, "salvo que éstos entrañen ejecución sobre bienes o coerción sobre las personas"; correspondiendo a la *lex fori* regular los procedimientos requeridos para asegurar la eficacia de las adopciones extranjeras (art. 8).

41. La Reunión de Expertos de Quito también aprobó algunas "Disposiciones Generales": dentro de ellas se incluye, en forma sorpresiva, un precepto sobre la conversión de la adopción simple en adopción plena o figuras similares, que sólo la declara posible con fundamento "en la ley en base a la cual se hubiere constituido el vínculo o la del Estado donde, al momento de pedirse la conversión, tenga su residencia habitual el adoptante" (artículo 17, segundo párrafo).

Aun cuando fue reconocida como mejor técnica legislativa "calificar autárquicamente" la adopción, se tuvo en cuenta "la

72. CIDIP-III/6, p. 4.
73. CIDIP-III/6, p. 5.

variedad de conceptos que al respecto tienen las leyes de los diferentes Estados partes y que podrían dificultar la ratificación por parte de los mismos" [74]. Por consiguiente, los expertos se limitaron a declarar competente a la ley de constitución del vínculo para regir "el tipo de adopción, así como su naturaleza y alcance"; no pudiendo los Estados partes ni "desconocer la adopción basados en la falta de coincidencia entre sus respectivas leyes y la ley en base a la cual se creó el vínculo" (art. 14), ni utilizar "la excepción de institución desconcida en forma contraria a los mejores intereses del adoptado" (art. 17): de esta manera quiso evitarse "que las autoridades de un Estado parte, por un exceso de celo jurídico, no se sientan inclinadas a aplicar una ley extranjera que reglamente una institución que no exista o no sea idéntica en la legislación propia" [75].

Dentro de las "Disposiciones Generales" fue definida la residencia habitual como "el lugar donde la persona posee su centro de vida" (art. 15)[76]; se permitió a las autoridades de los Estados partes "rehusarse a aplicar esta Convención cuando ello afecte gravemente los principios fundamentales de su orden público internacional" (art. 16); y fue prescrito el funcionamiento armonioso de las leyes competentes, debiendo interpretarse y aplicarse "en la forma más favorable al menor adoptado" (art. 17): se pretendió así "evitar resultados absurdos o jurídicamente escandalosos" [77].

Por último, el Proyecto del Grupo de Expertos de Quito impuso el compromiso a cada Estado parte de "asegurar la conformidad de su legislación interna con las normas de la presente Convención" (art. 19), "con miras a lograr un mínimo de concordancia entre las leyes de adopción en los países del continente, y asimismo extendiendo su aplicación regional, al regular las relaciones de los Estados partes con los demás Estados que

74. CIDIP-III/6, p. 5.
75. CIDIP-III/6, p. 5.
76. Según informa el doctor MARCELO SOLARI BARRANDEGUY se trata de una "fórmula inspirada en el 'Convenio sobre Protección Internacional de Menores' entre Uruguay y Argentina (Ley Nº 15218), ratificando la tendencia a objetivizar el domicilio, sustituyéndolo por el concepto 'residencia habitual' prohijado por las Convenciones europeas de La Haya" (*"La CIDIP-III. Nuevo impulso en la codificación interamericana"*, en *"Revista del Colegio de Abogados del Uruguay"*, Montevideo, Tomo 10, 1984, p. 70).
77. CIDIP-III/6, p. 5.

no se encuentran ligados por acuerdo internacional alguno en la materia. Y con la aspiración de que por medio de esta aproximación se obtenga, en un futuro no muy lejano, la uniformidad legislativa en esta temática. Uniformidad que, acompañada por la implementación de diversas medidas en el campo jurídico, social y económico permita remediar y en lo posible erradicar, el vergonzante y doloroso flagelo de la niñez abandonada, que azota a gran parte del continente americano" [78].

42. Los expertos reunidos en Quito también declararon expresamente:

> "La Comisión desea dejar constancia que ha omitido en esta ocasión, abocarse al estudio y regulación de lo referente a los Efectos de la Adopción, por tratarse de una cuestión de relevante trascendencia y complejidad, imposible de llevarse a cabo con la seriedad que merece, en el escaso tiempo del que se ha dispuesto. Por último, es voluntad de los expertos participantes, manifestar su beneplácito por la concreción de este Proyecto de Convención sobre la Adopción en el Derecho Internacional Privado, que, aunque seguramente perfectible, es el producto de una tarea científica responsable que ha aunado coincidencias y olvidado discrepancias en aras de concretar un paso más en la tan ansiada Cooperación Jurídica Interamericana" [79].

43. El párrafo tercero de la Resolución Tercera aprobada por los expertos reunidos en Quito dispuso elevar al Comité

---

78. CIDIP-III/6, p. 6.

79. CIDIP-III/6, p. 6. La Comisión también había advertido la imposibilidad de atender, por razones de tiempo, el planteamiento del doctor PETER D. TROOBOFF (Estados Unidos de la América del Norte) quien sostuvo "la necesidad de acompañar el Proyecto de una Exposición de Motivos en General, así como de una explicación de cada artículo". Sin embargo, se encomendó su realización a la doctora GRACIELA MARQUEZ DE FERMÉ (Argentina) para "que, como Secretaria de la Comisión, receptara las sugerencias de los expertos" (op. cit., p. 3); y así lo hizo en un trabajo con el título: *"Los efectos, el reconocimiento y las transformaciones de la adopción internacional de menores en el Derecho Internacional Privado de Conflicto. La Ley aplicable y la Jurisdicción competente"*, cuya segunda parte es un proyecto complementario del aprobado en la Reunión de Expertos de Quito sobre adopción internacional de menores. No obstante los indiscutibles méritos del estudio monográfico, su utilidad fue muy precaria para los participantes de la Tercera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, por cuanto el documento de referencia, distinguido CIDIP-III/25, sólo apareció publicado el quince de mayo de 1984, es decir, el mismo día de su inauguración.

Jurídico Interamericano tanto las Bases de Ley Uniforme como el Proyecto de Convención sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción; y, en vista de las declaraciones previas de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos no debe extrañar la actitud del Comité Jurídico Interamericano: el *tres de agosto de 1983,* al amparo del artículo 106 de la Carta de la Organización, "decidió elaborar un Proyecto de Convención, y designó al doctor MANUEL ADOLFO VIEIRA para que, en calidad de Relator, lo preparara en base de los documentos redactados por aquella Reunión de Expertos" [80].

El cometido fue satisfecho con rapidez y en *veinticuatro de enero de 1984* el Comité Jurídico Interamericano aprobó un *"Proyecto de Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores",* con su correspondiente Exposición de Motivos, suscrito por los doctores JORGE A. AJA ESPIL, ALEJANDRO DEUTUA, SERGIO GONZÁLEZ GALVEZ, LUIS HERRERA MARCANO, GONZALO ORTIZ MARTIN, HAROLDO T. VALLADAO, LUDWIG T. WAALDIJK y GALO LEORO [81]. Sin embargo, los doctores JORGE A. AJA ESPIL, MANUEL A. VIEIRA y SEYMOUR J. RUBIN escribieron Votos Razonados para explicar sus puntos de vista divergentes [82].

44. El estudio del tema *"Personalidad y Capacidad de las personas físicas y jurídicas"* fue reiniciado por el Comité Jurídico Interamericano el *veinte de enero de 1981* cuando "designó al doctor WILLIAM R. DOUGLAS para que, a la luz de las conclusiones de la Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, le presentase un informe sobre la personalidad y la capacidad en el derecho internacio-

80. CIDIP-III/12, pp. 91-92.
81. CIDIP-III/12, pp. 91-100.
82. CIDIP-III/12, pp. 101-108. El Proyecto fue remitido al Secretario General de la Organización de los Estados Americanos anexo a correspondencia del veintisiete de enero de 1984; y resulta digno de particular mención el siguiente párrafo del doctor SEYMOUR J. RUBIN: "...el debate que ha tenido lugar en el seno del Comité Jurídico deja ver, a mi juicio, demasiadas ambigüedades, por no decir posibles contradicciones, en los borradores que se nos han presentado. Para alguien como yo, sin experiencia en estos temas tan complejos, donde intervienen las relaciones humanas y la política de países distintos, sería difícil por no decir imposible proponer una redacción específica de contenido sólido. Sin embargo un inexperto consciente puede percibir que del texto actual surgen problemas en lugar de soluciones" (CIDIP-III/12, p. 106).

nal privado"; pero en virtud de haber vencido su término como miembro del Comité, en *enero de 1982* se encomendó el asunto al doctor HAROLDO T. VALLADAO [83].

Ahora bien, con vista del Informe presentado, en su sesión del *treintiuno de enero de 1983* el Comité Jurídico Interamericano consideró conveniente "separar el estudio de la personalidad y de la capacidad de las personas físicas del estudio de la personalidad y capacidad de las personas jurídicas". Por consiguiente, dispuso:

> "1. Solicitar al Relator que prepare un proyecto separado de convención sobre la personalidad y la capacidad de las personas jurídicas. 2. Solicitar al Relator que verifique si, en consecuencia de la redacción del proyecto de que trata el párrafo anterior, se hace necesario enmendar el proyecto de convención interamericana sobre personalidad y capacidad en el derecho internacional privado, redactado por este Comité Jurídico Interamericano y oportunamente presentado a la CIDIP-II" [84].

Una vez concluidos los trámites ulteriores, "sobre la base del informe presentado por el Relator, el Comité discutió y

---

83. CIDIP-III/12, p. 66. La Resolución del Comité Jurídico Interamericano de *treintiuno de enero de 1983*, en forma inexplicable, se refiere a los anteriores acontecimientos en sus Considerandos, pero los relata de manera distinta, por cuanto afirma: "Que en la sesión ordinaria que realizó el 20 de enero de 1981, y visto el párrafo 2 de la Resolución AG/RES. 505 (X-0/80), este Comité Jurídico Interamericano designó a los doctores William R. Douglas y Harold T. Vallado para presentarle un informe a la luz de las conclusiones de la CIDIP-II, sobre la personalidad y la capacidad en el derecho internacional privado; que el 31 de diciembre de 1981 el doctor William R. Douglas dejó de pertenecer a este Comité Jurídico Interamericano, el que, en el período ordinario de sesiones que celebró del 12 al 30 de enero de 1982, designó al doctor Harold T. Vallado para presentarle un informe sobre la personalidad y la capacidad en el derecho internacional privado" (*"Comité Jurídico Interamericano. Informes y Recomendaciones"*, Volumen XIV, 1983, Washington, 1983, p. 14).

84. *"Comité Jurídico Interamericano. Informes y Recomendaciones"*, Volumen XIV, Washington, 1983, p. 15. De esta manera creyó atender a directrices consideradas subyacentes en los párrafos 1 y 2 de la Resolución Quinta, aprobada por la Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-II), el ocho de mayo de 1979. Por otra parte, la circunstancia de mantenerse el punto relativo a las personas físicas en el Temario de la Tercera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-III) explica la publicación, en *febrero de 1984*, del documento de referencia CIDIP-III/15 contentivo de un trabajo monográfico del doctor DIDIER OPERTTI BADAN sobre *"Personalidad y Capacidad de las Personas Físicas en el Derecho Internacional Privado (Estudio comparado de las principales soluciones y anteproyecto de Convención Interamericana)"*.

redactó un Proyecto de Convención Interamericana sobre la Personalidad y la Capacidad de las Personas Jurídicas": fue aprobado el *veintidós de agosto de 1983,* y estuvo precedido de la correspondiente *"Exposición de Motivos"*, suscrita por los doctores GONZALO ORTIZ MARTIN, JUAN MATERNO VÁSQUEZ, LUIS HERRERA MARCANO, MANUEL A. VIEIRA, HAROLDO T. VALLADAO, LUDWIG T. WAALDIJK y GALO LEORO F. [85]; siendo de advertir que el doctor MANUEL A. VIEIRA expresó sus ideas en un voto razonado independiente [86].

45. El Comité Jurídico Interamericano reanudó su examen del tema relativo al *transporte marítimo internacional* y al *transporte terrestre internacional de mercaderías y personas* en su primer período de sesiones de 1981; y en veinte de enero designó al doctor JUAN MATERNO VÁSQUEZ "para que, como Relator, preparase un informe acerca de qué reglas deberían incidir en la determinación del sistema jurídico a ser aplicado" en una materia de tanta importancia práctica [87]. Ahora bien, por carta del *veintiséis de junio de 1981,* el doctor JUAN MATERNO VÁSQUEZ hizo saber al Presidente que, a los fines del "ordenamiento de mis ideas sobre el enfoque que ha de dársele al tema, así replanteado", se había puesto en contacto epistolar con la Consultoría Jurídica de la Organización de los Estados Americanos, especialmente con el doctor DIDIER OPERTTI BADÁN; y como consecuencia, "hemos llegado a una primera conclusión en el sentido de que la amplitud y complejidad del tema requiere una deli-

85. CIDIP-III/12, pp. 65-67.

86. CIDIP-III/12, pp. 78-79. El Proyecto fue remitido al Secretario General de la Organización de los Estados Americanos como anexo a la correspondencia de fecha *veinticinco de agosto de 1983.*

87. Así lee uno de los Considerandos de la Resolución adoptada por el Comité Jurídico Interamericano el *veinticinco de agosto de 1983;* y en otro de los Considerandos se afirma: "Que, como el Consejo Permanente no le sumitrase los recursos a que se refería la Resolución AG/RES. 452 (IX-0-79), la Secretaría General, con relación al transporte marítimo internacional y al transporte terrestre de mercaderías y personas, se limitó a enviar a este Comité, a partir de julio de 1981, colecciones de tratados multilaterales sobre esas materias" *("Comité Jurídico Interamericano. Informes y Recomendaciones"*, Volumen XIV, 1983, p. 32). Dichas colecciones fueron circuladas como documentos de referencia de la Tercera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, distinguidos CIDIP-III/9 *("Transporte terrestre internacional de mercaderías y personas")* y CIDIP-III/10 *("Transporte Marítimo Internacional"*).

mitación del mismo para los efectos de su inclusión en la agenda de CIDIP-III" [88].

Desde esta perspectiva, el doctor JUAN MATERNO VÁSQUEZ propuso un examen del tema "en cada uno de sus aspectos específicos", a cuyo efecto sugirió "para consideración del Comité Jurídico Interamericano, en sus sesiones de *agosto de 1981*, las siguientes bases para el tratamiento de la cuestión", sin perjuicio de ampliarlas en época posterior:

> *"Primera.* ¿Mantiene el CJI su proyecto de 1973, reiterado en 1977? *Segunda.* ¿Considera el CJI que se deban establecer normas de unificación de las mismas a escala universal? *Tercera.* ¿Satisface o no la labor que viene desarrollando UNCITRAL en el estudio de las materias atinentes a este tema? *Cuarta.* ¿Satisface o no, el Convenio de Bruselas de 1924, y el Protocolo que lo modifica de 1968, destacándose su ratificación por siete miembros de la OEA? *Quinta.* ¿Son o no recomendables para su adopción a escala de todo el sistema interamericano, las normas del Convenio de Transporte Internacional Terrestre suscrito por Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay, Uruguay y Perú, de 1974? *Sexta.* Si el Convenio anterior ha dado buenos resultados prácticos, ¿no sería más conveniente que los países miembros de ALALC se adhieran al mismo, conforme su artículo 21; y que los que no sean miembros adopten sus normas?" [89].

Por lo demás, en el *"Informe"* de las actividades del Comité Jurídico Interamericano presentado por su Presidente, doctor WILLIAM R. DOUGLAS, en *seis de julio de 1981* se agrega al respecto: "en fecha posterior el doctor JUAN MATERNO VÁSQUEZ envió al Presidente un estudio en forma de documento de trabajo, en el cual el relator sugiere que en vista de la considerable extensión de la materia comprendida en este tema, el estudio del mismo se realice por el Comité Jurídico Interamericano en cooperación con la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos de la Secretaría General" [90].

---

88. *"Comité Jurídico Interamericano. Informes y Recomendaciones"*, Volumen XIII, 1981, p. 87.
89. *"Comité Jurídico Interamericano. Informes y Recomendaciones"*, Volumen XIII, 1981, p. 87.
90. *"Comité Jurídico Interamericano. Informes y Recomendaciones"*, Volumen XIII, 1981, pp. 88. No obstante, en el *"Acta Final"* del período de sesiones ordinario del Comité Jurídico Interamericano correspondiente al mes de *agosto de 1981* se comenta respecto al informe presentado por el relator: "plantea los interrogantes que el tema ofrece en la actualidad y concluye

Posteriormente el doctor JUAN MATERNO VÁSQUEZ presentó un Informe Final, donde se "confirma que los problemas de conflictos de leyes y de jurisdicciones, así como también los problemas de derecho material, en el transporte marítimo internacional y en el transporte terrestre de mercaderías y personas son extraordinariamente complejos". En consecuencia, el Comité Jurídico Interamericano, ante la imposibilidad de considerarlo por razones de tiempo, en *veinticinco de agosto de 1983* resolvió "tomar nota con satisfacción del Informe Final presentado" y considerarlo en el siguiente período de sesiones ordinarias, a iniciarse después del nueve de enero de 1984 [91].

Sin embargo, los trabajos del Comité Jurídico Interamericano no condujeron a Proyecto de Convención alguno: en *enero de 1984* se designó nuevo Relator, al doctor LUIS HERRERA MARCANO, debido al vencimiento del período para el cual había sido nombrado el doctor JUAN MATERNO VÁSQUEZ; y sobre la materia tan sólo cabe añadir que, en *veintisiete de enero de 1984*, la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos hizo circular como documento de referencia de la Tercera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, un estudio monográfico del doctor DIDIER OPERTTI BADÁN bajo el título: *"Transporte Internacional de Mercaderías por Carretera"* [92].

46. La determinación de la sede de la Tercera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-III) fue objeto de estudio por la Comisión de Reuniones y Organismos del Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos; y por cuanto no había surgido ningún ofrecimiento, en *veintiuno de abril de 1983* fue sugerida su celebración en Washington entre los días dieciséis y veintiséis de abril de 1984 [93]. Sin embargo, en virtud de la oferta de Bolivia se designó como sede la ciudad de La Paz,

---

recomendando la convocatoria de una pequeña conferencia de expertos previa al tratamiento del tema por parte del Comité" (op. ct., p. 60).

91. *"Comité Jurídico Interamericano. Informes y Recomendaciones"*, Volumen XIV, 1983, p. 33. En los Considerandos de la Resolución aparecen también mencionadas las observaciones hechas sobre el tema por los gobiernos de Uruguay, Argentina, Estados Unidos de la América del Norte y Venezuela (véase antes el número 20 de este trabajo).

92. CIDIP-III/13.

93. CP/doc. 1357/83.

aun cuando fue dispuesto realizarla, no en la fecha prevista, sino entre el veinticuatro de abril y el tres de mayo de 1984 [94]; pero debido a ulterior solicitud formal del propio Gobierno, el Consejo Permanente postergó la inauguración para el quince de mayo de 1984 [95].

De esta manera quedaron cumplidos todos los trámites previos: con alguna anterioridad, en *dos de febrero de 1983,* por Resolución del Consejo Permanente CP/RES. 379 (515/83) había sido aprobado el Proyecto de Reglamento; y de acuerdo con su artículo segundo fue previsto que la Tercera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-III) se reuniría "para considerar los temas que figuran en el proyecto de temario aprobado por el Consejo Permanente de la Organización el 10 de noviembre de 1982, los proyectos de convenciones y otros documentos preparados por el Comité Jurídico Interamericano, así como los estudios, propuestas y proyectos de instrumentos internacionales que presenten los gobiernos de los Estados miembros sobre los puntos del temario"-[96].

---

94. Así fue resuelto el *veintitrés de enero de 1984* (CIDIP-III/14, p. 1). El ofrecimiento de Bolivia como sede fue enjuiciado de diverso modo por los medios de comunicación social de La Paz. En un sentido favorable se calificó como "un acierto diplomático por la importancia que reviste el reunir en nuestro país a personalidades de la ciencia jurídica del Continente... Al servir de anfitrión para este importante evento, el Gobierno Constitucional está exteriorizando el apego de nuestro país al derecho y a la ley" y "la comunidad internacional, especialmente la de este hemisferio, al aceptar a Bolivia como sede de la CIDIP III, está otorgando tácitamente un respaldo al estado de derecho en que se desenvuelve el país". Otro punto de vista se lee en un artículo aparecido en el diario *"Hoy"*, bajo el rubro *"Ventana de Papel"*, donde GUILLERMO MONJE aplaude "todo esfuerzo de los juristas y legisladores que proponen soluciones de fondo y forma en el ámbito del Derecho Internacional Privado", en particular "si tenemos en cuenta que América Latina avanza hacia la integración y que al lado del valor que para tal propósito tiene la economía, existe la demanda del ser humano como persona capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones en territorios ajenos al de su nacimiento". Sin embargo, agregó estos conceptos: "atendiendo a la agudísima crisis que afecta a nuestro país, no parece racional haberlo inducido a constituirse en el anfitrión, exponiéndolo a gastos que llegan a los cien mil dólares, cuando en el seno de la OEA existen otras naciones que seguramente tienen mayores posibilidades económicas que Bolivia. Semejante gasto se convierte en un verdadero dispendio de divisas que hubieran resultado útiles para solucionar en algo el problema de abastecimientos y mitigar el hambre del pueblo. Para evitar que debilidades como esa se presenten otra vez, la Cancillería y la Contraloría de la República deben adoptar decisiones rigurosas e impartir instrucciones a los embajadores para no comprometer de mutuo propio al endeble tesoro nacional".

95. CIDIP-III/14, p. 1.

96. CIDIP-III/3, p. 3.

UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO

REVISTA

DE LA

FACULTAD DE DERECHO

AÑO LECTIVO 1981 - 1982

No. 32

CARACAS VENEZUELA

LEGISLACION COMENTADA

ASPECTOS CONSTITUCIONALES EN RELACION CON LA REFORMA DEL CODIGO CIVIL

José Guillermo Andueza

La reciente reforma parcial del Código Civil ha hecho revivir viejos problemas de interpretación constitucional que aún conservan un innegable interés doctrinal y práctico. Se trata, en primer término, de determinar el valor jurídico de las llamadas normas programáticas de la Constitución. En segundo término, de analizar la función que tiene el juez en la interpretación de la norma constitucional y en la coordinación o armonización de las distintas normas que forman un sistema jurídico. Y, por último, de estudiar el papel que le corresponde cumplir al Congreso para hacer realidad los postulados programáticos de la Constitución.

I.— LAS NORMAS PROGRAMATICAS DE LA CONSTITUCION

Cuando se analiza el conjunto de normas que integran una Constitución se puede observar que ese conjunto normativo tiene una naturaleza jurídica muy variada. Hay normas jurídicas *obligatorias, preceptivas u operativas* porque ellas contienen los medios y condiciones para su aplicación y, por tanto, se bastan asimismas y pueden ejecutarse inmediatamente. "Estas normas —como lo señala el profesor argentino Humberto Quiroga Lavié— no están sujetas a condición alguna para ser eficaces; vale decir, que el legislador no precisa reglamentarlas para que su violación merezca protección jurisdiccional" (Véase "Sobre la interpretación constitucional" en la obra colectiva "La interpretación constitucional", Instituto de Investigación Jurídica, UNAM, México, 1975, pág. 108). Por ejemplo, la norma constitucional que dispone que "Todo acto del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta

Constitución es nulo..." es una norma preceptiva (art. 46). De ella surge, de manera inmediata, la obligación para los funcionarios públicos de respetar los derechos de los ciudadanos y para los gobernados el derecho de pedir la nulidad de aquellos actos que violen o menoscaben las garantías constitucionales.

Hay, no obstante, normas operativas que producen plenos efectos pero limitados a las restricciones que pueda establecer el legislador. Por ejemplo, la efectividad de los derechos garantizados por la Constitución está limitada a la legislación reglamentaria de esos derechos (numeral 24 del artículo 136).

Las Constituciones tienen también *normas directivas* o *programáticas* que son aquellas que contienen un mandato dirigido a los poderes del estado, o al menos, al legislador, para que actúe en un cierto sentido y den a sus actos el contenido definido por la Constitución. Estas normas tienen una eficacia diferida porque su aplicación queda sujeta o condicionada a que el legislador sancione una ley sobre la materia o que el poder ejecutivo dicte algunas medidas administrativas. Por ejemplo, la norma que dispone que "El régimen económico de la República se fundamentará en principios de justicia social que aseguren a todos una existencia digna y provechosa para la colectividad" (art. 95) es una norma programática, porque ella contiene algunas directrices para la acción futura de los poderes del estado.

La contraposición entre normas preceptivas, obligatorias u operativas y normas directivas o programáticas expresa una idea que no es exacta. No es cierto que las normas directivas o programáticas no sean obligatorias. Toda norma jurídica, por principio, es obligatoria. Sostener que hay normas constitucionales que carecen de efectos obligatorios es llegar a la conclusión de que la labor constituyente, que es la función normativa por excelencia, sería una función en su mayor parte inútil porque las Constituciones modernas están integradas mayoritariamente por normas programáticas.

En efecto, toda Constitución responde a una concepción ideológica del estado y del derecho y ella responde a un programa político que se aspira realizar. Para garantizar que los

poderes del estado no se aparten o se olviden de ese programa, el constituyente suele constitucionalizarlo. La normativación del programa político se hace indistintamente con normas preceptivas y normas programáticas. La distinta naturaleza jurídica de unas y otras obedece a una decisión política. Hay principios del programa político que es necesario aplicar inmediatamente, como es la estructura organizativa del estado. Pero hay otros principios cuya aplicación inmediata puede resultar inconveniente o necesitar de actos posteriores. Estas distintas posibilidades permiten que el constituyente introduzca normas de aplicación inmediata y de aplicación diferida. Pero unas y otras están dirigidas a cumplir un programa y en este sentido los dos tipos de normas pueden considerarse como programáticas.

Hay que insistir en el carácter obligatorio de las normas programáticas. El grado de obligatoriedad de estas normas es mucho más restringido que el de las normas preceptivas. La norma programática tiene un destinatario muy concreto. Ese destinatario son los poderes del estado y principalmente el legislador. En cambio la norma preceptiva se dirige no solo a los órganos del estado sino a todos los ciudadanos.

Los poderes del estado están en la obligación de cumplir con el programa político. El incumplimiento de esa obligación significa una conducta inconstitucional de los poderes del estado encargados de realizarlo. La inactividad o la inacción es difícil de combatir jurídicamente porque no existe en nuestro derecho recurso alguno para obligar al Congreso a legislar en el sentido señalado en la Constitución. Pero una vez que el Congreso legisla tiene que hacerlo en el sentido y con el contenido que le señala la Constitución.

II.— NORMAS CONSTITUCIONALES EN MATERIA DE DERECHO DE FAMILIA Y DE MENORES

La Constitución de 1961 recoge algunos principios constitucionales en materia de derecho de familia y de menores. Esos principios están recogidos en los artículos 73, 74 y 75 del texto fundamental. La Constitución quiere proteger a la fami-

lia, como célula fundamental de la sociedad, a la maternidad y a la niñez. A estos fines, la Constitución prevé algunas acciones que deben cumplir los poderes del estado para dar cumplimiento a ese propósito constitucional. En el caso de la familia, el estado debe velar por el mejoramiento de la situación moral y económica de esta institución y el legislador debe dictar leyes que protejan el matrimonio, favorezcan la organización del patrimonio familiar inembargable y provean lo conducente a facilitar a cada familia la adquisición de vivienda cómoda e higiénica.

En el caso de la protección a la maternidad, la Constitución es terminante. La protección que el Estado brinde a la maternidad debe ser hecha sin hacer distinciones en cuanto al estado civil de la madre. La aclaratoria de que la protección a la maternidad debe darse "sea cual fuere el estado civil de la madre" constituye una aplicación concreta de otro principio fundamental, como es el de la igualdad social y jurídica, que condena las discriminaciones derivadas de raza, sexo, credo o condición social, principio este que está consagrado en el preámbulo de la Constitución. Indudablemente que hacer diferencias en cuanto al estado civil de la madre para proteger a unas y dejar sin protección a otras es introducir discriminaciones fundadas en la condición social de las madres, lo que es odioso y contrario al programa político de la constitución.

La Constitución protege también a la niñez. En tal sentido ordena que se dicten las medidas necesarias para asegurar a todo niño, sin discriminación alguna, protección integral desde su concepción hasta su completo desarrollo para que este se realice en condiciones materiales y morales favorables. Una vez más la Constitución reafirma el principio igualitario que condena cualquier protección discriminante que pueda establecerse. Esta idea igualitaria se vuelve a recoger cuando la Constitución consagra el derecho que tiene todo niño de conocer a sus padres. Este derecho no puede ser limitado en razón de la filiación. En tal virtud, la Constitución impone a todo padre, independientemente de la filiación que lo una al hijo, el deber de asistir, alimentar y educar a sus hijos.

Ahora bien, la realización de ese programa constitucional fue confiado a los distintos poderes del estado de manera impe-

rativa. La Constitución dice "protegerá", "favorecerá" o "proveerá". Esta redacción permite clasificar las normas contenidas en los artículos 73, 74 y 75 de la Constitución en la categoría de las normas programáticas porque ellas señalan el comportamiento que deben tener los poderes del estado al tratar esas materias. Pero, además, hay que clasificarlas entre las normas imperativas porque los poderes del estado, destinatarios de esas normas, no pueden disponer acerca del contenido y sentido dados por la Constitución. Para ser más exactos se puede decir que los artículos 73, 74 y 75 contienen normas programáticas imperativas, lo que refuerza el carácter obligatorio de estas normas.

III.—LA INTERPRETACION JUDICIAL DE LA CONSTITUCION

Promulgada la Constitución de 1961 se planteó judicialmente la cuestión relativa a los efectos jurídicos del artículo 75 del texto fundamental. La cuestión consistía en determinar si el hijo nacido fuera de un matrimonio podía ser reconocido por su padre si en el momento de la concepción existía en uno de los padres algún impedimento no dispensable para contraer matrimonio, ya que la Constitución concedía a todo niño, independientemente de su filiación, el derecho de conocer a sus padres e imponer a los progenitores el deber de asistir, alimentar y educar a sus hijos (art. 75).

En efecto, los artículos 220, último aparte, y 225 del Código Civil de 1942 prohibían el reconocimieno volunario y forzoso de los hijos cuando en el momento de su concepción existía algún impedimento no dispensable para contraer matrimonio. Se eximía de esta prohibición a la madre, la que si podía reconocer a su hijo, cualquiera fuere la filiación de estos. Por su parte, el artículo 75 de la Constitución elimina esa prohibición y la discriminación que se establece entre los hijos derivada de las distintas filiaciones.

Indudablemente que los artículos 220 y 225 del Código Civil derogado estaban en contradicción lógica con lo dispuesto en artículo 75 de la Constitución. Esta contradicción lógica ha

podido atacarse mediante dos procedimientos. El primero, por considerar que los atículos 220 y 225 del Código Civil habían sido derogados tácitamente por el artículo 75 de la Constitución, y, segundo, por considerar que dichos artículos eran inconstitucionales y, por tanto, la Corte Suprema de Justicia podía declarar la nulidad.

En abono de la primera tesis se podía alegar la vigésimatercera disposición transitoria de la Constitución que ordenaba mantener en vigencia el ordenamiento jurídico existente "mientras no sea modificado o derogado por los órganos competentes del Poder Público, o no quede derogado expresa o implícitamente por la Constitución". Esta disposición transitoria permite que una norma legal anterior a la Constitución quede privada de efectos jurídicos como consecuencia de una derogación tácita. La declaratoria, con efectos *erga omnes,* de que una norma legal ha sido derogada tácitamente para la Constitución debería pronunciarla la Corte Suprema de Justicia para evitar la inseguridad jurídica que representaría soluciones judiciales y administrativas contradictorias. Se puede alegar, y con razón, que la Corte Suprema de Justicia no tiene competencia para declarar que una norma legal ha sido derogada por la Constitución. Sin embargo, como la derogación tiene en la práctica los mismos efectos que la nulidad, como es la de privar de efectos a la norma jurídica, se podría admitir por esta causa la competencia de nuestro máximo tribunal.

No obstante, para que pueda aplicarse el concepto de derogación es indispensable que "las dos normas en conflicto tengan el mismo objeto". En el caso de una supuesta contradicción entre una norma programática y una norma legal ese conflicto no se presenta porque "la norma constitucional programática sólo mediatamente se refiere a aquel determinado orden de relaciones que era regulado por la ley anterior, incidiendo directamente sobre un hecho diverso" (Crisafulli, Veyzio, Le norme "programmatiche" della Costituzione" en Studi di diritto costituzionale in memoria di Luigi Rossi, Giuffré editore, Milano, 1952, pág. 68).

En el caso del reconocimiento de los hijos naturales complejos se podía alegar —como en efecto así lo dijo la Corte Suprema de Justicia— que la Constitución dejaba a la ley esta-

blecer la acción de reconocimiento y, por lo tanto, no existía conflicto de normas porque ellas no tenían el mismo objeto. Sin embargo, la cuestión era más profunda porque el artículo 75 no es otra cosa que la aplicación, a una situación dada, del principio de la igualdad social y jurídica.

La tesis de la derogatoria tácita de los artículos 220 y 225 del Código Civil anterior fue acogida por el doctor José Rafael Mendoza Mendoza, juez de primera instancia en lo civil del Estado Lara, en sentencia de 11 de agosto de 1966, quien, en un caso de reconocimiento voluntario, declaró que el artículo 225 del Código Civil estaba derogado por ser el artículo 75 de la Constitución una norma de rango constitucional. Considero que el juez ha debido aplicar el artículo 7º del Código de Procedimiento Civil que permite a los jueces desaplicar la norma inconstitucional.

La segunda vía era acudir a la Corte Suprema de Justicia y pedir la nulidad de los artículos 220 y 225 ya citados. Este fue el camino que siguió el doctor Tomás Polanco cuando demandó, en libelo de fecha 26 de julio de 1965, la nulidad de los referidos artículos. La Corte desestimó el pedimento del recurrente con la siguiente argumentación. El artículo 75 dice que "la ley proveerá lo conducente para que..." o sea que el legislador deberá dictar, en el futuro, el ordenamiento legal para que se cumpla lo programado en la norma constitucional. Dicho artículo no se refiere al pasado ni al momento en el cual se promulga la Constitución, sino al porvenir, dado que si bien dice "que todo niño, sea cual fuere su filiación, pueda conocer a sus padres", lo hace solamente para anunciar un propósito cuya realización se deja a cargo del legislador ordinario" (Sent. 27 de mayo de 1969 en Repertorio Forense, Tomo 12, págs. 92-93).

La sentencia de la Corte cerró la posibilidad de que por vía de interpretación judicial se pudiera adaptar el Código Civil al programa constitucional. Esa posibilidad no la desaprovechó la Corte Constitucional italiana, la que a partir del año de 1956 estableció que si bien "era cierto que, en casos particulares, debido a su generalidad e indeterminación, las *normas programáticas* de la nueva Constitución no estaban en posibilidad de *abrogar* las normas legislativas anteriores, sin

embargo resultaban plenamente idóneas para determinar su *ilegitimidad constitucional*, de manera que después de la sentencia pronunciada en tal sentido por la propia Corte quedaban privadas de toda aplicación posterior" (Biscaretti di Ruffia, Paolo, Introducción al derecho constitucional comparado, Fondo de Cultura Económica, México, 1975, pág. 323).

Como ha sido señalado por la doctrina, el hecho de que la decisión política se haya tomado en base a una norma programática "no puede ciertamente significar que se haya querido diferir *sine die* la consecución de aquellos fines que resultan univocamente asumidos en el contenido de la norma constitucional programática, en cuyo caso tales normas serían simplemente un engaño o una simulación, lo que no puede presumirse sin faltar el respeto a la Constitución" (véase Crisafulli, ob. cit., pág. 70).

Menos aún puede llegarse a esa conclusión cuando el desarrollo del programa contenido en el artículo 75 de la Constitución no requería de la promulgación de leyes futuras. Bastaba con que la Corte Suprema de Justicia declarara que los artículos 220 y 225 del Código Civil eran nulos por inconstitucionales para que el reconocimiento voluntario y forzoso de los hijos naturales complejos fuera una realidad. Lamentablemente nuestro máximo tribunal prefirió que fuera el legislador quien levantara la prohibición contenida en los antes citados artículos del Código Civil y de esa manera retardó innecesariamente la puesta en vigencia de una disposición constitucional orientada a combatir la discriminación existente entre los hijos por razón de la filiación e hizo dejación de 1982 con la promulgación de dichas reformas por el Presidente de la República.

IV.—LA REFORMA DEL CODIGO CIVIL

Ante la omisión de la Corte Suprema de Justicia para actualizar y hacer efectivas las disposiciones constitucionales en materia de derecho de familia y de menores, la Federación Venezolana de Abogadas tomó la iniciativa de presentar a las Cámaras legislativas un proyecto de reforma parcial del Código

Civil en esas materias, que concluyó felizmente el 26 de julio de 1982 con la promulgación de dichas reformas por el Presidente de la República.

La reforma parcial del Código Civil viene a ser, desde el punto de vista legislativo, la realización del programa enunciado en la Constitución. Ese programa es obligatorio para los poderes del estado. Si el legislador, en el momento de desarrollar los postulados constitucionales, no se ajusta a estos principios, indudablemente que la legislación que dicte será inconstitucional. Esta consecuencia prueba una vez más que las normas programáticas no son simples consejos políticos, económicos o morales que el legislador y, en general, los poderes del estado pueden acatar o desacatar según las conveniencias políticas o las circunstancias históricas. Cuando los órganos del estado actúan tienen la obligación de ejecutar la constitución. Y la norma constitucional se ejecuta no sólo cuando se aplican las normas preceptivas sino también las normas programáticas.

Para la reforma del derecho de familia y de menores, el legislador se inspiró en el principio constitucional de la igualdad social y jurídica y en el programa enunciado en los artículos 73, 74 y 75 de la Constitución.

La igualdad social y jurídica es un principio constitucional que está recogido en el preámbulo de la Constitución. Los principios constitucionales son decisiones políticas fundamentales que vinculan al legislador en su actividad y a los particulares en el ejercicio de sus derechos. La observancia de los principios constitucionales constituyen, por tanto, "una condición general de validez de la actividad del estado y, al mismo tiempo, un límite al ejercicio de los derechos ciudadanos" (Tesauro, Alfonso, Sui principi e sulle norme del diritto costituzionale, en Studi in onore di Giuseppe Menotti de Francesco, Vol. II, Giuffré editore, Milano, 1957, pág. 701). Las normas constitucionales, al igual que los principios, "son manifestaciones del derecho, ciertas y conocidas, que tienen una importancia fundamental en el ordenamiento estatal en cuanto señalan, en vía general, las bases y los límites de los poderes jurídicos del estado y de los ciudadanos" (Tesauro, ob, cit., pág. 701).

Ahora bien, en el derecho constitucional venezolano el principio de la igualdad social y jurídica es no sólo un principio fundamental sino es también una norma recogida en el artículo 61 de la Constitución. En este artículo se dispone que en los documentos de identificación para los actos de la vida civil no se debe hacer mención alguna que califique la filiación.

La Constitución venezolana ha querido asentar las bases para construir una sociedad igualitaria. De allí que en el derecho de familia la protección a la maternidad deba acordarse independientemente del estado civil de la madre. La protección a los menores deba asegurarse sin hacer discriminación alguna. Y el reconocimiento de los hijos deba hacerse cualquiera sea la filiación.

Para hacer una interpretación armónica de las normas constitucionales hay que tener presente las orientaciones que dan los principios constitucionales y las conductas que señalan las normas. La igualdad entre los hijos, cualquiera que sea su filiación, deriva no solamente de una norma programática sino de un prnicipio constitucional. La Constitución también quiere proteger a la familia, pero esta protección no se puede brindar creando desigualdades entre hijos legítimos y naturales, porque esta desigualdad sería contraria al principio de la igualdad jurídica y social.

La reforma del Código Civil elimina también la desigualdad existente en el matrimonio entre el marido y la esposa y hace realidad el precepto constitucional que prohibe las discriminaciones fundadas en el sexo y ordena que se mejore la situación moral y económica a la familia. En esta parte la reforma es impecable desde el punto de vista constitucional.

Por último, la reforma del Código Civil atiende el requerimiento constitucional que ordena favorecer la organización del patrimonio familiar inembargable cuando reglamenta la institución del hogar. En este punto tampoco hay inconstitucionalidad.

V.— LA APLICACION EN EL TIEMPO DE LA REFORMA DEL CODIGO CIVIL

A fin de resolver los conflictos que puedan suscitarse con la entrada en vigencia de la reforma, el Código Civil estableció algunas disposiciones transitorias para regular el tránsito de aquellas situaciones jurídicas que nacidas durante la vigencia del Código Civil derogado, continúan produciendo sus efectos aún después de la promulgación del nuevo código. Hay dos de esas disposiciones que han creado la duda de si ellas tienen efectos retroactivo y, por tanto, son violatorias del artículo 44 de la Constitución que prohibe dar a las disposiciones legislativas efecto retroactivo.

La teoría de la irretroactividad de las leyes ha sido y es una doctrina poco clara porque la Constitución no define ni determina lo que debe entenderse por efecto retroactivo. Ha sido la interpretación judicial la que, caso a caso, ha ido determinando el sentido y alcance de esta prohibición. Basada en la doctrina de los derechos adquiridos, la teoría de la irretroactividad ha unido su suerte a la vigencia de los llamados derechos adquiridos. Cuando se cuestiona la existencia de estos derechos queda cuestionada también la teoría de la irretroactividad.

No obstante, lo que resulta claro es que la ley nueva tiene como propósito modificar situaciones que se estiman injustas o inconvenientes y cuya permanencia en el tiempo no tienen una justificación política, económica o social. Si a esto añadimos que la reforma del Código Civil ha tenido como finalidad llevar a la práctica el programa enunciado en la Constitución, se comprenderá la importancia que tiene de que la reforma comience inmediatamente a producir sus efectos. Estos efectos se orientan a corregir desigualdades sociales y jurídicas que la Constitución de 1961 considera injustificable mantener. Y si pensamos que esa situación injusta ha durado más de 20 años —que son los años de vigencia de la Constitución de 1961— también se comprende la urgencia en solucionar esas situaciones.

El artículo 1989 del vigente Código Civil dispone que "los actos jurídicos que versen sobre los bienes de la comunidad

conyugal..., realizados por quien tenía su administración, se regirán por las disposiciones del Código anterior...". Hasta aquí este artículo no ofrece problema alguno. Si esos actos produjeron todos sus efectos bajo el imperio del código derogado, el nuevo código no puede disponer sobre situaciones definitivamente concluidas. Pero si esos actos prolongan sus efectos hacia el futuro, ellos caerán bajo la regulación del nuevo código. La reforma introdujo importantes modificaciones en el régimen de disposición de los bienes de la comunidad conyugal y en los poderes maritales. Esas modificaciones entraron en vigencia con la promulgación del Código Civil y afecta o beneficia a todos los matrimonios existentes y no solamente a los matrimonios que se celebren a partir de la reforma.

Sin embargo, el artículo 1989 del Código condiciona la validez de esos actos jurídicos que versen sobre los bienes de la comunidad conyugal a que tengan "fecha cierta anterior a la entrada en vigencia" del Código Civil. Esta condición le da efectos retroactivos a esa norma porque el código anterior no exigía entre las formalidades para realizar esos actos jurídicos, la que ellos tuvieren fecha cierta. Si el nuevo código quiso exigir la formalidad de la fecha cierta para ese tipo de actos, esa exigencia sólo se aplica a los actos posteriores a la vigencia del nuevo código y no a los actos realizados antes. No obstante, la exigencia de que esos actos jurídicos tengan fecha cierta es una exigencia destinada a crear seguridad jurídica en el régimen patrimonial del matrimonio y se puede justificar porque con ella lo que se busca es establecer una forma de probar esas obligaciones. La Constitución venezolana parece considerar la materia probatoria como formando parte del derecho procesal. Las pruebas ya evacuadas se aprecian de acuerdo con la ley anterior. Pero las pruebas aún no evacuadas hay que apreciarlas de acuerdo con el nuevo derecho. Según esta orientación, la prueba de los actos jurídicos realizados con anterioridad requieren de un documento que tenga fecha cierta. Es decir, esos actos no son oponibles al otro cónyuge, que es un tercero, a menos que tenga fecha cierta. Entre las partes el acto es perfectamente válido.

La otra disposición transitoria que crea dudas es el artículo 1.991 del nuevo código que establece que en los casos de

disolución del matrimonio por divorcio o de nulidad en los que se haya atribuido la patria potestad a uno de los progenitores, el otro debe reasumir la patria potestad conjuntamente, siempre y cuando haya dado cumplimiento a sus obligaciones de alimentación y educación para con su hijo. Este artículo no es retroactivo. El cambia los derechos de los padres, que es una materia legal. Y la ley puede ampliar, disminuir e incluso privar a los padres de los derechos legales si estima que ellos son inconvenientes. La extensión y límites de los derechos paternos o maternos no depende de la voluntad del padre o de la madre. Ellos son consecuencia de la ley. De allí que la ley no puede ser retroactiva cuando regula para el futuro situaciones jurídicas que ella misma ha creado.

VI.— CONCLUSIONES

La reforma del Código Civil en materia de familia y de menores vino a llenar un vacío legal que debió haber sido llenado a los pocos años de la promulgación de la Constitución de 1961. Esa reforma desarrolla el programa constitucional recogido en principios y normas constitucionales de innegable importancia social.

La inconstitucionalidad de esa reforma sería posible si ella hubiese sido concebida para contrariar el programa constitucional. Más bien los que han invocado supuestos vicios de inconstitucionalidad lo que buscan es contrariar los legítimos intereses constitucionales que postulan la existencia de una sociedad que no tenga discriminaciones fundadas en la raza, sexo o condición social.

Caracas, 4-11-82

UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO

REVISTA

DE LA

FACULTAD DE DERECHO

AÑO LECTIVO 1981 - 1982

No. 32

CARACAS VENEZUELA

LEGISLACION COMENTADA

"ALTERNATIVAS A LA DETENCION Y A LAS PENAS PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD EN VENEZUELA"

Nelson Chacón Quintana

Profesor de Derecho Penal I y II, Ciencia Penitenciaria y Técnicas de Estudio e Investigación en la U.C.A.B.

El tema referente a las alternativas a la tradicional pena detentiva de la libertad, cobra particular interés desde el mismo momento en que nos encontramos a nivel mundial, inmersos en la polémica sobre el papel y función de la institución penitenciaria como medio eficaz para lograr la reincorporación social del sujeto transgresor del ordenamiento jurídico penal.[1]

Este estado de cosas, tiene su origen, según algunos, además de en los "argumentos tradicionales relativos a las contradicciones inherentes a las funciones de custodia y rehabilitación de la cárcel, en otros factores tales como el aspecto deshumanizante del encarcelamiento, el efecto que surte el encarcelamiento en la personalidad humana, la creciente toma de conciencia de que es improbable que el encarcelamiento mejore las posibilidades de que el delincuente se convierte en un ciudadano respetuoso de la ley, y la incapacidad de las instituciones penales de reducir la delincuencia...". [2]

Al parecer hasta el presente se ha recurrido excesivamente a la cárcel, sin que ello signifique, que se deba producir la abolición absoluta de la misma en fecha muy inmediata.[3]

---

1. A este respecto ver los interesantes planteamientos de MORRIS NORVAL: "El futuro de las Prisiones", Siglo Veintiuno Editores. México, 1978.
2. Sexto Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. "Desinstitucionalización de la Corrección y sus consecuencias para el preso que sigue encarcelado". (Documento de trabajo preparado por la Secretaría), A/conf. 87/7, pág. 3.
3. En este mismo sentido: Informe de la Reunión Preparativa Regional Europea (A/conf. 87/BP/1), párrs. 49 y 50.

Lo que sí resulta evidente, es que en virtud de que el método institucional de tratamiento no ha respondido satisfactoriamente a las expectativas que de él se tenían, se hace impostergablemente indispensable, una revisión global de la materia.

En este sentido, es "deber del Estado implementar las reformas necesarias para conformar un sistema penitenciario orientado a lograr la reincorporación social de los delincuentes".[4]

El Estado venezolano se ha encontrado ante fenómenos tales como: la inversión de la pirámide penitenciaria, por medio del cual un altísimo porcentaje de su población reclusa se encuentra en detención preventiva, lo cual repercute desfavorablemente en las actividades de tratamiento institucional; con una situación de dilación procesal, que hace que la presunción de inocencia se convierta a veces en una mera declaración de principios; y en fin, con un ordenamiento jurídico en esta materia, que pensamos que debe ser objeto de revisión profunda ya que no está a la altura de los tiempos actuales.

A tales circunstancias, el Estado venezolano ha respondido con la introducción de algunas reformas en nuestro sistema penitenciario, que se encuadran en una tendencia hacia la desinstitucionalización, pero que por sí solas no bastan para el logro de los fines últimos propuestos.

Consideramos, sin embargo, que la entrada en vigencia el 1º de abril próximo pasado de la "Ley de Sometimiento a Juicio y Suspensión Condicional de la Pena", representa un gran paso de avance en el penitenciarismo venezolano, "al incorporarse nuestro país, a aquel grupo de naciones que a través de la estructuración de institutos jurídico-penales, como los resultantes de la normativa recientemente aprobada, han obtenido logros altamente positivos al convertirse en invalorables elementos de acción a nivel preventivo y reeducativo ante el fenómeno de la delincuencia".[5]

---

4. "Desinstitucionalización de la corrección y sus consecuencias para el preso residual", ponencia venezolana en el VI del Sexto Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del delito y tratamiento del Delincuente, pág. 58.
5. "Un importante paso de avance en el penitenciarismo venezolano: Ley de Sometimiento a Juicio y Suspensión Condicional de la Pena". Trabajo preparado por la Asesoría Técnica de la Dirección de Prisiones del Ministerio de Justicia, publicado en El Nacional en el Suplemento Especial / Ateneo de Caracas, el 20 de febrero de 1980, pág. B/9.

"Esta Ley permite por una parte, que el Juez que esté conociendo de la causa relativa a una determinada persona, pueda dictar auto de sometimiento a juicio en lugar de auto de detención, cuando llenos los extremos del artículo 182 del Código de Enjuiciamiento Criminal, concurran, además, los requisitos que se establecen en el artículo 7º de la misma. Y por la otra, consagra en definitiva, medidas alternativas a la tradicional pena privativa de la libertad.[6]

La implementación de la ley referida, modernizando nuestra normativa en la materia, no sólo aliviará las dificultades que derivan de la inversión del sistema penitenciario sino que también en algunos casos como en los de difamación e injuria, reducirá los daños que tantas veces produce la detención preventiva.

Debe quedar muy claro, como ya antes se ha dicho, que en ningún caso con esta ley se persigue entronizar la impunidad o declarar el fin del tratamiento institucional. Lo que se busca más bien, es, reafirmar el principio de la individualización, tan caro a los penólogos y criminólogos de todo el mundo. Es quizás por ello que Rico se ha expresado en el sentido de que la individualización ofrece la ventaja indiscutible de poder excluir en gran número de casos la pena de prisión, sustituyéndola por otros medios que, puedan adaptarse mejor a la personalidad del culpable y a los disvalores del acto cometido.[7]

En efecto, el sometimiento a juicio o a la suspensión condicional de la pena, no se aplican indiscriminadamente a todos los sujetos y en todas las hipótesis, sino que es "conditio sine qua non" que se den las circunstancias y requisitos que señala la Ley.

Así para obtener el sometimiento a juicio en lugar del auto de detención, además de los requisitos ya aludidos con anterioridad es necesario:

1. No haber sido condenado anteriormente el indiciado a pena o medida correccional privativa de la libertad; ni

6. "Un importante paso de avance... cit., pág. B/9.
7. Rico, José María: "Las sanciones penales y la política criminalógica contemporánea". Siglo Veintiuno Editores. México, 1979, pág. 97.

haberse acogido anteriormente al beneficio de sometimiento a juicio, a menos que haya sido absuelto por sentencia definitivamente firme.

2. Que el hecho punible presuntamente cometido marezca pena corporal que no sea mayor de cinco (5) años en su límite máximo. En caso de concurso, se atenderá al de mayor entidad.

3. Que el procesado se comprometa a someterse a las indicaciones que le señale el delegado de prueba.

En los casos de difamación e injuria no habrá lugar al régimen de prueba.

Las medidas que podrán imponerse al procesado son las siguientes: Obligación de no salir de la ciudad o del lugar en que resida, o de no cambiar de domicilio sin permiso del delegado de prueba; fijar su residencia en otro Municipio o Parroquia. Distrito, Estado o Territorio de Venezuela, siempre y cuando su residencia forzada no signifique obstáculo para el ejercicio de su profesión, o de trabajo, y abstenerse de realizar determinadas actividades o de frecuentar determinados lugares y personas que serán expresamente establecidos.

Es importante destacar, que el plazo de sometimiento a juicio no excederá de dos (2) años contados a partir de la fecha de la decisión respectiva; que cumplido dicho plazo, sin que se hubiere dictado sentencia definitivamente firme, cesará el régimen de prueba; y que el beneficio concedido es revocable por el Tribunal competente en los casos y con las modalidades que se expresan en el artículo 10 de la Ley.

En lo que respecta a la suspensión condicional de la pena, son requisitos para su concesión:

1. No haber sido condenada anteriormente la persona a pena corporal, ni sometida a medida correccional privativa de la libertad.

2. Que el delito o delitos cometidos marezcan pena corporal que no sea mayor de ocho (8) años en su límite máximo. En caso de concurrencia, se atenderá al de mayor entidad.

3. Que el informe a que se refiere el artículo 4º de esta Ley exprese opinión favorable a la medida.

4. Que el sentenciado se comprometa a someterse a las indicaciones que le señale el delegado de prueba.

Las condiciones que podrán imponerse al penado son: las señaladas en el artículo 8º de la Ley (aquellas previstas para los procesados a quienes se les acuerde la medida de sometimiento a juicio); la de someterse al tratamiento médico psicológico que se estime conveniente; asistir a determinados lugares o centros de instrucción, reeducación o perfeccionamiento realizar en tiempo libre una prestación o servicio en favor de Instituciones oficiales o privadas de interés social sin fines de lucro; y reparar el daño, hacer restitución o pagar compensación a la víctima del delito, lo que podrá hacerse gradualmente o a plazos durante el período de prueba, de acuerdo con las posibilidades económicas del penado.

El plazo de la suspensión condicional de la pena no será menor de un (1) año ni mayor de cinco (5) años, contados a partir de la fecha en que se acuerde la medida.

Al igual que la medida de sometimiento a juicio, la suspensión condicional de la pena también es revocable. Ello sucede en los casos señalados en el artículo 15 de la Ley.

Por razones de Política Criminal, se han establecido en el artículo 17 de la Ley, ciertas categorías delictuosas con respecto a las cuales no es posible aplicar a los procesados o condenados por ellas, los beneficios de la "Ley de Sometimiento a Juicio y Suspensión Condicional de la Pena".

Se hace hincapié en que las medidas que derivan de la Ley en examen, no deben considerarse en ningún caso, como medidas de perdón o clemencia que posibilitan a los sujetos a quienes pudiera aplicarse, evadir la justicia penal; sino que lejos de ello, y en contra de la utilización de criterios pura y exclusivamente represivos, se incursiona cada vez más hacia los linderos de una asistencia o tratamiento individualizados en libertad, que combinen armónicamente las realidades de diverso orden que confluyen en el sujeto de que se trate.

No se trata pues, de la aplicación de medidas paternalistas. Si se observa el régimen que generan, se constatará que antes por el contrario, se exigirá a los sujetos que van a ser sometidos a cualquiera de ellas, significativos esfuerzos y espíritu de superación, para cumplir a cabalidad las condiciones que a cada uno se impongan.

Es necesario destacar, que para que los programas que conforman el proceso de desinstitucionalización puedan tener resultados positivos deben darse dos condiciones fundamentales:

1. Una actitud favorable por parte de todo el personal que labora en el sector de la justicia penal, así como la preparación y tecnificación de aquel encargado de aplicar dicha forma de tratamiento.

En efecto,, como bien se ha afirmado en el documento A/conf. 87/7 del Sexto Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado recientemente en Caracas, "a veces se plantean conflictos entre las prioridades y objetivos de los diferentes elementos integrantes del sistema de justicia penal, incluso cuando tienen la misma finalidad. El grado en que puedan aplicarse las políticas extra carcelarias y otros mecanismos alternativos depende en gran medida de los objetivos en cuyo logro están empeñados los diferentes sectores".

Y luego al considerar al Poder Judicial, como elemento primordial en la aplicación de cualquier reforma, agrega: Su "apoyo resulta indispensable para una política de desinstitucionalización", del mismo modo es muy importante la formación del personal penitenciario, "cuyas funciones están modificándose gradualmente, pasando de ser agentes de custodia, seguridad y vigilancia a la calidad de funcionarios de la comunidad".

La Dirección de Prisiones del Ministerio de Justicia consciente de la validez de dichos planteamientos, ha realizado y continúa aún haciendo los necesarios intercambios de ideas con los integrantes de nuestro Poder Judicial, a los fines de salvar en común una serie de obstáculos iniciales, y coordinar esfuerzos hacia el logro de una mejor aplicación de la forma de tratamiento no institucional prevista en la Ley de Sometimiento a Juicio y Suspensión Condicional de la Pena.

Igualmente, ha estructurado un "Curso Básico en Tratamiento no Institucional", que se dicta en la Escuela de Formación de Personal de los Servicios Penitenciarios, con niveles de exigencia adecuados, con el fin de obtener la mejor preparación del personal que está adscrito al mismo.

2. La otra condición, debe ser la participación y el apoyo de la comunidad. "La comunidad tiende a reaccionar con temor y a la vez con dureza, ante ciertas modalidades de delito. Lo mismo ocurre cuando se sobrepasan los límites tolerables de la inseguridad que toda convivencia conlleva. La opinión pública debe obedecer a una adecuada conciencia de que quien ha cometido un delito puede cumplir su pena en el seno mismo de la comunidad".[8]

Las Naciones Unidas, han estimulado a todos los países para que se haga real esa participación de las "fuerzas vivas de la comunidad, empleándose como medios para tales efectos comisiones o consejos inter-ministeriales, de representantes de diversos órganos, convenios entre instituciones, movilización de los organismos comunitarios, etc., que asegurarían la comunicación y la integración de los sectores y la participación de la comunidad organizada".[9]

Es por ello indispensable, la clara divulgación de los diversos objetivos de programas de esta naturaleza para su mejor asimilación y comprensión por parte de la colectividad.

Ahora bien, concordemente con HILDE KAUFMANN, pensamos que una "reforma no debe entenderse como un acto único mediante el cual, con la ayuda de una nueva ley, se prescriban determinadas modificaciones que por sí mismas producirían la reforma: la reforma, al contrario, consiste en un proceso de desarrollo permanente".[10] Es por ello, que estamos promoviendo una reforma a la ley de Régimen Penitenciario en materia de Libertad Condicional y destinos a Establecimientos abiertos.

---

8. ILANUD. "Sistemas de Tratamiento y Capacitación Penitenciarios". San José de Costa Rica, Abril de 1977, pág. 11.
9. A/conf./BP/3, pág. 4.
10. KAUFMANN, HILDE. "Principios para la Reforma de la Ejecución Penal". Biblioteca de Ciencias Penales, Depalma, Buenos Aires, 1977, pág. 53.

Las razones, modificaciones y circunstancias que nos mueven en tal sentido, están contenidas en la exposición de motivos y anteproyecto de ley de reforma que se anexan.

Debe señalarse, sin embargo, que con un buen funcionamiento de los institutos penológicos referidos, podremos estar en condiciones de tener un conjunto mayor de válidas alternativas a las penas privativas de la libertad.

PROGRAMA:

SOMETIMIENTO A JUICIO Y SUSPENSION CONDICIONAL DE LA PENA

NUMERO DE MEDIDAS CONCEDIDAS

Regiones	Suspensión Condicional	Sometimiento a Juicio	Total
Región Capital	11	125	136
Región Andina	05	107	112
Región Zuliana	28	112	140
Región Central	16	123	139
Región Oriental	23	142	165
Total:	83	609	692

* Datos hasta el 21-8-80.

NUMERO DE PROBACIONARIOS

Medidas Revocadas en Razón del Probacionario	Medidas Revocadas en Razón del Proceso	Total Probacionarios
—	07	129
—	—	112
1	6	133
1	2	136
—	—	165
2	15	675

* Datos hasta el 21-8-80.

"EXPOSICION DE MOTIVOS Y PROYECTO DE LEY DE REFORMA PARCIAL DE LA LEY DE REGIMEN PENITENCIARIO, EN MATERIA DE LIBERTAD CONDICIONAL Y ESTABLECIMIENTO ABIERTO"

"EXPOSICION DE MOTIVOS"

El artículo 71 de la Ley de Régimen Penitenciario Vigente, se refiere a la Libertad Condicional y al destino de Establecimientos Abiertos, como fórmulas de cumplimiento de las penas, enmarcadas, lógicamente, dentro del Principio de la Progresividad que había sido enunciado por la propia Ley en su artículo 68.

Se trata de dos instituciones de vieja data en las legislaciones penitenciarias del mundo, que han cristalizado en resultados ampliamente reconocidos como de invalorable provecho en el sendero que conduce hacia el cumplimiento de los fines últimos que se propone la administración penitenciaria.

En efecto, en lo que respecta a la Libertad Condicional, puede señalarse que constituye uno de los medios más efectivos para lograr la individualización ejecutiva de la pena; se trata de una institución que gradualmente se ha consolidado en el Derecho Positivo, a medida que se fue comprendiendo el importante alcance de la misma.

La Libertad Condicional, también llamada vigilada y libertad bajo palabra, se fundamenta en la presunta enmienda del penado; presunción que evidentemente tiene que ser "Juris Tantum". De allí que se conceda al penado una libertad revocable, sujeta al cumplimiento de ciertas obligaciones y sometido, tal como proponemos, a la tutela y vigilancia de la autoridad.

Planteada de esta manera, ella representa un estímulo y un freno a la vez. Así, durante el tiempo de reclusión, constituye un estímulo para la buena conducta del sujeto, siendo además, importante punto de arranque para la enmienda. Después, al momento de la liberación, contribuye a mantener al sujeto a quien se la concediere, por el buen camino, frenando cualquier inclinación inconveniente que pudiera acarrear la revocatoria de la medida impuesta.

Pareciera indiscutible, que para lograr la efectiva reincorporación social de ciertos sujetos sea necesario una suerte de período de transición entre la reclusión y la liberación definitiva. En un contexto como el descrito, la libertad condicional, sería el medio más adecuado para ensayar y verificar, los niveles de reforma del condenado. En dicho período, además, el liberado poco a poco va aprendiendo a hacer buen uso de la libertad, que por un tiempo perdió al no haberla utilizado con la debida propiedad.

Por otra parte, se debe destacar su particular importancia dentro de los linderos de un sistema basado en la progresividad. La Libertad Condicional, sería la última etapa del mismo para los sujetos a quienes se aplique. Durante este período el liberado continuaría cumpliendo su pena, sólo que a través de una fórmula diversa a la privación de su libertad.

La Ley de Régimen Penitenciario estableció la libertad condicional, pero la sometió a la verificación de requisitos de muy difícil cumplimiento. Tan difíciles eran que el mismo proyectista reconoció que se exigían requisitos un tanto risidos si eran comparados con lo que tenían vigencia en otras legislaciones.

Dicho rigor, la ha hecho inoperante en la realidad al punto de que ha sido concedida en muy escasas oportunidades.

El mayor obstáculo encontrado para la aplicación de la libertad condicional, ha resultado la exigencia normativa de que los penados deban cumplir por lo menos dos años o la mitad de la pena (según se trate de penas de hasta cinco años de duración o duración superior a dicho límite respectivamente) en el *establecimiento penitenciario de destino.*

Como es del dominio público, la inversión del sistema penitenciario, como consecuencia directa y principalísima de la lentitud procesal, somete a los encausados a un proceso, cuya exagerada duración plantea, en casi la totalidad de los casos, que cuando se pronuncia la sentencia definitiva firme y al penado se le destina por parte del Ejecutivo a un Centro de cumplimiento de pena, llega a éste superados los dos años o la mitad de la pena exigidos según los casos, debiendo necesariamente, comenzar a contar dicho tiempo nuevamente.

Si a esto se añade, que el sujeto debe haber extinguido las tres cuartas partes o las dos terceras partes de la pena respectivamente, se observa que en la práctica es harto difícil encontrar penados a quienes les sea aplicable esta fórmula de cumplimiento de las penas.

Las consideraciones anteriores, justifican por sí mismas la conveniencia de modificar dichos requisitos, para que así se permita que aquellos penados cuya evolución penitenciaria favorable así lo aconseje puedan terminar de cumplir su pena en las condiciones de libertad condicional que proponemos.

La existencia con respecto al destino a establecimientos abiertos, de la exigencia legal de que los penados a quienes se les vaya a aplicar, hayan permanecido por los menos dos años en el establecimiento penitenciario designado para el cumcumplimiento de sus respectivas penas, plantea igualmente serias dificultades en la realidad para su aplicación, que nos llaman a solicitar también, la modificación de dicho requisito para garantizar de este modo, la eficacia de otro instituto penitenciario, probado ampliamente como instrumento decisivo para obtener la reincorporación social de cierta categoría de penados.

En este orden de ideas, el articulado que proponemos, tanto en materia de libertad condicional como de destino a establecimiento abiertos, elimina la exigencia de que un monto determinado de la pena deba cumplirse en el establecimiento de destino. Así mismo, se modifican los lapsos de pena que el penado debe extinguir, adecuándolos a verdaderos criterios científicos fundados en la progresividad, pero tomando en cuenta nuestra realidad procesal, los mismos, deberán contarse para el sujeto a partir de la detención efectiva, independientemente del tipo de establecimiento penitenciario en donde hubiere estado recluido.

PROYECTO DE LEY DE REFORMA PARCIAL DE LA LEY REGIMEN PENITENCIARIO, EN MATERIA DE LIBERTAD CONDICIONAL Y DESTINO A *ESTABLECIMIENTOS ABIERTOS*

Artículo 1º — Se modifica el artículo 72 en la forma siguiente:

> Artículo 72. — El destino a establecimientos abiertos podrá concederse por el Ministerio de Justicia a los penaque hayan extinguido por lo menos tres años de la pena impuesta cuando ésta sea menor de diez años o cuatro años cuando la pena sea mayor de diez años, y que habiendo observado conducta ejemplar, merecieren diagnóstico negativo de peligrosidad y pronóstico criminológico favorable a esta fórmula de tratamiento.

Artículo 2º — Se modifica el artículo 74 en la forma siguiente:

> Artículo 74. — Podrán ser integrados en los Destacamentos Penitenciarios de Trabajo, los reclusos que hayan extinguido por lo menos un tercio de la pena impuesta y reunan las demás condiciones exigidas por el artículo 72.

Artículo 3º — Se modifica el artículo 76 en la forma siguiente:

> Artículo 76. — La libertad condicional como último período de cumplimiento de la pena, implica el egreso anticipado, bajo la supervisión y vigilancia del Delegado de Prueba designado por el Ministerio de Justicia, del penado en quien concurran las circunstancias siguientes:
>
> 1º) Que haya extinguido por lo menos la mitad de la pena;
>
> 2º) Que merzca que se le aplique esta fórmula de cumplimiento de la pena, por su conducta, previos diagnóstico negativo de peligrosidad y pronóstico criminológico favorable a la liberación; y

3º) Que ofrezca garantías de hacer vida honrada en libertad.

Artículo 4º — Se modifica el artículo 77 en la forma siguiente:

Artículo 77. — Los septuagenarios podrán obtener la libertad condicional después de extinguido un tercio de la pena. Los ancianos que no pudieren demostrar su edad también podrán obtenerla cuando reunidas las mismas circunstancias del artículo anterior, hubiere además, informe médico acreditado de que su edad fisiológica es superior a los setenta años.

Artículo 5º — Se modifica el artículo 78 en la forma siguiente:

Artículo 78. — La libertad condicional se perderá por la mala conducta del liberado, por incumplimiento de las obligaciones inherentes a la misma, y por reincidencia genérica o específica, en el delito.

UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO

REVISTA

DE LA

FACULTAD DE DERECHO

AÑO LECTIVO 1981 - 1982

No. 32

CARACAS VENEZUELA

LEGISLACION COMENTADA

LAS RELACIONES ENTRE DERECHO Y AMBIENTE

Dr. Henrique Meier

Profesor de Instituciones Políticas y Derecho Administrativo.

INTRODUCCION

Este tema plantea muchas interrogantes, por lo cual me limitaré esencialmente a dos aspectos de una temática compleja, apasionante y rica en matices. Estos dos aspectos son:

1º) En primer lugar, conviene interrogarnos sobre lo que el Ambiente: ¿Cuál es su estructura? ¿Cuál es su función en el sostenimiento en la vida social de un pueblo?, en particular. ¿Cuáles son los rasgos o características de la realidad ambiental de nuestro país Venezuela y de América Latina, en general?

Esta primera pregunta nos lleva a la primera parte o Capítulo de la exposición que vamos a titular de la forma siguiente: "El Ambiente como realidad inmediata del Hombre en su Vida de Relación".

2º) El segundo aspecto o segunda interrogante es la siguiente: ¿Qué es el derecho ambiental?; en otras palabras: ¿Cuál es la relación entre derecho y naturaleza? ¿Cuáles son las características más resaltantes ded derecho ambiental y cuáles sus principales instituciones?

La respuesta a esta interrogante, nos conduce a la segunda parte de la exposición que vamos a titular de la forma siguien-

---

* **Esta ponencia no fue presentada en forma escrita, sino como esquema que fue desarrollado oralmente, por lo que no tiene la rigurosa estructura de un trabajo de investigación.**

te: "El Derecho Ambiental y las Relaciones Sociedad-Naturaleza en el Mundo Contemporáneo".

I. *EL AMBIENTE COMO REALIDAD INMEDIATA DEL HOMBRE EN SU VIDA DE RELACION*

1. *Aproximación a la realidad ambiental:*

Conceptualizar la realidad ambiental plantea algunas dificultades, a saber:

a) Las diversas interpretaciones que se le han dado a este término.

b) El valor relativo de las palabras y su carga ideológica; pues detrás de todo esfuerzo por definir el ambiente se esconden concepciones, orientaciones que tienen por objeto justificar o legitimar una determinada realidad ambiental.

c) En fin, existe el peligro de pretender encerrar en límites precisos una realidad viva, dinámica, totalizante, que está en permanente movimiento. No obstante busquemos una cierta aproximaci6n de lo que es el ambiente.

Entiendo al ambiente como el resultado práctico sensible, y cultural ideológico de las relaciones sociedad-naturaleza en un espacio y en un tiempo concretos. Diría que es la síntesis histórica de las relaciones de intercambio entre sociedad y naturaleza.

El ambiente se constituye a través del proceso histórico de conquista, ocupación, dominio y transformación del espacio por parte de una sociedad; y está integrado esencialmente por dos (2) estructuras:

La Biósfera: aquella parte no creada por el hombre, la naturaleza en su sentido primario.

La Tecnósfera: que es precisamente el conjunto de utensilios, el mundo de la técnica, los productos creados por el hombre en su afán de transformación y conquista del espacio.

El Hombre entra a la historia como productor de los más simples utensilios de trabajo; la existencia humana parte de la necesaria transformación de la naturaleza, para obtener los bienes y los productos esenciales a la satisfacción de las necesidades primarias; el hombre como productor se relaciona con la naturaleza en forma organizada, esto implica que no pueden plantearse las relaciones hombre-naturaleza si simultáneamente no se plantean las relaciones hombre-hombre. La naturaleza es mediadora de las relaciones sociales y los hombres se relacionan esencialmente para transformar la naturaleza; he allí el drama de la historia y la esencia de la vida; en consecuencia, no se pueden desligar estos dos aspectos.

En este orden de ideas, es importante evitar, a mi juicio, una doble tentación:

a) Por una parte, la creencia de que el hombre es una entidad radicalmente separada de la naturaleza y en lucha permanente con ella. Esta es la concepción del eterno antagonismo hombre-naturaleza, muy arraigada en Occidente y que tiene su base en un exagerado antropocentrismo; un exagerado optimismo sobre las fuerzas del hombre como ser racional, lo cual constituye una desviación del humanismo.

b) Por otra parte, la creencia de que el hombre está inmerso en fuerzas cósmicas como simple partícula de un ciego engranaje, no pudiendo controlar ni poner a su favor esas fuerzas. Esta es la concepción mágica de las culturas primitivas.

En verdad hombre y naturaleza. no son entidades antagónicas; constituyen elementos de una misma y -nica realidad: el hombre es naturaleza con conciencia de sí, la naturaleza entra a la historia con la aparición del hombre.

identidad, como sucede en las rleaciones que se establecen entre el resto de las espcies animales, de los organismos vivienque le rodea, de allí su desgarradora angustia existencial, pues tes distintos del hombre y sus respectivos habitats naturales.

El hombre es el único animal con conciencia de sí y de lo que le rodea, de allí su desgarradora angustia existencial, pues

vivimos entre lo finito y lo infinito, entre lo animal y lo divino. La armonía estática animal-naturaleza se convierte en el hombre en una separación, en lucha, en relación dialéctica. Viniendo de la naturaleza no obstante, la trasciende, su subsistencia depende de la transformación del medio natural a su vez el medio limita y condiciona las posibilidades del hombre y de la sociedad.

El conflicto hombre-naturaleza se plantea desde la aparición de los primeros modos de producción estables.

El agricultor y el pastor talan, queman, provocan incendios forestales, para transformar áreas bosocosas en sabanas y planicies aptas para el cultivo y el pastoreo.

Las bases de la relación hombre-naturaleza, desde los albores de la historia, comienzan a desarrollarse en forma equivocada. Esta es la raíz de la crisis ambiental que sacude las conciencias de las sociedades e individuos del mundo actual.

2. *El Ambiente en las sociedades modernas*

Ahora bien, debemos distinguir en este aspecto entre las sociedades pre-capitalistas anteriores a la revolución industrial y urbana que aparece en Europa y en los EE.UU. de Norteamérica a finales del Siglo XVIII y comienzos del Siglo XIX.

Las nuevas formas de organización de la producción material con la Revolución Industrial y Científica mencionada, consolidan modos de vida, criterios culturales e instituciones políticas completamente desconocidos hasta ese momento (Siglos XVIII-XIX), en la historia milenaria de la humanidad.

Es con el advenimiento del capitalismo cuando la ciencia, la industria y la tecnología permiten a determinadas sociedades en el planeta, disponer de medios, de un poderío capaz de modificar como nunca antes el medio ambiente natural y el habitat social.

Desde entonces, estas sociedades pueden destruir (y de hecho ya ha sucedido), de forma irreversible y en poco tiempo, lo que la naturaleza tardó millones de años en edificar lentamente por obra de sus hermosas y perfectas leyes.

La mayoría de las sociedades "desarrolladas" inspiradas en la doctrina del lucro, del imperialismo, la dominación y el despilfarro de los recursos naturales; legitimada esta conducta por un culto al hombre individual, abstracto, soberano, señor y dueño de la naturaleza, con derecho a dominarla hasta donde su inteligencia y poderío alcance en la textual expresión de KANT, y estructuradas social y políticamente en instituciones que estimulan la lucha estéril, la competencia y la explotación de unos sobre otros, de pueblos y de Estados entre sí, ha llegado a una situación crítica en sus relaciones con el medio natural.

La sociedad de consumo de los países altamente desarrollados y que lamentablemente todavía constituyen modelo para nuestras sociedades llamadas en vías de desarrollo, ofrece el paradójico espectáculo del incesante aumento de objetos inorgánicos, que cada día se acumulan sin posibilidad de reciclaje, es decir, no son biodegradables. Hoy como nunca impera el reino de lo inorgánico.

La sociedad se ha convertido en un inmenso arsenal de mercancías. Espacios habitados por ecosistemas integrados por la relación bosques, aguas, suelo, fauna, factores bióticos y abióticos; en otros términos los organismos vivientes con las condiciones naturales que se requieren para su pleno funcionamiento, están siendo sustituidos de manera acelerada por espacios donde se acumulan desechos inorgánicos (plásticos, chatarra, basura).

El desierto avanza cada año: se trata del dramático proceso de desertificación del planeta.

Esta destrucción del medio físico, algunas veces con carácter irreversible, ha ido acompañada de otros procesos no menos alarmantes: el deterioro del habitat humano, de las condiciones ambientales de la vida social; en síntesis, de la calidad de la vida.

La progresiva urbanización del planeta lleva consigo consecuencias contradictorias.

Por una parte, la transformación de las condiciones de la vida rural tradicional a través del desarrollo urbano ha implicado un cierto aumento en el nivel de vida de gruesas fraccio-

nes de la población humana: mejores viviendas, servicios públicos, salud, cultura; pero, por otra parte, y pese a este significativo mejoramiento de las condiciones materiales de la existencia social, últimamente la calidad de la vida en los centros metropolitanos ha comenzado a descender.

Las ventajas del progreso técnico, al igual que Janus, el Dios de Occidente, en la mitología griega tiene dos (2) caras:

Una la riqueza material; la otra el despilfarro de recursos naturales y de energía y por supuesto la contaminación atmosférica, la contaminación de las aguas, el ruido, los desechos industriales, la basura en general y en fin la creciente neurosis colectiva que se palpa en las principales metrópolis del mundo civilizado.

3. *La realidad ambiental en Venezuela*

¿Qué sucede en Venezuela y en la mayoría de los países de América Hispana?

Estos países presentan dos suertes o clases de problemas ambientales, a saber:

a) En primer lugar, problemas inherentes a las prácticas económicas y sociales tradicionales vinculadas a la estructura de tenencia de la tierra (Latifundio-minifundio).

Prácticas tales como quemas (las quemas que realizan los campesinos con la mágica creencia de que con ello se producen mejores cosechas), talas, deforestaciones, incendios, cultivos inadecuados para la capacidad agrológica y ecológica de los suelos.

Como resultado de estas prácticas en Venezuela, sólo quedan dos millones de hectáreas de suelos de buena calidad para la agricultura.

b) A estos problemas ambientales tradicionales, se ha añadido en los últimos treinta años, en virtud del modelo económico de industralización aplicado por el Estado, es decir, el desarrollismo capitalista, una nueva categoría de problemas ambientales.

Me refiero a la marginalidad en las grandes ciudades, hecho típico de todos los países de América Hispana y del Brasil. El 50% de la población del área metropolitana de Caracas vive en espacios marginales, así denominados por no estar integrados a la ciudad desde el punto de vista de la funcionalidad de la vida urbana (servicios públicos, etc.). Caracteriza este habitat la existencia de viviendas insalubres, e inseguras, la inexistencia de servicios de agua potable, alcantarillado, de hospitales, de escuelas; en fin, más de la mitad de la población de nuestra ciudad capital vive una vida reñida con las condiciones mínimas de existencia, cuando se piensa en la dignidad del hombre, en la dignidad de la persona humana.

El otro problema ambiental que ha creado ese modelo de desarrollo por el uso de tecnologías contaminantes en el proceso productivo; tecnologías abandonadas en los países desarrollados y transferidas a los nuestros, es la contaminación industrial que afecta a las aguas y a la atmósfera. La acumulación de desperdicios y basura es un problema nacional. Tenemos aldeas sin escuelas, pero con basureros donde acumulan latas de cerveza y refrescos.

Un salvaje proceso de urbanización que ha invertido en 70 años la relación proporcional entre las poblaciones rurales y las poblaciones urbanas, pues, en ese tiempo de un 30% de habitantes en los centros urbanos y un 70% en las zonas rurales, hemos pasado hoy más del 70% de la población que vive en áreas urbanas con el consiguiente abandono del campo, descenso de la producción agrícola y desarraigo cultural. Un urbanismo que además ha destruido paisajes y ha hecho al hombre enemigo de sí mismo.

La preocupación en torno al origen de estos problemas expuestos de forma sintética, y, la necesidad de su solución, ha conllevado, a partir fundamentalmente de la conferencia de Estocolmo en la década de los años 70, en la mayoría de los países, tanto los llamados desarrollados, como los nuestros, en vías de desarrollo, la creación de una nueva dimensión en la política: se trata de la política ambiental y, para ello, se ha procedido a crear organismos administrativos tanto a nivel de los gobiernos centrales (Ministerios como el caso de la Repú-

blica Francesa y de la República de Venezuela) como a nived de entidades descentralizadas, tal es el caso de agencias descentralizadas en otros sistemas políticos administrativos (EE.UU.), y a dotar al Estado y a la sociedad de instrumentos jurídicos adecuados. Surge, entonces, el derecho ambiental como una rama novedosa del ordenamiento jurídico, cuyo objetivo es atemperar en una primera tapa una crisis: la del hombre con su entorno; pero que en una etapa posterior debe plantearse algo más profundo: un nuevo sistema de relaciones entre el hombre y la naturaleza para lograr que la vida perdure en el planeta.

II. *EL DERECHO AMBIENTAL Y LAS RELACIONES SOCIEDAD Y NATURALEZA EN EL MUNDO CONTEMPORANEO*

1. *Aproximación a la noción de Derecho Ambiental.*

El Derecho Ambiental es una nueva tendencia jurídica que tiene como objeto la consagración de normas jurídicas, de reglas y de institcciones, cuya finalidad es la conservación del medio natural, el aprovechamiento científico y planificado de los recursos naturales, y en definitiva el establecimiento de nuevas relaciones sociedad-naturaleza, hombre-habitat social, mediante la aplicación de un política de ordenamiento y de distribución de la población y de sus actividades económicas en función de la calidad, ubicación, capacidad, e interrelación de los recursos naturales en el contexto del ambiente.

El Derecho Ambiental, en mi concepto, debe imponerse sobre reglas jurídicas tradicionales heredados de concepciones y de prácticas económicas-sociales que difícilmente pueden seguir manteniéndose en razón de sus desastrosos resultados para la organización equilibrada, armónica, y justa de la vida social y de las relaciones hombre-naturaleza.

Ahora bien, es interesante plantearnos cuúal es la función real del Derecho Ambiental, pues en definitiva el rol de la norma jurídica en la regulación de los procesos de intercambio entre sociedad y naturaleza depende de factores económicos, políticos, institucionales y culturales, que escapan al ámbito estrictamente jurídico.

2. *Factores que determinan la estructura y dinámica del Derecho Ambiental.*

a) *Factor Económico y Derecho Ambiental.*

Es indispensable analizar el sistema productivo de cada sociedad: su tipo, sus características, los modos de producción dominantes, si se trata de un régimen capitalista, neo capitalista, socialista, o como en nuestra paradójica realidad de un régimen capitalista dependiente, en el cual coexisten distintos modos de producción que se contradicen.

Es indudable la influencia de la estructura económica sobre los sistemas de aprovechamiento de la naturaleza y sus recursos, y por supuesto, sobre la política ambiental que el Estado ensaya aplicar, y en última instancia sobre el derecho como instrumento de esta política. Así, por ejemplo, en el régimen jurídico-económico venezolano la naturadeza es concebida fundamentalmente como simple conjunto de cosas que no tienen relación entre sí.

El Código Civil de 1942, napoleónico, descompone la naturaleza en bienes, objetos susceptibles de apropiación patrimonial: cosas muertas. No es la naturaleza entendida como una unidad orgánica, sino más bien algo que vale en cuanto es apropiado dentro del proceso permanente de intercambio de bienes y mercancías en el mercado.

Para esta estructura económica existe un derecho que ampara las relaciones de producción: el derecho de propiedad.

El Código Civil en su artículo 549 consagra la propiedad del suelo la cual lleva consigo la apropiación de lo que se encuentre encima de da superficie, y de todo lo que exista debajo de la tierra con las excepciones establecidas en leyes especiales.

Este conjunto de cosas muertas que no tiene conexión entre sí, constituye uno de los factores de la producción dentro de la economía clásica. La naturaleza es simple factor de producción, y su consecuencia inmediata es que la naturaleza apa rece como el receptáculo natural y lógico de los desechos de las actividades económicas.

El sistema industrial dentro de la economía capitalista no entiende la nueva dimensión de la protección de la naturaleza, porque ésta sólo tiene valor como factor de producción y como espacio donde pueden depositarse y abandonarse todos los desechos del proceso productivo, es decir, aquello que no puede ser transformado en valor de cambio.

En Venezuela, los principales cuerpos de agua lacustres, los lagos de Valencia y de Maracaibo han sufrido en la práctica los resultados de esta concepción.

En definitiva, la naturaleza sólo vale en cuanto mercancía, es decir, que en la medida en que tiene valor de cambio, puede ser intercambiada por otra cosa y no en cuanto unidad orgánica. El perfil científico, estético y social de la naturaleza no existe para la concepción de la naturaleza-mercancía; y como mercancía los bienes naturales son objeto de transacciones patrimoniales. Nada tiene de extraño entonces la especulación inmobiliaria en las grandes ciudades, ni la apropiación de las costas y zonas litorales, ni la transformación de las tierras agrícolas en urbano-industriales, puesto que el suelo no vale de acuerdo a su capacidad agrológica, condiciones y limitaciones ambientales, sino únicamente de acuerdo con la rentabilidad individual en la relación de tenencia y apropiación de una categoría jurídica "Los Propietarios".

En un sistema de este corte, los nuevos criterios en torno a la protección del ambiente como objeto de tutela jurídica, y los nuevos criterios en relación a los derechos colectivos, a los derechos de la colectividad, para la conservación, defensa y mejoramiento del habitat, funcionan con bastante dificultad, todo conspira para impedir la efectiva protección del ambiente y el uso procesal de los recursos naturales. El afán de lucro apreciera ser más fuerte que el amor a la vida y el propio impulso de auto conservación.

Nuestro sistema judicial qu eampara esencialmente los derechos nacidos de las relaciones de producción, no contempla la protección de derechos que no tengan contenido patrimonial. De allí que la jurisprudencia se resista a darle cabida a acciones tendientes a proteger determinados espacios por lo que éstos valen en sí, desde el punto de vista científico y social, pues sólo se entiende la protección del ambiente cuando se concreta

un daño efectivo a derechos patrimoniales individuales (únicamente cuando la imposibilidad de apropiarse o de usar un recurso se manifiesta por virtud de la degradación causada por un tercero, nuestro sistema juicial actúa).

Es importante tener en cuenta este aspecto de la realidad social (la estructura económica) para comprender las limitaciones y los obstáculos del derecho ambiental.

b) *Factor Político-Institucional y Derecho Ambiental.*

Asimismo, el derecho ambiental forma parte del factor político-institucional de una sociedad. El derecho en general es la forma social por excelencia en las sociedades modernas. Desde que una comunidad pierde la solidaridad primitiva para convertirse en sociedad urbana, se dislocan los lazos primarios, y frente a un conglomerado de individuos que ya no tienen nexos espontáneos, surge el derecho como articulador de voluntades, como elemento artificial de integración social.

Por ello el derecho es esencialmente la forma social, el elemento mediante el cual la sociedad se organiza.

El Régimen Político influye, sin duda alguna, sobre la norma jurídica-ambiental y sobre la función que ésta pueda cumplir en la defensa, conservación y mejoramiento del entorno.

En este sentido, es oportuno tomar en cuenta los aspectos siguientes:

Las características globales del sistema político, si se trata de un régimen democrático con sus variantes, o de un régimen dictatorial.

La Democracia con sus exigencias de participación en la formación de la voluntad política del Estado requiere de instrumentos de organización popular. Los partidos políticos y los distintos grupos de presión, son medios utilizados por la sociedad en los regímenes democráticos para influir en las decisiones del poder público. Por ejemplo, con relación al ambiente en el régimen político venezolano existe en la actualidad un factor importante de presión. Se trata de las Juntas para la Conservación Ambiental, organizaciones populares que luchan, presionan, manifiestan a favor de la protección de la naturaleza; pero también existen factores contradictorios: los grupos

de industriales y de urbanizadores también se asocian, no para defender a la naturaleza, sino para seguir utilizándola con propósitos mercantilistas de acumulación.

Igualmente, en la constitución de la norma ambiental influye la forma de Estado; si se trata de Estado unitario descentralizada o por el contrario con una fuerte tendencia hacia la concentración de funciones y actividades en el poder central; si se trata de un Estado Federal, etc. La manera como se organiza la administración pública y como se artícula en el sistema de gobierno, influye considerablemente en esta materia.

La estructura creada para aplicar en el seno del Estado la política ambiental, funciona en un universo administrativo, de allí que los problemas, las limitaciones y las fallas del sistema administrativo y de gobierno, sean también los problemas, las fallas y las limitaciones de la organización administrativa para la defensa y protección del ambiente.

En la mayoría de los Estados contemporáneos, las prácticas administrativas y la concepción clásica del Estado, no favorece la existencia de Instituciones dedicadas a la protección ambiental.

La ordenación del terirtorio como medio o instrumento de la política ambiental choca con administración tradicional del territorio.

El Estado Nacional organizado bajo modelos del Siglo XVI y XVII, concibe el territorio como algo estático, un espacio para distribuir potestades, para ejercer jurisdicciones.

El Feudalismo administrativo obstaculiza los planes de ordenación territorial, cada nivel o instancia administrativa nacional, regional, local, maneja su espacio administrativo su circunscripción como antaño, el Sr. Feudal su feudo. Administración de compartimentos estancos.

El territorio no puede seguir siendo administrado, bajo estas prácticas administrativas; una cuenca hidrográfica, por ejemplo, no puede ser administrada en función de los límites político-administrativo de las distintas competencias territoriales que se superponen o sobreponen; una cuenca es una unidad ambiental, una unidad de planificación, una unidad de aprove-

chamiento, una unidad en la cual se produce un fenómeno único: el ciclo hidrológico. Una cuenca sólo debe ser administrada por una autoridad única, autoridad de cuenca; por ello es que al lado de los espacios administrativos tradicionales, con el derecho ambiental ha surgido una nueva forma de administrar el territorio, se trata aquí, de lo que en Venezuela llamamos como *"áreas bajo regímenes especiales de administración"* o *"espacios sometidos a regímenes especiales de regulación del suelo"*, ejemplos: Parques Nacionales, Zonas Protectoras, Reservas Forestales y otros sistemas especiales de administración.

La forma de gobierno influye también en el Derecho Ambiental si se trata de Gobierno Presidencialista como el nuestro en Venezuela, con sus peculiaridades o si es un sistema parlamentario o intermedio semipresidencialista la V República Francesa.

En el sistema de Gobierno Venezolano, el Derecho Ambinetal dada las características del presidencialismo *es un derecho fundamentalmente reglamentario.*

A partir de una Ley Cuadro o Ley Marco, es el Jefe del Estado quien a su vez es Jefe del Gobierno, el órgano que desarrolla mediante reglamentos, los principios rectores contenidos en la Ley Orgánica del Ambiente. Por ejemplo, en los Artículos 19 y 20 de esta Ley, cuando se lleva a categoría jurídica el control de las actividades suceptibles de degradar el ambiente, es al Poder Ejecutivo Nacional al que corresponde realizar ese control por intermedio de la potestad administrativa reglamentaria.

c) *Factor Socio-Cultural y Derecho Ambiental.*

Igualmente el factor socio-cultural influye sobre el Derecho Amibental: la estructura social imperante, los conflictos de clases, el grado de integración social de la población. Para entender esto me voy a referir a un ejemplo: El grave problema de la desintegración social en las ciudades latinoamericanas. Cómo se explica ese fenómeno si no es a través de la presencia de un conflicto social en torno a la ocupación del espacio.

El área metropolitana de Caracas, por referirme a un es pacio conocido, presenta un estado de destrucción y de dete-

rioro ambiental expresado tanto en la modificación nociva de recursos naturales: (suelo, flora o capa vegetal, agua) y condiciones naturales (topografía, paisajes, clima), como del habitat social (contaminación del aire, ruido, basura, malos olores y, por supuesto, neurosis colectiva).

Esto es, en mi criterio, la reproducción en el espacio de las relaciones que genera una determinada estructura social. Es por esa razón que existen cuatro (4) espacios urbanos ocupados en función de la estructura social imperante.

En primer lugar: el espacio ocupado por la alta burguesía de la Banca o sector Financiero, del sector Comercial e Industrial. ¿Cuáles son las características de este espacio? Presenta calidad en el habitat, amplias zonas verdes, parques, jardines, espacios para la recreación, baja densidad poblacional, protección policial, seguridad en otros términos, dotación ininterrumpida de servicios públicos esenciales: agua, electricidad, aseo urbano. Este es el caso de urbanizaciones tales como: La Lagunita Country Club, El Country Club y Valle Arriba.

En segundo lugar: el espacio de la mediana burguesía, formada por profesionales liberales, ejecutivos y altos empleados del gobierno central, ejecutivos de las empresas privadas, aquí ya aparece una lucha social por el espacio, existen conflictos en torno a su uso, los vecinos se han asociado en organizaciones, *las Asociaciones de Vecinos,* para defender las plazas y parques, para proteger el uso recreacional de estos espacios frente a los grupos financieros y gestores de la Industria de la Construcción que utilizan los Concejos Municipales para cambiar el ordenamiento local relativo a la zonificación espacial. Se presentan problemas de seguridad y de servicios y comienza a despertarse una conciencia de clase; hay un virtual enfrentamiento entre las comunidades de vecinos y las autoridades locales.

En tercer lugar: encontramos el espacio habitado por la *pequeña burguesía* y obreros especializados: urbanizaciones obreras, allí prácticamente no hay zonas verdes, ni protección policial y los servicios públicos, tales como: abastecimiento de agua y recolección de basura son constantemente interrumpidos.

En último y cuarto lugar: el espacio marginal ocupado por desempleados y subempleados y que se caracteriza por la exis-

tencia de viviendas precarias en zonas peligrosas o riesgosas en colinas o al borde de las fuentes de agua superficiales que corren por la ciudad (quebradas). Caracteriza a este habitat, la insalubridad, la criminalidad, la falta de servicio y ni hablar de zonas verdes y espacios para la recreación.

Es evidente que la política ambiental y el derecho ambiental no pueden desconocer a la organización social imperante reproducida en las formas de ocupación del espacio.

Igualmente debe tomarse en cuenta el tipo de cultura predominante, el sistema de creencias, mitos, representaciones y valores en torno al hombre, la naturaleza y las relaciones entre estos dos términos. Debemos aquí diferenciar entre ideología ambiental y cultura ambiental.

Entendemos por ideología ambienta, el conjunto de representaciones socio-culturales, que el sistema social a través del aparato ideológico, fundamentalmente los medios de comunicación audiovisual (cine y televisión), inculcar en los miembros de la sociedad, para justificar un determinado sistema de relaciones sociedad-naturaleza. Ejemplo: Para la estructura económica imperante la naturaleza es mercancía y se le trata como mercancía en las relcaiones de producción y como mercancía aparece desde el punto de vista ideológico en las representaciones socio-culturales. Así, en las promociones publicitarias, inmobiliarias se presentan mensajes como este: "Disfrute del Mar a través de una inversión en...", no se trata de disfrutar de manera directa o espontánea de la naturaleza no pues ésta no tiene dimensión estética, ni biológica, ni por supuesto es organismo viviente; se trata única y exclusivamente de inducir a la población a adquirir en propiedad una fracción del espacio y de forma hipócrita se le dice: "Disfrute del mar", pero no puede disfrutar del mar, porque su problema es esencialmente adquirir un pedazo de la naturaleza-mercancía. Esta es la función de la ideología, como instrumento justificador, legítimamente de las relaciones concretas del hombre con el medio. Por el contrario, *cultura ambiental, sería el proceso educativo tendiente a crear una nueva ética frente a la naturaleza una ética ecológica, en la cual la naturaleza deje de ser simple mercancía cosa u objeto inerme, para convertirse en una*

entidad digna de respeto y de protección por ser la base misma de la existencia humana.

Todos estos factores confluyen para darle fisonomía al derecho ambiental de acuerdo con las características de cada sociedad en concreto.

3º) *Las distintas orientaciones en materia de Política y Derecho Ambiental.*

En términos generales podemos sintetizar en tres las concepciones relacionadas con la función en la conservación, defensa y mejora del ambiente, en la forma siguiente, a saber:

2º) *La concepción liberal clásica:* dejar hacer y dejar pasar; el daño ambiental como consecuencia irremediable; el precio a pagar por el progreso, por el desarrollo económico.

En Estocolmo el representante de Brasil habló del derecho a contaminar, evidentemente que esta actitud ha variado en los últimos años.

2º) *Existe otra postura la Neo-liberal:* Plantea la necesidad de corregir los daños ambientales, pero sin cuestionar las bases del sistema económico y de la ideología dominante. Se traduce en normas de control de contaminación a partir del llamado daño tolerable o límites permisibles de degradación ambiental.

La mayoría de los países que cuentan con política ambiental está en este estadio.

3º) Pero hay una tercera posibilidad: que es la que nos anima, El Eco Desarrollo PHILLIPPE SAINT MARC en un extraordinario libro "Socialización de la Naturaleza", plantea las bases de esta postura, que implica cambiar a fondo el sistema de relaciones sociedad-espacio; más ello requiere modificar la estructura económica y la función del Estado como agente que debe promover como meta primaria la calidad de la vida. Para esta concepción no es suficiente con una legislación de bases técnicas que controle los factores contaminantes del ambiente.

Para esta postura a largo plazo, y por intermedio de reformas radicales en la organización económica y en el ordenamiento jurídico, se debe buscar una nueva sociedad.

CONCLUSIONES

Las normas sobre política ambiental, desde nuestro punto de vista, comprende el conjunto de disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias que fijan los principios rectores de la política ambiental a desarrollar por parte del Estado a través de la organización administrativa competente, así por ejemplo: en la Constitución de Venezuela, el artículo 106 dispone:

> "El Estado atenderá a la defensa y conservación de los recursos naturales de su territorio y dirigirá la explotación de los mismos para beneficio colectivo de los venezolanos".

Igualmente la Ley Orgánica del Ambiente es una Ley de política, en otras palabras contiene fundamentalmente principios y directrices.

2º) *La otra gran categoría del derecho ambiental, serían las normas sobre administración ambiental, por supuesto me refiero al derecho ambiental interno, que comprende el conjunto de disposiciones legales y reglamentarias que crea, organiza e implementa y aplica los medios administrativos indispensables para llevar a hechos concretos los objetivos de la política ambiental, estos medios son, entre otros: la ordenación del territorio,* es decir, la planificación de los procesos de urbanización, industrialización, poblamiento, desarrollo agrícola, desarrollo energético y desconcentración económica en función de los valores del ambiente, es decir, de acuerdo con la capacidad, característica, condiciones y limitaciones ecológicas específicas de los suelos, bosques, agua, flora, fauna, clima, paisaje y demás recursos ambientales, de modo que se logre el máximo equilibrio posible, entre la sociedad y la naturaleza y que el impacto de la actividad humana sobre el medio natural y social no produzca daños irreversibles.

En el derecho ambiental venezolano se establece un sistema jerarquizado de planes sobre ordenamiento del territorio, cuya máxima expresión es el plan nacional del ambiente.

Además de la ordenación del territorio, otra categoría está constituida por aprovechamiento racional de los recursos naturales, tanto continentales como marinos en función de los valores del ambiente, lo cual debe lograrse a través del sistema de *autorizaciones ambientales integrales que incluye el novedísimo procedimiento del estudio de impacto que significa una radical transformación de los permisos y autorizaciones tradicionales del derecho y de la práctica administrativa.*

Igualmente para el derecho ambiental este aprovechamiento debe hacerse en función de planes de manejo y no en función de la autorización sectorial tradicional muy ligada a la propiedad sobre el suelo y que no toma en cuenta las características de integración de los ecosistemas.

Igualmente forma parte de esos medios administrativos la *creación, protección, conservación y mejoramiento de parques nacionales, monumentos naturales, zonas protectoras, reservas de regiones vírgenes, reservas forestales, zonas de aprovechamiento agrícola, reservas, refugios y santuarios de fauna silvestre, parques de recreación a campo abierto o de uso intnesivo, zonas verdes urbanas, reserva de biósfera y otros espacios sujetos a regulación especial en beneficio del equilibrio ecológico y del bienestar colectivo.*

Igualmente el control de las actividades suceptibles de degradar el ambiente tales como las que directa o indirectamente contaminen los fondos marinos, el suelo y el subsuelo o incidan desfavorablemente sobre la fauna y la flora, ocasionen alteraciones nocivas a la topografía, deterioren el paisaje, produzcan ruidos molestos, radiaciones ionizantes, modifiquen el clima, este control a través de reglamentaciones técnicas es otro de los medios administrativos de la política ambiental.

Por último, la aplicación de medidas de seguridad de interés público por el nuevo tratamiento que se le dá a la naturaleza como unidad orgánica y, en fin, por su dinámica.

Creo que con estas explicaciones quedan abiertas aún más las interrogantes que nos plantea esta novedosa rama del ordenamiento jurídico que en otras oportunidades la he llamado como el "DERECHO QUE TIENE POR OBJETO ASEGURAR LA VIDA SOBRE EL PLANETA".

OFERTA REAL ARRENDATICIA

Hermes Harting R.

Profesor de Derecho Civil.

SUMARIO

1. — Disposición Legal. 2. — Naturaleza jurídica de la oferta real arrendaticia. 3. — Procedimiento pautado en el Decreto legislativo sobre desalojo de Viviendas para efectuar la consignación arrendaticia. 4. — La liberación del Arrendatario: Criterios Doctrinarios y Jurisprudenciales acerca de los requisitos inherentes a la misma. 5. — Conclusiones.

Capítulo I

DISPOSICION LEGAL

La Oferta Real Arrendaticia se encuentra consagrada en el artículo 5º del vigente Decreto Legislativo sobre Desalojo de Viviendas, sancionado en 1947, que expresa:

"Cuando el arrendador de un inmueble rehuse recibir el pago de la pensión de arrendamiento vencida, podrá el arrendatario consignarla, dentro de los quince días siguientes a su vencimiento, en el Juzgado de Parroquia o Municipio de la ubicación del inmueble; y, en escrito dirigido al Juez, expresará el nombre, apellido y domicilio del que hace la consignación y de la persona a cuyo favor se hace, las referencias del inmueble y del contrato de arrendamiento, así como el monto de la pensión y la causa por la cual se consigna. El Juez dará al interesado comprobante de la entrega".

"Dentro del plazo de cinco días a contar de la consignación, el Juez notificará al arrendador, por medio de boleta, del

UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO

REVISTA

DE LA

FACULTAD DE DERECHO

AÑO LECTIVO 1981 - 1982

No. 32

CARACAS VENEZUELA

LEGISLACION COMENTADA

OFERTA REAL ARRENDATICIA

Hermes Harting R.

Profesor de Derecho Civil.

SUMARIO

1. — Disposición Legal. 2. — Naturaleza jurídica de la oferta real arrendaticia. 3. — Procedimiento pautado en el Decreto legislativo sobre desalojo de Viviendas para efectuar la consignación arrendaticia. 4. — La liberación del Arrendatario: Criterios Doctrinarios y Jurisprudenciales acerca de los requisitos inherentes a la misma. 5. — Conclusiones.

Capítulo I

DISPOSICION LEGAL

La Oferta Real Arrendaticia se encuentra consagrada en el artículo 5º del vigente Decreto Legislativo sobre Desalojo de Viviendas, sancionado en 1947, que expresa:

"Cuando el arrendador de un inmueble rehuse recibir el pago de la pensión de arrendamiento vencida, podrá el arrendatario consignarla, dentro de los quince días siguientes a su vencimiento, en el Juzgado de Parroquia o Municipio de la ubicación del inmueble; y, en escrito dirigido al Juez, expresará el nombre, apellido y domicilio del que hace la consignación y de la persona a cuyo favor se hace, las referencias del inmueble y del contrato de arrendamiento, así como el monto de la pensión y la causa por la cual se consigna. El Juez dará al interesado comprobante de la entrega".

"Dentro del plazo de cinco días a contar de la consignación, el Juez notificará al arrendador, por medio de boleta, del

acto de la consignación, indicando en ella las enunciaciones requeridas en el párrafo anterior y expresado que la suma consignada está a su orden y disposición".

"En virtud de la consignación legítimamente efectuada, se considerará el arrendatario en estado de solvencia; a los efectos de la consignación todas las acusaciones del Juzgado serán libres de derechos y emolumentos y exentas del Impuesto de papel sellado y estampillas".

Capítulo II

NATURALEZA JURIDICA DE LA OFERTA REAL ARRENDATICIA

De acuerdo al análisis de la estructura jurídica en lo referente a las distintas formas o modos de extinción de las obligaciones, debemos concluir forzosamente en el carácter de pago, ostentando por la consignación arrendaticia.

En efecto, en las fuentes romanas, prístino origen de nuestro Derecho de Obligaciones, se encuentran clasificados los modos de extinción de las obligaciones en dos tipos: Ipso Iure y Exceptionis Ope.

Las formas Ipso Iure se tipifican por producir la extinción absoluta, definitiva e irrefragable del derecho del acreedor, mientras que las Exceptionis Ope se caracterizan por enervar, paralizar temporalmente, a través del recurso de la excepción, la acción del acreedor.

Son medios Ipso Iure: La Acceptilatio (Pago en materia de obligaciones verbales), el Pago, la Novación, la Confusión, la Pérdida de la Cosa debida y el Mutuo Disentimiento.

Son medios Exceptionis Ope: La Compensación, el Pacto denon petendo (Remisión de la deuda), la Capitis Deminutio, la Transacción y la Prescripción liberatoria.

Dentro de tal marco jurídico se concibe el pago, de una forma general, como el cumplimiento de cualquier prestación

(dar, hacer o no hacer), y de un modo especial como la entrega de una suma de dinero adeudada al acreedor.

Sin embargo, para que el pago produjera el efecto deseado: extinción definitiva de la obligación, era menester el cumplimiento de un conjunto de requisitos ínsitos a su validez, cuales eran: Capacidad de las partes; entrega al acreedor o a su legítimo representante; identidad e integridad de la prestación; época del pago y lugar del mismo.

Para el supuesto de que el acreedor rehusare el pago, o estuviere ausente al vencimiento de la prestación, sin existir otra persona autorizada para recibirlo, y a los fines de la protección del deudor, el ordenamiento civil romano creó la figura del PAGO POR CONSIGNACION.

..."Podía ocurrir también que, disponiéndose el deudor a verificar el pago, no pudiera éste realizarse por ausencia del acreedor, que no hubiere dejado representante con poder suficente, o por negarse el mismo acreedor a recibirlo. En tal caso, el deudor podía hacer ofertas reales de pago al acreedor, y si se negara a aceptarlo, consignar la suma o cosa ofrecida, o consignarla directamente en caso de ausencia del acreedor".

"Otra hipótesis en que procedía la consignación eran la del acreedor desconocido y la del acreedor incapaz que no tuviera representante a quien pudiese hacerse el pago".

"Consignar significa depositar la cosa debida en un templo, en casa de los banqueros o cambistas (argentarii et mensularii) o en algún otro lugar designado por el juez a tal efecto, y si se trata de inmuebles, colocarlos en secuestro".

"La consignación presentaba para el deudor la ventaja de producir los mismos efectos que el pago, pues lo liberaba extinguiendo la deuda con sus accesorios, siempre que ella reuniera todos los requisitos necesarios para un pago válido".

"Sin embargo, mientras el acreedor no se hubiera hecho cargo de las cosas consignadas, el deudor podría retirarlas, en cuyo caso la obligación renacía con todas sus consecuencias".

"Si el deudor se limitaba a hacer ofertas reales de pago al acreedor, sin consignar, no se liberaba, pero se producía la

mora accipiendi vel creditoris, de la cual resultaban, para él, las siguientes ventajas:

a) Dejaban de correr los intereses que devengara la obligación.

b) Los riesgos a que el objeto de la prestación se hallaba expuesto corrían, desde ese momento, por cuenta del acreedor, aun cuando se tratara de cosas determinadas sólo por su género o cantidad (genus aut quantitas), ya que las ofertas reales de pago tenían la virtud de individualizarlas...".

(Curso de Derecho Romano. José M. Caramés Ferro. 7ª Edición. Editorial Perrot. Buenos Aires, 1958). Págs. 477-478.

En nuestra estructura jurídica obligacional, y cristalizados en el marco legal (Libro Tercero - Título III - Capítulo IV - Código Civil 1942), existen los siguientes modos de extinción: El Pago, la novación, la Remisión de la Deuda, la Compensación, la Confusión y la Pérdida de la Cosa Debida.

Del examen de tal descripción, y su comparación con el antecedente romano, es de inconcusa afirmación la desaparición de la Acceptilatio y la Capitis Deminutio por ser figuras inherentes a un determinado período histórico en el marco civil romano.

En relación a la Transacción, nuestro legislador prefirió ubicarla dentro de los contratos (Libro Tercero - Título XII) - Art. 1.713: "La transacción es un contrato..." a pesar de que en el verdadero sentido técnico jurídico romano, si bien es cierto que consiste en finalizar un negocio dudoso o que está en litigio, mediante una convención con recíprocas renuncias, también lo es que, al referirse a una obligación, su finalidad es la extinción del crédito respectivo, por lo cual debería enmarcarse dentro del título y capítulo correspondiente a las formas de extinción de las obligaciones.

En cuanto a la Prescripción, creemos que nuestro legislador prefirió ubicarla en el Título XXIV del señalado Libro Tercero del Código Civil, con la intención del tratamiento con-

junto de los dos tipos que la informan: Adquisitiva y Extintiva, lo cual no desmedra el carácter liberatorio de obligaciones poseido por el segundo tipo, y asentado por el mismo legislador... Art. 1.952 "La prescripción es un medio de adquirir un derecho o de LIBERTARSE DE UNA OBLIGACION (Mayúsculas nuestras), por el tiempo y bajo las demás condiciones determinadas por la ley".

De todas formas, el tratamiento de la Transacción y Prescripción liberatoria como modos de extinción de las obligaciones es perfectamente factible, a pesar de no estar ubicados en el capítulo correspondiente del Código Civil, por razón de lo estatuido en el artículo 1.282 eiusdem: "Las obligaciones se extinguen por los medios a que se refiere este Capítulo y POR LOS DEMAS QUE ESTABLEZCA LA LEY (Mayúsculas nuestras)"...

Sentadas las premisas anteriores, es conveniente advertir la existencia, en nuestro ordenamiento jurídico civil, de la oferta real y del depósito, en la sección correspondiente al Pago (Libro Tercero - Título III - Capítulo IV - Sección Primera - Nº 4 - Código Civil), y con similares antecedentes a los estudiados en las fuentes romanas.

Así, según reza el artículo 1.306 del vigente Código Civil: "Cuando el acreedor rehusa recibir el pago, puede el deudor obtener su liberación por medio del ofrecimiento real y del depósito subsiguiente de la cosa debida".

"Los intereses dejan de correr desde el día del depósito legalmente efectuado, y la cosa depositada queda a riesgo y peligro del acreedor".

Las restantes normas (Artículos 1.307 a 1.313) establecen los requisitos de validez de la oferta y el depósito, las circunstancias en que el deudor puede retirar aquel, las implicaciones de dicho retiro, la forma de depositar objetos determinados, que se deben entregar en el lugar donde se encuentran, bienes inmuebles, y la condición necesaria para la validez de la oferta y el depósito.

En relación al último requisito es conveniente destacar, a tenor de lo preceptuado en el artículo 1.311 eiusdem, que la validez de la oferta y el depósito deben inexorablemente sur-

gir de una sentencia, con autoridad de cosa juzgada, que los declare buenos, y por ende válidos.

Así, una adecuada interpretación del encabezamiento del artículo 5º del Decreto Legislativo sobre Desalojo de Viviendas, al expresar:

"Cuando el arrendador de un inmueble rehuse recibir el pago de la pensión de arrendamiento vencida, podrá el arrendatario consignarla...", arroja la inexorable conclusión de la intención del legislador de consagrar la figura del pago por consignación, cuya naturaleza, requisitos y procedimientos se determinaron previamente, en el caso de negativa del arrendador a recibir el monto de la pensión arrendaticia adeudada y no la creación DE UNA FIGURA AUTONOMA DENOMINADA CONSIGNACION ARRENDATICIA.

Capítulo III

PROCEDIMIENTO PAUTADO EN EL DECRETO LEGISLATIVO SOBRE DESALOJO DE VIVIENDAS PARA EFECTUAR LA CONSIGNACION ARRENDATICIA

De acuerdo al enunciado del citado artículo 5º del Decreto Legislativo sobre Desalojo de Viviendas, el procedimiento para efectuar la consignación arrendaticia presenta la siguiente secuencia:

1. Escrito emanado del arrendatario y dirigido al Juez de Parroquia o Municipio del lugar donde esté situado el inmueble.
2. Datos inherentes al nombre, apellido y domicilio del arrendatario y del arrendador o persona autorizada para recibir el canon de arrendamiento en nombre de aquel, los cuales deben constar en el mencionado escrito.
3. Referencias del inmueble arrendado y el contrato de arrendamiento; monto de la pensión arrendaticia, la cual deberá ser consignada dentro de los quince (15)

días siguientes a su vencimiento y causa de dicha consignación (negativa del arrendador a recibirla).

Un primer análisis del procedimento referido y su comparación con el sustanciado para la oferta real y depósito, tipificado adjetivamente en el Código de Procedimiento Civil, artículos 689 al 697 inclusive, determina las diferencias señaladas a continuación:

A) La oferta real, como lo indica su nombre, comienza con escrito dirigido por el solicitante, presunto deudor, a cualquier juez territorial, en el cual deberá expresarse el nombre, apellido y domicilio del acreedor, la especificación DE LAS COSAS QUE SE OFREZCAN (Mayúsculas nuestras) y la causa o razón del ofrecimiento.

Así pues, de la cita anterior es claramente discernible que se requiere un ofrecimiento, a través de solicitud hecha por el obligado al órgano judicial, para el inicio de la oferta real.

En cambio. el procedimiento de la consignación arrendaticia, como lo expresa su denominación, omite tal ofrecimiento, pautándose directamente el depósito de la cosa ofrecida, verbigracia el monto del canon de arrendamiento adeudado.

B) La oferta real requiere, después de la presentación del escrito supramencionado, la .... "constitución del Tribunal en la casa o residencia del acreedor para hacerle el ofrecimiento (Artículo 689 in fine Código de Procedimiento Civil), el levantamiento de un acta conteniendo las menciones requeridas en el artículo 690 eiusdem, y en el supuesto de negativa de aquel a aceptar la oferta o su ausencia en el momento de la realización del acto, y previa entrega de copia de la citada acta, el órgano judicial ordenará el depósito del objeto ofrecido, transcurridos tres (3) días de la referida entrega.

Se colige que el procedimiento de la consignación arrendaticia obvia los trámites anteriores al iniciarse con el depósito de la pensión adecuada.

El resultado de la comparación efectuada determina palmariamente que la CONSIGNACION ARRENDATICIA se efectúa, por disposición del propio legislador en el Decreto Legislativo sobre Desalojo de Viviendas, a través de un procedimiento distinto al estatuido en el Derecho Adjetivo común para la Oferta Real y Depósito.

Capítulo IV

LA LIBERACION DEL ARRENDATARIO, CRITERIOS DOCTRINARIOS Y JURISPRUDENCIALES ACERCA DE LOS REQUISITOS INHERENTES A LA MISMA

El tratamiento de este Capítulo, debe comenzar necesariamente sentando una premisa de carácter fundamental:

¿SE LIBERA EL ARRENDATARIO CON EL PAGO EN CONSIGNACION EFECTUADO DE ACUERDO AL PROCEDIMIENTO PAUTADO EN EL ARTICULO 5º DEL DECRETO LEGISLATIVO SOBRE DESALOJO DE VIVIENDAS?

INDUDABLEMENTE NO, y la prueba de ello estriba en la propia expresión contenida en el encabezamiento del último aparte de la referida norma: ... "EN VIRTUD DE LA CONSIGNACION LEGITIMAMENTE EFECTUADA SE CONSIDERARA EL ARRENDATARIO EN ESTADO DE SOLVENCIA...".

Así como el pago, acorde a las directrices del Derecho Común, no libera al deudor por el hecho de efectuarse, si no cumple con los requisitos de validez, de igual manera la consignación arrendaticia no libera al arrendatario por la simple circunstancia de realizarse, a menos que sea legítima, vale decir acorde a los postulados consagrados en el enunciado artículo 5º y detallados en el Capítulo anterior.

En este sentido, no huelgan las referencias al Derecho Común, especialmente al enunciado procedimiento de oferta real y depósito, en el cual, después de haberse efectuado aquel, y entregándose una copia del acta al acreedor, se ordenará su

citación, para que comparezca, en un término de dos (2) audiencias a partir de aquella, a exponer las razones que pudiese ostentar en contra de la validez de la oferta y depósito efectuados. (Artículos 692, Aparte único y 693 del Código de Procedimiento Civil).

Esto supone el inicio de una fase contenciosa con la finalidad de dirimir la validez y eficacia de dicha oferta y depósito, con una secuencia contentiva de un lapso probatorio, y una decisión judicial al concluir éste, la cual, sí declara procedentes tal oferta y depósito, produce LA LIBERACION DEL DEUDOR CON EFECTOS RETROACTIVOS A LA FECHA DEL DEPOSITO. Artículos 693, Aparte único y 694 del Código de Procedimiento Civil).

Si el procedimiento de liberación descrito anteriormente corresponde a la oferta real y depósito preceptuados por el Derecho Común, ¿EXISTIRA UNA SECUENCIA ESPECIAL A LOS FINES DE LA CONSIGNACION ARRENDATICIA O SE APLICARA DICHO MECANISMO?

La probable respuesta a esta interrogante nos obliga, previamente, a efectuar consideraciones de tipo legal, doctrinario y jurisprudencial.

En efecto, si nos atenemos a lo dispuesto por el propio legislador, en el aparte primero del aludido Artículo 5º del Decreto Legislativo sobre Desalojo de Viviendas, que expresa: ... "Dentro del plazo de cinco días a contar de la consignación, el Juez notificará al arrendador, por medio de boleta, del acto de la consignación, indicando en ella las enunciaciones requeridas en el párrafo anterior y expresando que la suma consignada está a su orden y disposición...", debemos entender que con la mencionada notificación al arrendador, lo cual es obligación, carga, del órgano judicial, el legislador persigue la intención de que aquel comparezca a exponer las razones que tenga contra la validez de la consignación o, caso contrario, su aceptación de la misma, y por consiguiente el retiro de la suma depositada y cesación del procedimiento.

Sin embargo, el legislador no precisó la secuencia posterior del procedimiento en el supuesto de falta de notificación al arrendador, o su negativa a retirar el monto depositado, pro-

duciéndose un vacío que ha tratado de ser colmado mediante argumentos doctrinarios y jurisprudenciales.

En este sentido el esclarecido jurista ISAAC BENDAYÁN LEVY en su laureada obra "ESTUDIOS DE DERECHO INQUILINARIO", 2l Edición - Diciembre 1976 - Cromotip - Caracas - Páginas 361 y 362 expresa: ..."El jurista, como intérprete de la Ley, se encuentra ante dos procedimientos, relativos a la misma problemática, o sea, la liberación del inquilino de su deuda por alquileres ante la negativa del arrendador a recibirlos; procedimientos que son contradictorios y distintos; la ley especial se aplica con preferencia a la ley general en la materia de su especialidad, por consiguiente, en la parte cubierta por el legislador, relativa a inquilinato, debe aplicarse el Decreto sobre Desalojos, en lo no previsto, el Código de Procedimiento Civil".

"Los primeros pasos del procedimiento de consignación por el inquilino, debidamente reglamentados por el legislador, se regirán por consiguiente por la ley especial, pero si el acreedor rechazare la oferta, por cualquier motivo de orden legal que exponga, deberá dictarse una decisión por el Tribunal declarando expresamente la validez o nulidad del depósito. En esta materia de la decisión nada dispone el legislador constituyente, se limita a declarar que ... "En virtud de la consignación legítimamente efectuada, se considerará al arrendatario en estado de solvencia", pero guarda silencio respecto a la forma como el Juez puede determinar y declarar la legitimidad o ilegitimidad de la consignación, por la cual es preciso aplicar el ordenamiento procesal civil vigente, o sea, el artículo 694 del Código de Procedimiento Civil".

En resumen, el inquilino no puede obtener su liberación con la simple consignación de los alquileres ante el Juzgado; es necesario que se dicte una decisión declarando válida la consignación, para que esa sentencia pueda ser opuesta exitosamente al arrendador en un supuesto juicio de desalojo por insolvencia del inquilino. La gratuidad del procedimiento y la exención de los impuestos de papel sellado y estampillas, por ser de orden público, debe ser respetada y aplicada por el Tribunal. Admitir que la simple consignación de los alquileres por el inquilino lo constituye "en estado de solvencia", podría

conducir al absurdo de que esa liberación resultare de un pago insuficiente, o de que fuera hecha por una persona que ocupa ilegalmente el inmueble, o que siendo arrendatario efectivo, el contrato haya expirado por el vencimiento del término, y el arrendador no desee aceptar el pago de alquileres por precisar el inmueble para hacerlo demoler u ocuparlo él mismo o alguno de sus parientes consanguíneos hasta el segundo grado...".

Por lo tanto, de acuerdo al criterio del Dr. BENDAYÁN LEVY, se requiere una sentencia judicial declarando la validez de la consignación arrendaticia, efectuada por el deudor, para producir la liberación del mismo.

No obstante, es conveniente observar que tan autorizada opinión se refiere únicamente al caso de negativa del arrendador a retirar el monto depositado, lo cual supone irrefragablemente que se ha efectuado su notificación, abriéndose una especie de fase contenciosa, a semejanza de lo pautado en el Derecho Común, hasta la dilucidación de la validez o no de la consignación, por vía de decisión judicial.

Este mismo criterio fue sustentado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil - Mercantil y del Trabajo, en sentencia dictada en fecha Primero (1º) de Abril de 1965, de acuerdo a los argumentos expuestos a continuación:

..."En el presente caso, según consta de la recurrida y de las propias exposiciones de las partes, el demandado consignó por ante el Juzgado del Municipio Baruta la cantidad demandada, de lo cual fue notificado el actor, quien, a su vez, rechazó la oferta; y sostiene el Juez de la recurrida que, para establecer la extinción de la obligación, es necesario presentar el fallo del Juez declarando válida la oferta y el depósito, conforme a lo dispuesto por los artículos 693 y 694 del Código de Procedimiento Civil".

La Corte observa:

"En el procedimiento establecido en el Código de Procedimiento Civil para la oferta y el depósito, y conforme a los mencionados artículos 693 y 694, la liberación del deudor sólo se produce con la providencia del juez que declare la validez de aquéllos; pero se alega que tales previsiones que rigen la oferta y el depósito, como regla general en cuanto a toda clase

de obligaciones, no son aplicables en materia de arrendamiento, pues la oferta y depósito en esta materia especial está regida por las disposiciones también especiales del Decreto Legislativo sobre Desalojo de Viviendas y la Ley de Regulación de Alquileres".

"El artículo 3º de esta última consagra la vigencia del referido Decreto sobre Desalojo de Viviendas y ordena la aplicación y cumplimiento de sus disposiciones; y el artículo 5º de ese mismo Decreto de 27 de Septiembre de 1947, dice así:

"Artículo 5º — Cuando el arrendador de "un inmueble rehuse recibir el pago de la pensión de arrendamiento vencida, podrá el arrendatario consignarla, dentro de los quince días siguientes a su vencimiento, en el Juzgado de Parroquia o Municipio de la ubicación del inmueble; y, en escrito dirigido al Juez, expresará el nombre, apellido y domicilio del que hace la consignación, etc.".

"Dentro del plazo de cinco ías a contar de la consignación, el Juez notificará al arrendador, por medio de boleta, del acto de la consignación..., etc.".

"En virtud de la consignación legítimamente efectuada, se considerará el arrendatario en estado de solvencia..., etc.".

"Conviene establecer ante todo que las disposiciones de dicho Decreto Legislativo son de aplicación preferente a las del Código de Procedimiento Civil en las materias que constituyan la especialidad. Esa preferencia, pues, está limitada exclusivamente a lo que esté especialmente previsto en la Ley Especial continuando la aplicabilidad de las disposiciones de dicho Código sobre Oferta y Depósito en todo lo demás que no esté específicamente regulado en aquella".

"Ahora bien, el artículo 694 de dicho Código establece que la liberación del deudor se produce sólo por la decisión del juez que declare la validez de la oferta, y si ello ocurre aquél queda libertado desde el día del depósito".

"El decreto no habla de decisión del juez, sino se limita a establecer que "en virtud de la consignación legítimamente efectuada, se considerará el arrendatario en estado de solvencia".

"Quiere esto decir que la simple consignación produce la liberación y solvencia y que no se necesita decisión judicial que declare la validez de la oferta? No lo cree así este Supremo Tribunal. La ley habla de consignación legítimamente efectuada, y no simplemente de consignación cualquiera que ella sea; y no puede considerarse como legítimamente efectuada, sino aquella que haya sido sancionada por el Juez declarándola válida. La ley especial debe cumplirse y aplicarse en todos sus trámites también especiales y lapsos, prevaleciendo sobre lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil, pero como ella nada dice respecto a la homologación de la oferta, mediante su declaratoria judicial de validez, en sana lógica debe seguirse la regla establecida sobre el particular en el artículo 694 mencionado, ya que de otro modo se llegaría a la conclusión absurda de que el deudor podría obtener su liberación y solvencia, consignando una suma cualquiera, inferior a la que en realidad adeude, diciendo que es todo lo que debe. En cambio, tal cosa no podría hacerla al aplicarse las disposiciones de dicho Código, en la materia no regulada especialmente, ya que entonces sería el Juez quien decidiría, después de oir al acreedor, si la oferta es válida o no. Y es sólo después de esa declaratoria de validez cuando la liberación y solvencia se retrotraen al momento de la consignación, como también lo preceptúa el primer aparte de dicho artículo 694". "Por consiguiente, y conforme a estos principio, se concluye que el Juez de la recurrida procedió correctamente al afirmar que con la sola presentación del recibo de la consignación que hizo el demandado, sin acreditar la validez de esa consignación mediante decisión judicial, no quedó probada la extinción de la obligación. No existe, por lo tanto, la infracción denunciada"... (Jurisprudencia RAMÍREZ & GARAY - Tomo XII - Primer Semestre 1965 - Nº 136-65 - Páginas 462 a 464).

Dicho criterio jurisprudencial, vigente a la fecha, y al cual nos adherimos, no contempla el otro supuesto, representativo de la generalidad de las situaciones, cual es: LA FALTA DE NOTIFICACION AL ARRENDADOR.

Sin embargo, distorsionando la esencia de la sentencia comentada, algunos tribunales de instancia han pretendido aplicar tal doctrina de casación al mencionado supuesto de falta de notificación al arrendador, colocando al arrendatario consig-

nante en estado de verdadera indefensión, al dejar de considerar y examinar los recibos comprobatorios de tal consignación, producidos por aquél en los juicios de cumplimiento, resolución o desocupación por incumplimiento en el pago de pensiones arrendaticias, alegando la carencia de la decisión judicial previa determinante de su validez.

Esta interpretación carece de asidero jurídico, puesto que el propio legislador ha establecido la obligatoriedad, constitutiva de carga para el órgano judicial, de efectuar la notificación al Arrendador en un plazo de Cinco (5) días posteriores a dicha consignación, y a los efectos de la ocurrencia, por parte de aquél, a esgrimir sus derechos por la citada vía judicial.

Por ende, al no corresponder al Arrendatario la carga de tal notificación no puede ser sancionado por su omisión, ya que ello lo colocaría en estado de indefensión dentro de la relación arrendaticia al tener que suplir tareas encomendadas por ley al propio órgano judicial.

POR CONSIGUIENTE PENSAMOS LA FACTIBILIDAD JURIDICA DE LA DETERMINACION DE LA LEGITIMIDAD O NO DE LA CONSIGNACION ARRENDATICIA POR PARTE DEL ORGANO JUDICIAL ANTE EL CUAL SE PLANTEE LA CONTROVERSIA CON RELACION AL CUMPLIMIENTO - RESOLUCION (EN LOS CONTRATOS A TIEMPO DETERMINADO) O DESOCUPACION (EN LOS CONTRATOS A TIEMPO INDETERMINADO) POR INCUMPLIMIENTO EN EL PAGO DE PENSIONES ARRENDATICIAS SIEMPRE QUE TAL CONSIGNACION SEA OPUESTA POR EL ARRENDATARIO.

Así, en el caso de plantearse una controversia judicial por razón del ejercicio de cualquiera de las acciones judiciales mencionadas, estando pendiente la decisión del mismo u otro órgano judicial en lo tocante a la validez o no de una consignación arrendaticia, por haberse abierto el procedimiento contnecioso con la fase de notificación al arrendador, es claro que tal consignación no puede ser opuesta como liberación frente a la pretensión del arrendador, sin haberse producido una decisión judicial previa acerca de su validez. Este es el vigente criterio de la Corte Suprema de Justicia y el cual consideramos correcto por las razones explanadas anteriormente.

Si el arrendatario demandado pretende hacer valer dicha consignación, debe utilizar otro recurso, cual es el planteamiento del procedimiento contencioso de consignación como cuestión prejudicial frente a la acción de cumplimiento, resolución o desocupación intentada por el arrendador. La declaratoria con lugar de tal excepción, contenida en el ordinal Sexto (6) del artículo 248 del vigente Código de Procedimiento Civil, produciría como consecuencia la paralización del proceso principal hasta la resolución de tal cuestión prejudicial (Artículo 256 - Ordinal 6º eiusdem).

EN CAMBIO SI EL ARRENDATARIO ES DEMANDADO SIN HABER MEDIADO LA NOTIFICACION AL ARRENDADOR Y OPONE LA CONSIGNACION EFECTUADA EL ORGANO JUDICIAL DEBE NECESARIAMENTE PRONUNCIARSE ACERCA DE LA VALIDEZ O NO DE LA MISMA ABARCANDO EN SU SENTENCIA DOS PRONUNCIAMIENTOS: LA LEGITIMIDAD O NO DE LA CONSIGNACION Y LA PROCEDENCIA O NO DE LA ACCION.

Este criterio ha sido aplicado en escasas oportunidades por los Tribunales de Instancia, y a título ejemplificativo nos parece conveniente aludir a parte de la sentencia dictada el 10 de Enero de 1978 por el Juzgado Superior Tercero Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda (Jurisprudencia RAMÍREZ & GARAY - Tomo LIX - 1er. Trimestre 1978 - Nº 5-78 - Páginas 25 al 28)... "Por ello comparte este Tribunal Superior el criterio del a-quo en el sentido de que cumplidos estos requisitos la consignación ha producido los efectos liberatorios establecidos por el Decreto, y no considera correcto el criterio expuesto por la parte actora en los informes presentados ante este Tribunal en el sentido de que tales efectos no se han producido en el caso de autos por cuanto no se cumplió por el Tribunal de Municipio con la notificación al arrendador. Tal notificación es un deber que el Decreto impone al Tribunal, no al arrendatario. La liberación del arrendatario no está sujeto el cumplimiento por el Tribunal del deber de notificar al arrendador y, por ello, la omisión de tal requisito por el Tribunal no puede enervar el efecto liberatorio de la consignación hecha en la forma establecida por el Decreto, sobre todo porque el incumplimiento de tal noti-

ficación no puede ser en ningún caso imputable al arrendatario. No puede compartir este Tribunal el criterio de la parte actora de que la "consignación legítima" que produce el estado de solvencia del arrendatario, es aquella en la cual se ha notificado al arrendador, puesto que el Decreto no lo establece así y mal puede aplicarse por analogía lo dispuesto en los artículos 693 y 694 del Código de Procedimiento Civil que establecen el procedimiento de oferta real y depósito, puesto que precisamente el Decreto Legislativo sobre Desalojo de Viviendas viene a derogar las normas del derecho común sustituyéndolas por las especiales en él establecidas y si fuéramos a aplicar en la materia regulada por el Decreto como norma de derecho común, es violatoria al principio de que las leyes especiales se aplicarán con preferencia a las normas del derecho común. Establecido lo anterior debemos analizar si en el caso de autos se cumplió por la demandada con lo establecido en el Decreto Legislativo sobre Desalojo de Viviendas: como ya se dijo, al oponer la demandada su defensa fundada en el hecho de haber consignado las pensiones demandadas produjo los recibos o constancias emanadas del Juzgado del Municipio Chacao y que la correspondiente al mes de Junio de 1975, entre el folio nueve (9) del cuaderno de medidas; que en dicha constancia se establece que la suma correspondiente, o sea, mensualidad, fue consignada el catorce (14) de Julio de 1975, y todos los otros datos establecidos en el Decreto y que dicho recibo o constancia no fue discutido por la actora, por lo cual tiene pleno valor probatorio, y así se decide".

"Teniendo el efecto pleno, la consignación hecha en forma legítima produce el estado de solvencia de la demandada, siendo improcedente la demanda intentada contra ella...".

En el Primer Congreso de Derecho Inquilinario, celebrado en Caracas, en Mayo de 1979, se designó una comisión de Oferta Real Arrendaticia y Depósito, presidida por el distinguido jurista RAMÓN LAFEÉ, la cual presentó a la consideración de la Asamblea un proyecto de reforma del artículo 5º del Decreto Legislativo sobre Desalojo de Viviendas, cuyo texto, aprobado por aquel organismo fue el siguiente:

Artículo 5º) "Cualquiera que fuese el término de duración del Contrato de Arrendamiento y cuando el arrendatario no

pudiese efectuar el pago del canon, podrá consignar el monto del alquiler únicamente en el Juzgado de Parroquia o de Municipio, donde se encuentre el inmueble arrendado ubicado, dentro de los quince días contados a partir del vencimiento de la obligación".

"El interesado, se identificará, por medio de escrito dirigido al Juez y expresará el carácter con que actúa, y el motivo por el cual efectúa la consignación, el monto del canon e identificación del arrendador, consignando la totalidad del canon vencido".

"El Tribunal dará al interesado en el mismo acto de la consignación, recibo y copia del contenido del escrito. En virtud de consignación legítima, se reputará esta consignación como pago y se considerará al arrendatario como solvente. La consignación sólo podrá ser retirada por el arrendador o por orden de una autoridad Judicial".

"Parágrafo 1º: Cuando varios Tribunales de Parroquia o Municipio tengan jurisdicción sobre el inmueble, se consignará únicamente en el distinguido como Primero. En el supuesto que en el término Municipal no existan estos Tribunales, el competente será el inmediato superior".

"Parágrafo 2º: El Tribunal expedirá a petición de cualquier interesado, copia de la consignación o razonará por escrito su negativa a expedirla".

"Parágrafo 3º: En los Contratos de Arrendamiento en los cuales se estipule un plazo superior al de quince (15) días, para efectuar el pago del canon, se concederá el plazo fijado en el Contrato".

Sin embargo, tal reforma, eliminatoria de la notificación al Arrendador por parte del órgano judicial, no resuelve el problema planteado, puesto que la determinación de la legitimidad de la consignación efectuada, necesariamente deberá ser realizada por el órgano judicial, de acuerdo a los razonamientos expresados con anterioridad.

Capítulo V

CONCLUSIONES

En base a los planteamientos y argumentos recogidos en los capítulos anteriores, podemos establecer las siguientes conclusiones:

1. La Oferta Real y Consignación Arrendaticias se encuentran consagradas en el artículo 5º del vigente Decreto Legislativo sobre Desalojo de Viviendas.

2. La Consignación arrendaticia es un pago, cuyos efectos liberatorios dependerán del cumplimiento de los requisitos generales de tal forma de extinción y de los especiales consagrados en el citado artículo 5º.

3. El procedimiento pautado para efectuar la consignación arrendaticia se encuentra consagrado en el aludido artículo 5º del mencionado Decreto Legislativo sobre Desalojo de Viviendas.

4. A los efectos de la liberación del arrendatario, por razón de la consignación efectuada, se requerirá inexorablemente una decisión judicial, la cual será previa a cualquier otra dilucidación en el supuesto de notificación al arrendador, o podrá ser dictada conjuntamente, como punto previo a la sentencia definitiva, en el caso de ausencia de notificación al arrendador, y ejercicio por su parte de la acción de cumplimiento, resolución o desocupación por incumplimiento en el pago de pensiones arrendaticias, siempre que tal consignación sea opuesta por el arrendatario.

UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO

REVISTA

DE LA

FACULTAD DE DERECHO

AÑO LECTIVO 1981 - 1982

No. 32

CARACAS VENEZUELA

ANALISIS ACADEMICO

TECNICA JURIDICA:
EL ENCUENTRO CON LA CIBERNETICA

Lorenzo Fernández Gómez

RESUMEN:

1.— La Revolución Informática. 2.— Del ábaco a la Cibernética: 2-1. Calcular y comunicarse: dos necesidades del hombre. 2-2. Primeros pasos del cálculo. 2-3. Primeros medios de comunicación. 2-4. La "Era Cibernética". 2-5. Configuración de la Cibernética como una "Ideología". 3.— Información e Informática.

1.— *LA REVOLUCION - INFORMATICA:*

En el diario caraqueño en idioma inglés "The Daily Journal", edición correspondiente al lunes 26 de marzo de 1984, bajo el título de "una nueva revolución', se puede leer:

> "Las computadoras han cambiado para siempre la manera como trabajamos y vivimos. A pesar de que el hombre ha estado computando siempre desde que utilizó pequeñas piedrecitas para sumar, la época moderna requiere más que nunca sofisticados instrumentos para mantener el paso que lleva el mundo".

Y ¿hacia dónde va el mundo a ese paso que lleva? Cuando se reflexiona en la "era cibernética", como se ha dado en llamar a esta fase de la civilización contemporánea, hay un objetivo claramente sugerido por ese nombre: automatizar al máximo los procesos de dirección de la conducta y de la actividad humanas. El hombre se propone realizar un futuro que ya comenzó hace dos décadas; la revolución más grande desde que, hace quinientos años, Gutenberg inventó la imprenta: *la revolución de la información.* La nueva ciencia, llamada informática, que se ocupa de la concepción, realización y utilización de los siste-

mas que procesan información, y los avances de la tecnología electrónica, han venido a cambiar, sin duda, nuestra manera de trabajar, de comunicarnos, de estudiar, de entretenernos y hasta de pensar. En suma, han venido a cambiar nuestra forma de vivir.

El análisis de esa revolución cibernética y de sus repercusiones sobre las ciencias sociales puede conducirnos a adoptar una de estas actitudes:

1º) Hacer una apología del progreso y de sus conquistas y bondades en el plano material de la existencia, arriesgando que la conciencia interna y autónoma del individuo sea sofocada y sustituida por una ética externa y heterónoma, expresión alienadora de la era tecnológica.

2º) Rechazarlo de plano y en forma global en nombre de la tradición, como medio para preservar la conciencia ética de la humanidad y hasta su propia supervivencia, amenazadas por los empleos abusivos de la tecnología electrónica.

3º) Finalmente, valorar desde premisas éticas la significación de este signo de nuestro tiempo que es la Cibernética, y justipreciar su necesario reflejo e incidencia en las esferas social y jurídica.

Esto último nos proponemos. El Derecho, como ciencia de la cultura, no puede tener entre sus fines derrumbar de su pedestal los legítimos logros de la Tecnología. Antes por el contrario, contribuye a ampliar el horizonte de lo humano, puesto que la acción del hombre no se agota en la subvención de sus necesidades fisiológicas sino que se extiende a la transformación y dominio real de la naturaleza mediante el conocimiento de sus leyes, con el propósito de humanizarla. Esto es legítimo. Son logros legítimos de la Técnica que representan un bien para la humanidad. Condenarla, sería elegir el camino de regreso a la dependencia, camino de servidumbre.

Pero como ciencia de la cultura, el Derecho emerge de la naturaleza e historia del hombre, como su fuente primaria, y permanece como forma normativa de su existencia, aunque el hombre avance hacia nuevas estructuras del conocer o del actuar. Porque toda su actuación es un continuo "elegir", y es, a la vez y por la misma razón, un continuo "justificarse". En

esto radica la supremacía y superioridad del hombre con respecto a los demás seres del universo. Y esto es lo que no puede cambiar en él, aunque sea cibernético su entorno.

Despojar al hombre del privilegio de tener inquietudes, de fijar metas a su elección, de proponerse los fines o ideales que considere más convenientes para la realización del auto-proyecto que es, sería convertirlo en un objeto, en producto tecnológico que únicamente servirá para el fin que se le determine en forma automática, pero privado de la voluntad y de la capacidad para dar algún sentido a su vida.

A partir de esta premisa indeclinable, el papel del jurista, el de ayer y el de hoy, debe ser el de un soldado de la cultura, abierto a todo conocimiento "de las cosas divinas y humanas"; comprometido con su tiempo, sin prejuicios injustificados contra los logros del progreso y dispuesto a elevar la experiencia jurídica a la altura de los nuevos problemas y de las nuevas soluciones que la tecnología ha suscitado en las diversas esferas del acontecer social. Es el papel, como lo expresa Vittorio Frosini, "de un intelectual de la edad tecnológica, de un demiurgo de una civilización más racional, esto es, más cercana a la imagen ideal del hombre".[1]

Si nos alejamos de esa imagen, que representa todo lo específicamente humano, encontraremos en el mundo otros seres que, desde el punto de vista fisiológico, pueden competir con el hombre en manifiesta ventaja. Por eso es de sabios proteger e impulsar un tipo de civilización lo más cercana posible a la imagen ideal del hombre. A este propósito, es oportuno recordar un hermoso pasaje contenido en el Nro. 15 del documento "Iglesia y Mundo Actual", del Cocilio Vaticano II:

> "El hombre está llamado a la sibduría. La inteligencia del hombre no se ciñe solamente al mundo de los fenómenos, sino que alcanza la verdad inteligible, la que está más allá, más arriba que el mundo de los fenómenos, que el mundo de las ciencias... El mundo necesita hombres verdaderamente instruidos en esa sabiduría. Los países menos desarrollados pueden proporcionar a los más desarrollados un tipo de sabiduría que éstos últimos han perdido".

1. Vittorio Frosini: Il Diritto nella societa tecnologica. Giufré, Milano 1981, 270.

Por rara coincidencia que me place destacar, el Presidente de los Venezolanos acaba de recordarle al mundo esta misma gran verdad, en su intervención ante la trigésimo-novena Asamblea General de las Naciones Unidas. Estas fueron sus palabras:

> "En los últimos años, durante los cuales se ha logrado el mayor progreso científico y tecnológico que ha conocido la humanidad, se han quebrantado las raíces metafísicas que sirven de fundamento a las alegrías y pesares, a la vida y a la muerte de los seres humanos".

1984 acaba de finalizar. Tal vez algún lector recuerde la fatídica profecía del escritor británico George Orwel en su novela "1984", según la cual la tecnología transformaría al hombre este año en un robot, en un autómata. Quizá el visionario novelista escogió al azar el plazo para ambientar su funesta visión. El libro apareció en 1948; simplemente invirtió el orden de las dos últimas cifras para señalar al año 1984 como el umbral del plazo elegido.

No obstante, el síndrome de Orwel originó congresos científicos y publicaciones diversas, adelantando hipótesis e ideas, optimistas o pesimistas, sobre los futuros días del hombre. Los pesimistas, no pudiendo sustraerse a los fantasmas que esta fecha evoca, vociferaron cual pasajero de un vehículo turístico: ¡detente, mundo, que me quiero apear! Los optimistas, después de consultar al experto en robots, Joseph Engelberger, aseguraron que el lúgubre mundo de Orwel sólo existía en su imaginación y que el cañonazo de fin de año volvería a sonar, con su carga de emociones y esperanzas que un robot nunca podrá sentir.

Y sonó el cañonazo de fin de año. Y comimos las doce uvas de la esperanza al comenzar uno nuevo, como todos los años.

Sin embargo, atentos a los signos de los tiempos, pero sin declinar en nuestra clara opción humanista y fieles a un insoslayable compromiso ético, nos proponemos en estas páginas constatar la presencia de la tecnología y de la ciencia en los dominios del derecho, analizando desde dentro los procesos operativos de la Cibernética y su impacto en la esfera jurídica y en otros sectores de la vida social.

No podemos tocar todos los temas de la juritécnica, símbolo semántico que comenzó a utilizarse para englobar a un tiempo la juscibernética y la informática jurídica; ni tratar en profundidad ninguno de ellos. Lo que intentamos es un ensayo que, como todo ensayo, tendrá al menos la virtud de servir como banco de pruebas para la corrección y posterior perfeccionamiento de las ideas que en él se exponen.

Y, por último, a quienes pueda parecerles una provocación que los filósofos del derecho (o supuestamente tales) incursionemos con actitud crítica en las metodologías operativas de la Cibernética y sus repercusiones en la esfera jurídica, les recordamos que el "modus operandi" cibernético no es extraño, sino muy próximo al espíritu del Derecho, por lo que tienen en común, desde siempre, el afán de rigor y de verdad científica en la técnica y el afán de justicia y de verdad moral en el Derecho.

2.—*DEL ABACO A LA CIBERNETICA*

Hablar de "era Cibernética" es hablar de una fase de la civilización referida al mundo del espíritu, de la cultura. El mundo de la naturaleza es, por su esencia, cibernético; desde el molino de aspas que se autodirige cara al viento, hasta los complicados circuitos del cerebro humano. El descubrimiento por el hombre de estos procesos de autoregulación en el universo y en sí mismo, y la formulación de las leyes que los rigen son el principio de la Cibernética en el mundo de la cultura y el punto de partida de esta nueva "ciencia del futuro".

Desde el "eureka" de Arquímedes de Siracusa (S.III a.C.), cuando descubrió el principio de hidrodinámica que lleva su nombre, hasta nuestros días, en los que el hombre ha logrado un dominio casi total sobre la naturaleza mediante el conocimiento de sus leyes, se han venido sumando en el mundo de la cultura —que es obra del hombre— todos los logros de éste sobre el arcano mundo de la naturaleza —que es obra de Dios—. Hasta la actividad industrial en sus diversas ramas hizo fortuna, copiando los procesos observados en los seres vivientes, con el

resultado asombroso de miles de aviones y barcos surcando los cielos y los mares.

2.1 *Calcular y comunicarse: dos necesidades del hombre*

El ser humano sintió siempre la necesidad de calcular. La edad, las distancias, las cosechas... ¡todo lo analiza y calcula! Comenzó haciéndolo con su propio cerebro, ayudado por el uso de los dedos de la mano —de ahí los términos "dígito" y "digital", derivados del vocablo latino "digitus"—, o por el empleo de pequeñas piedras, circunstancia ésta que explica por qué se llama "cálculo" a cierta concreción anormal que se forma en diferentes partes del cuerpo, especialmente en los riñones. Pero pronto emprendió la búsqueda de instrumentos adecuados que lo liberaran de ese esfuerzo mental y le facilitaran el cálculo. Puede afirmarse que los principios básicos acerca de las calculadoras y ordenadores electrónicos del siglo XX los descubrió el hombre hace miles de años y que son el resultado de muchos atisbos anteriores, sugeridos y estimulados por la misma necesidad del hombre de calcular y de comunicarse.

Desde que el perro dejó sus libertades de lobo para convertirse en el primer animal doméstico y amigo fiel del hombre del Neolítico, los pueblos han ido evolucionando hacia nuevas formas de cultura. La cerámica, el tejido y la arquitectura fueron los primeros adelantos. Es todavía un problema no resuelto por la ciencia establecer cómo se difundieron en todos los continentes las formas culturales del Neolítico, como la técnica del telar y la fórmula para construir dólmenes, muy desarrolladas en el continente americano antes de cualquier contacto con el viejo mundo. ¿Difusión o coincidencia?

2-2. *Primeros pasos del cálculo*

El primer instrumento utilizado por el hombre para calcular fue el ábaco, cuyo origen en la cultura babilónica se remonta al siglo IV a.C. Consistía en un conjunto de cuentas engarzadas en una varilla; facilitaba el manejo de las cantidades, pero nada aportó a su automatización.

Después del ábaco, la humanidad ha conocido diversas experiencias orientadas a la finalidad práctica de construir má-

quinas capaces de reproducir ciertas actividades humanas. Entre estos esfuerzos, hay que mencionar el del filósofo mallorquín *Ramón Lulio* o Llul (1235-1315), quien en su "Ars Magna" o Arte General propone reglas de "combinatoria" para construir un sistema dialéctico de todos los conocimientos humanos. Recordemos que era la época de las "summas". Merecen mención también el filósofo y científico francés *Blas Pascal* (1623-1662), quien diseñó en 1642 la primera máquina de calcular a base del mecanismo de las ruedas dentadas, utilizado en relojería, pero sólo logró realizar con ella las operaciones de sumar y restar. Un siglo más tarde, el también filósofo y matemático alemán *Godofredo G. Leibniz* (1646-1716) perfeccionó la calculadora de Pascal hasta el punto que no sólo podía realizar las cuatro operaciones elementales, sino que también extraía raíces cuadradas. En su opúsculo "De arte combinatoria". Leibniz concibió el proyecto de una Enciclopedia universal, con el propósito de elaborar "un alfabeto de todos los conocimientos humanos". Pasó otro siglo y apareció otro nombre con el mismo rumbo, el físico francés *André Marie Ampere* (1775-1836), quien propuso en su "Ensayo sobre la Filosofía de las ciencias, armonizar en un sistema único todas las ciencias conocidas en su tiempo, y crear una nueva ciencia con el nombre griego de "kybernesis" que tendría por objeto estudiar los "métodos de dirección de la sociedad, a fin de asegurar a los ciudadanos la posibilidad de gozar de la paz".

Sin embargo, no puede hablarse de auténtico avance en el concepto de cálculo y su representación hasta las investigaciones del matemático inglés *Charles Babbage* (1792-1871), quien dedicó con obsesión toda su vida a las máquinas calculadoras, y en especial a la creación de los modelos que él denominó "máquina diferencial" y "máquina analítica", las cuales anticipan los principios básicos del actual ordenador electrónico. Pero sus ideas innovadoras iban más aprisa que la tecnología de su tiempo, lo que hizo imposible el acabado de las máquinas que concibió.

A Babbage se le considera un extraordinario soñador en este campo, pero de escasas realizaciones prácticas. Después de su muerte no hubo otros intentos significativos de construir calculadoras hasta la década de los años 1940, cuando el alemán

Konrad Zuze construyó la calculadora mecánica que denominó Z1, y el físico norteamericano, de la Universidad de Harvard, Howard Aiken (1900-1973) diseñó una calculadora electro-mecánica que terminó de construirse, con la colaboración de la IBM, en 1944, siendo bautizada con el nombre de MARK I.

La MARK I de Howard Aiken, como las demás calculadoras de tecnología mecánica, presentaba varias limitaciones que era necesario solventar modificando la estructura de los modelos con nuevas concepciones de sistemas de cálculo. El resultado fue la aparición de la calculadora electrónica. La primera fue la ENIAC desarrollada por la empresa UNIVAC. Pesaba unas treinta toneladas, sus circuitos contenían más de 18.000 tubos de vacío y su precio era de unos 500.000,00 dólares. No obstante esto, tiene el mérito de ser la primera que incorpora la electrónica al cálculo.

A partir de aquí, aparece la *primera generación* de ordenadores que llenan la década de los cincuenta y cuyo componente electrónico sigue siendo el tubo de vacío. Con el descubrimiento del *transistor,* premiado con el Nobel de 1956, se abre la década de los sesenta, en que el transistor sustituye a los tubos de vacío, dando paso a la *segunda generación* de ordenadores, más pequeños, más rápidos y más fiables. La electrónica continúa haciendo grandes avances, esta vez en el campo de los *circuitos integrados,* abriendo paso en la década de los setenta a la *tercera generación* de ordenadores; pero cuando promediaba la década, el descubrimiento del *microprocesador* lleva la tecnología electrónica a una nueva era, que suele llamarse la *cuarta generación.*(*) Y los cambios no han terminado; están comenzando. Llevará algunas décadas ver el final y evaluar el impacto de la microelectrónica sobre la sociedad.

2-3. *Primeros medios de comunicación*

El lenguaje oral fue el medio de comunicación más antiguo sobre los hombres y, probablemente único en la Prehistoria. La escritura comienza con la historia, y su primera manifestación es mediante signos trazados a cincel sobre piedra. Más tarde,

(*) Japón viene anunciando ya la "quinta generación", basada en una nueva concepción del computador junto a lenguajes de programación "inteligentes", como el PROLOG.

se escribe con caña sobre papiro egipcio o con pluma de ave sobre pergamino. El papel lo inventaron los chinos unos cien años a.C., pero no se conoció en el mundo occidental hasta la Edad Media. Los chinos inventaron también una imprenta de tipos móviles, cuatro siglos antes de que Gutenberg lo hiciera en Europa, en 1456.

Desde la aparición del libro y otros medios de comunicación impresos, hubo que esperar otros cuatro siglos para que, en 1837, *Morse* pusiera a viajar la información a través de los cables del telégrafo electromagnético. A partir de aquí, los cambios se aceleran; la evolución científica y tecnológica se apresura: en el año 1876, *Bell* logra que se transmitan los primeros mensajes sonoros por el cable del teléfono; en 1878, *Edison* inventa el fonógrafo y, diez años después, *Berliner,* el disco, ambos medios importantes para almacenar y difundir información sonora; enseguida, *Marconi* patenta la radio y comienzan a tomar impulso los medios audiovisuales, especialmente la televisión que se inicia hacia 1936 y se perfecciona con la producción de programas en color, por primera vez en EE.UU., en 1953.

En la actualidad estamos sobre la marcha vertiginosa hacia una sociedad informatizada, en la que la tecnología hace cada vez más asequibles las comunicaciones internacionales de toda índole, suprimiendo distancias físicas y poniendo a los hombres en inmediata presencia.

Nunca el hombre conoció tanto, pensó tanto, hizo tanto, comunicó tanto, ni tuvo nunca a su alcance medios tan sofisticados de comunicación, con los que puede difundir el amor o el odio; tanto el propósito de vivir en paz, como de hacer la guerra. Por eso mismo, tampoco tuvo nunca el hombre tantos problemas ni fue tan incierto su porvenir. La ciencia-ficción ha jugado ya en múltiples ocasiones a presentar un futuro caracterizado por la "robotización" del hombre. Herbert Marcuse, en su obra de impresionante actualidad "El hombre unidimensional", nos previene acerca de un tipo de sociedad "cuya desacralización comenzó apenas".

2-4. *La "Era Cibernética"*

En la excursión que venimos haciendo por los predios de la tecnología, éste es el punto de llegada. A partir de aquí, la revo-

lución tecnológica situó al hombre cara a un futuro difícil de evaluar por ahora. Correspondió al matemático y filósofo norteamericano *Norbert WIENER* la suerte de descubrir el paralelismo existente entre el cerebro humano y las máquinas electrónicas de cálculo, y también el mérito de dar unidad a los conocimientos provenientes de sectores científicos distintos sobre los "problemas de la comunicación y del control en el hombre y en la máquina". De este modo, logró formular la temática, antes dispersa, de una nueva ciencia que él llamó "Cibernética". Nos lo dice él mismo:

> "Hasta hace muy poco tiempo no existía una voz que comprendiera ese conjunto de ideas; para poder expresarlo todo mediante una palabra, me vi obligado a inventarla. De ahí, Cibernética, que derivé de la voz griega "kubernetes"... Y escribí un libro más o menos técnico, titulado Cibernética, que apareció en 1948...". [2]

La voz griega que menciona significaba en el griego antiguo, "arte de gobierno del timonel". La usó Platón en sus diálogos para designar "el arte de gobernar o pilotar las naves". También la había empleado antes Ampere (1834) en su Ensayo sobre la clasificación de las ciencias, para distinguir "aquella parte de la Política que se ocupa de los medios de gobierno".

Wiener lo que pretende expresar con la palabra "Cibernética" es que se trata de una ciencia del "control y de la comunicación en los animales y en las máquinas", como él lo aclara. Aunque, en principio, usó ese vocablo en sentido biológico y orientado hacia la tecnología, sin embargo, fue el primero en establecer vínculos entre la Cibernética y el Derecho, en su segundo libro titulado "The Human Use of the Human beings" (1950). Buena parte de esta obra está dedicada a explicar que "los problemas jurídicos son por naturaleza propia problemas de comunicación y de cibernética, esto es, son problemas relativos al control regular y repetible de ciertas situaciones críticas".[3] También observó que "la teoría y la práctica del Derecho

---

2. Norbert WIENER: Cybernetics (1948). Edit. en Italia con el nombre de La Cibernetica (1953), Bompiani. Milano. Trad. española con el nombre de CIBERNETICA, por Guadiana de Ediciones, Madrid, 1960.
3. N. WIENER: Traducción italiana con el título de ' Introduzione a la Cibernetica , Boringhieri, Torino, 1953. La frase citada está en la pág. 135. La edición en español de esta obra lleva el título de "Cibernética y Sociedad".

se componen de dos conjuntos de problemas: los de su propósito general, centrados en el concepto de Justicia, y los de la Técnica, mediante la cual se realizan esas ideas".

Sin embargo, Wiener no alcanzó a plantearse esa realización que menciona, dejando sólo insinuada la posibilidad de aplicación de la nueva tecnología a las viejas cuestiones de índole social y jurídica. Lamentablemente, dedicó más tiempo y atención a perfeccionar el funcionamiento de las armas automáticas, la defensa antiaérea y a los cálculos para la bomba atómica, utilizados en la Segunda Guerra Mundial, desvirtuando así sus vastos conocimientos sobre los procesos de control y automatismo existentes en la naturaleza.

La concepción actual de la "Cibernética" se mantiene sobre las bases echadas por Wiener en 1948. Se concibe como una ciencia interdisciplinaria que surge entre la biología, la ingeniería, la matemática, la lógica, etc., para dedicarse al estudio de todo ente que se comporte como viviente, aunque no lo sea (como los organismos políticos, económicos, sociales, máquinas automáticas, células, etc.), prestando en su análisis especial atención a la forma como consiguen sus fines: auto-organizándose, auto-regulándose, calculando, compitiendo, evolucionando, etc. Trata por igual a los seres vivos o sin vida, con tal de perseguir una finalidad determinada en el funcionamiento (identidad del sistema) y se estabilice su organización mediante los adecuados mecanismos de autoregulación primordialmente retroactivos (supervivencia del sistema).[4]

En otras palabras, el ente cibernético (ser viviente, máquina automática, agrupaciones de seres vivos, etc., sin distinción entre el mundo de la biología, el de la mecánica o el de la sociología), para lograr sus fines capta información del mundo exterior, la codifica para facilitar su transmisión a su centro coordinador, donde es interpretada, adoptando seguidamente la decisión oportuna en función de la evaluación hecha de la información recibida.

4. Esa concepción de la Cibernética como ciencia interdisciplinaria la han desarrollado entre otros, J. SINGH, en su obra "Teoría de la Información, del lenguaje y de la Cibernética" (1972); Jhon YOUNG, en "La Cibernética" (1969) y Alain CHOURAQUI, en "L'Informatique au service du Droit" (1974).

En este sentido amplio, se ha definido la Cibernética como:

> "La ciencia de las regularidades generales de los procesos de control y transmisión de la información en máquinas, organismos vivos y sus conjuntos".[5]

Por "conjunto" debe entenderse aquí la unidad de máquinas, animales y hombres que pueden ser examinados como sistemas únicos acabados.

La Cibernética moderna aparece, pues, como una ciencia que pretende unificar las diferentes disciplinas que tratan los procesos de comunicación (recepción y evolución de la información) y de control (regulación y gobierno del sistema para el logro de determinado fin), hallando vías y conceptos que permitan describir de modo análogo sistemas tan diversos entre sí como un animal y una máquina.

Desde esta perspectiva unitaria, expresiva de su interés social, como fuera la intención de su fundador, N. Wiener, Valerio Tonini define la Cibernética como:

> "La ciencia nueva de la civilización de las máquinas y de la automatización, en la cual, ciencia y técnica se consideran los factores esenciales creadores de la condición humana futura".[6]

Es ciertamente una "ciencia nueva", extraña en sus formas y métodos a la tradición especulativa. Innovadora y futurista. Sin embargo, muchas de sus fórmulas consolidadas por el éxito y la permanencia, y la reconducción de perspectivas cibernéticas a experiencias mentales ya logradas, hacen pensar en la posibilidad de integrar, en una continuidad de visión, lo viejo y lo nuevo.

Concebida con esa amplitud, hoy la Cibernética actúa fundamentalmente sobre cinco posibilidades, que son, a la vez *sus ramas* principales: 1) la de los sistemas, de notable influencia en las ciencias sociales; 2) la del control, relativa a las técnicas para la dirección de mecanismos y estructuras fisio-biológicas; 3) la de los juegos estratégicos, importante para los programas de simulación, y, concretamente en el campo del Derecho, para

5. SAUMJAN, Sebastián: "La Cibernetic et le langue" (1966).
6. TONINI, Valerio: "Cibernetica e Informazione". Roma. 1964.

analizar la incidencia de normativas nuevas e incluso intentar predecir decisiones judiciales; 4) la teoría de los algoritmos, y 5) la teoría de la información, que por su mayor importancia desde nuestra perspectiva, trataremos por separado.

Debemos orillar aquí las tres primeras ramas mencionadas, pues se ubican al margen de nuestro propósito. Y acerca de la teoría de los algoritmos nos limitaremos, por la misma razón, a su concepto.

El término "algoritmo", tomado del lenguaje matemático, vino extendiéndose a nuevas connotaciones con el transcurso del tiempo hasta alcanzar su significado actual. Puede decirse que significa el medio o vía a través de la cual una máquina electrónica puede *comprender* un determinado problema. Por ejemplo, la forma que debe asumir una actividad jurídica para ser realizada por el ordenador. En otras palabras, es la traducción de un problema planteado en lenguaje común que la computadora no entiende, a un lenguaje técnico que la computadora entiende. En esta forma, partiendo de un dato de entrada, que es el problema, se llega a un dato de salida, que es la solución, a través de un número finito de pasos unívocos. En esta misma manera sencilla lo define Losano: "El algoritmo es un sistema de reglas de transformación de los datos de entrada o problema en otros datos de salida o solución".[7]

"Algoritmizar" o formalizar, que es el término usado en cibernética para designar la traducción o transformación de un problema a un algoritmo, no es tarea fácil; hasta resulta imposible algunas veces. Especialmente en el ámbito del Derecho, y en el de las ciencias sociales en general, ocurre que no todos los problemas son traducibles a algoritmos, ni todos los algoritmos se pueden confiar al ordenador con alguna utilidad. En efecto, muchos problemas no tienen una solución que pueda expresarse en un número finito de pasos unívocos; otros muchos, requieren tal número de pasos que exceden la capacidad de la máquina.

---

7. LOSANO, Mario G.: Introducción a la Informática Jurídica", Traduc. para edic. española de Manuel Atienza, publicado por la Univ. de Palma de Mallorca, serie Ensayos, pág. 46.

Cabe preguntarse si la voluntad del legislador, al formular los textos jurídicos, apunta únicamente a las estructuras profundas, definidas por los componentes lógicos de la norma de conducta —supuestos y consecuencias— o se extiende también a las estructuras superficiales, es decir, a las expresiones lingüísticas que representan aquellas verdades esenciales. Es decir, nos preguntamos si el lenguaje jurídico desempeña un simple papel de mensajero, de intermediario entre las ideas o exigencias que están en la mente del legislador, emisor del mensaje normativo, por un lado, y el receptor o destinatario de tal mensaje, por otro.

A este respecto, el jurista Hernández-Gil nos previene lo siguiente: [8]

> "Todas las normas y preceptos jurídicos requieren de unos enunciados lingüísticos en los que no están meramente representados, como ocurre con las leyes físicas. La diferencia entre una ley física y una norma jurídica radica en que en tanto la primera es y rige antes de su enunciación, la norma jurídica, en cambio, requiere estar enunciada lingüísticamente para que pueda identificarse y actuar. El Derecho ES lenguaje, ya que éste no se limita a cumplir respecto del Derecho una función mediadora o comunicativa, sino verdaderamente constitutiva".

Esto explica la importancia de la codificación decimonónica como fenómeno de la época, y su influencia en el desarrollo legislativo posterior. No sólo porque sintetiza conforme a un plan sistemático la tradición jurídica europea, bajo la inspiración de las nuevas ideas de la revolución francesa, sino por el lenguaje sobrio, directo y funcional utilizado, sin los excesos verbales característicos de la época. El Arte del jurista, es decir claramente el derecho. "El facedor de las leyes —establece el Fuero Juzgo— deve favlar poco e bien". Antonio Machado, en su obra "Juan de Mairena", propone, como lenguaje poético, la frase "lo que pasa en la calle", en lugar de esta otra, rebuscada y artificiosa: "Los eventos consuetudinarios que acontecen en la ruta". La proposición es válida en el campo de la lingüística jurídica.

---

8. Hernández-Gil, Antonio: "Metodología del Derecho". Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid.

Por su parte, el profesor italiano Mario G. Losano, creador de la Juscibernética, reconoce sin reservas la necesidad de una adaptación progresiva y realista, pero insoslayable, del lenguaje jurídico a los medios de expresión, a la lingüística computacional y a las técnicas actuales de la informática. El mismo profesor Losano dice que la historia del Derecho "está condicionada por las tres revoluciones de la escritura, de la imprenta y de la ordenación electrónica de los datos".[9]

Al decirlo en esta forma, parece insinuar que en las tres revoluciones queda afectado el lenguaje, más que el Derecho mismo. En la primera se pasa de la expresión oral a la escrita; en la segunda, de la escritura manual a la impresa; en la tercera, de la escritura impresa al lenguaje tratado electrónicamente. Regresaremos sobre éste y otros aspectos de las relaciones entre Derecho e Informática, al ocuparnos de la Juscibernética.

2-5. *Configuración de la Cibernética como una "Ideología"*

Puede hablarse de "ideología" en diferentes sentidos.[10] Hasta comienzos del siglo XIX, con ese vocablo se expresaba tan sólo una "teoría sobre las ideas", producto de las investigaciones de Condillac y de un grupo de filósofos, principalmente franceses, que, por su dedicación al estudio del origen y formación de las ideas, fueron llamados "ideólogos". Pero muy pronto los ideólogos pasaron del nuevo examen del origen de las ideas al análisis de las facultades humanas que las producen, y de éste, a las motivizaciones sociales o condicionamiento social de las ideas.

En este sentido, es bien conocida la doctrina de Carlos Marx, según la cual el conocimiento humano está condicionado por el entorno económico, y conectado con la estructura social del grupo al que pertenece el sujeto pensante. Sartre también se adhiere a esta concepción, distinguiendo entre filósofos creadores y los que no lo son (ideólogos). Son creadores —Descartes, Locke, Hegel, Marx— los que producen una filosofía que encarna y hace viviente *la praxis* que la ha motivado; en cambio, los

9. LOSANO, Mario G.: "Corso di Informatica Giuridica", 2a. Edic. ampliada, Vol. II, págs. 317-343.

10. Acuñó por primera vez esta palabra el francés Bestutt de Tracy, en su obra "Les elements de l'ideologie", publicada en 1801. Sobre las Ideologías en Derecho debe mencionarse la obra de Elia A. Méndez de Smith. Edit. Astrea 1982.

ideólogos —Kierkegaard, Jaspers y todos los demás pensadores modernos— se limitan a explorar y explotar el campo descubierto por los filósofos, nutriéndose del pensamiento de "los grandes muertos". En su opinión, el marxismo es una filosofía; el existencialismo, una ideología.

Este sentido *despectivo* de la ideología vino conformándose desde que Maquiavelo estableció la distinción (o "desvío") entre la realidad social y las ideas políticas, doctrina que fletó Napoleón Bonaparte, con el propósito evidente de demostrar el alejamiento o desvío de la realidad político-social de Francia, implicado en las críticas de los ideólogos contra su política imperialista. Pero sucedió que ese mismo argumento —el de Marx contra la burguesía, el de Napoleón contra los ideólogos franceses— consistente en descubrir en la actitud mental del antagonista, el complejo de intereses que la determina, pronto fue utilizado en las diferentes orientaciones del pensamiento, dejando de ser algo parcial, adscrito a una sola clase y situación social, para convertirse en un método general, aplicable a los pensamientos de todos los grupos y de todas las épocas.

Recordando el trazado de su historia y fortuna, por "ideología" se entiende hoy toda doctrina referente a la valoración de los comportamientos sociales. Como esquema de acción, supone una actitud que se plantea y tiende a resolver una problemática determinada social mediante un proyecto de forma de vida. Supone también la inevitable confrontación con otro esquema interpretativo de la misma realidad social, por lo que subyace siempre el interrogante acerca de cuál es el fundamento de la verdad, cuál de ambas interpretaciones antitéticas es la verdadera.

Esta incógnita sobre la interpretación auténtica de la realidad social que se analiza y se juzga, está impregnada de connotaciones filosóficas, atinentes a los verdaderos caracteres de esa misma realidad social; y difícilmente puede ser despejada en la misma época y ámbito en que surge la situación conflictiva por estar sus protagonistas involucrados en el problema, y sujetos, por esa misma razón, a sus influencias preordenantes y orientadoras.

En la historia del pensamiento jurídico, se han venido sucediendo dos tendencias que contrastan entre sí y que se han alternado, prevaleciendo una u otra a tenor de ciertas condiciones sociales o situaciones culturales en que se desenvuelve la vida del Derecho. Por un lado, el punto de vista ético, desde el cual los mandatos de la Ley y la obediencia que se les debe, hallan su justificación en un complejo de valores humanos; pues nada de todo cuanto se refiera al hombre se puede comprender, si no es desde el hombre mismo, ya que no hay mejor espejo del hombre que el mismo hombre. Por otro lado, el punto de vista lógico o formal, que responde a la necesidad de asegurar la coherencia entre la norma jurídica y su interpretación y aplicación a la conducta regulada.

Estos dos polos han experimentado en los últimos años impulsos paralelos, de suerte que, al lado de una revalorización de los principios éticos en virtud de un claro retorno al "Derecho Natural", se abre también una perspectiva nueva hacia la vertiente lógica y tecnológica de lo jurídico, que va de la mano con las invenciones de la electrónica hacia un "Derecho Artificial".

En este contexto, aparece por primera vez la expresión "ideología cibernética" producto de una de las últimas intuiciones de una de las más celebradas personalidades de la filosofía francesa actual, Maurice Merleau-Ponty, prematuramente desaparecido. Refleja, sin duda, una actitud de desconfianza, de alarma y hasta de protesta, explicable en un intelectual de tradición humanística, en confrontación con el nuevo espíritu de una sociedad, ya tecnológicamente avanzada como él la conoció. El insigne catedrático del Colegio de Francia, autor del célebre "Elogio a la Filosofía", insertó en su último libro "L'oeil et l'esprit" el siguiente fragmento, que además de interesar por su contenido, constituye una primicia al iniciarse el debate filosófico sobre la cibernética en la década de los sesenta:

> "El pensamiento 'operativo' se hace una especie de artificialismo absoluto, como puede verse en la "ideología cibernética", según la cual las creaciones humanas son derivadas de un procedimiento natural de información, pero concebido en sí mismo a partir del modelo de las máquinas humanas. Si un género de pensamiento tal asume por sí mismo encargarse del hombre y de la historia, y si, fingiendo ignorar lo que de ambos sabemos por contacto o por posición, dicho pensamiento

ideólogos —Kierkegaard, Jaspers y todos los demás pensadores modernos— se limitan a explorar y explotar el campo descubierto por los filósofos, nutriéndose del pensamiento de "los grandes muertos". En su opinión, el marxismo es una filosofía; el existencialismo, una ideología.

Este sentido *despectivo* de la ideología vino conformándose desde que Maquiavelo estableció la distinción (o "desvío") entre la realidad social y las ideas políticas, doctrina que fletó Napoleón Bonaparte, con el propósito evidente de demostrar el alejamiento o desvío de la realidad político-social de Francia, implicado en las críticas de los ideólogos contra su política imperialista. Pero sucedió que ese mismo argumento —el de Marx contra la burguesía, el de Napoleón contra los ideólogos franceses— consistente en descubrir en la actitud mental del antagonista, el complejo de intereses que la determina, pronto fue utilizado en las diferentes orientaciones del pensamiento, dejando de ser algo parcial, adscrito a una sola clase y situación social, para convertirse en un método general, aplicable a los pensamientos de todos los grupos y de todas las épocas.

Recordando el trazado de su historia y fortuna, por "ideología" se entiende hoy toda doctrina referente a la valoración de los comportamientos sociales. Como esquema de acción, supone una actitud que se plantea y tiende a resolver una problemática determinada social mediante un proyecto de forma de vida. Supone también la inevitable confrontación con otro esquema interpretativo de la misma realidad social, por lo que subyace siempre el interrogante acerca de cuál es el fundamento de la verdad, cuál de ambas interpretaciones antitéticas es la verdadera.

Esta incógnita sobre la interpretación auténtica de la realidad social que se analiza y se juzga, está impregnada de connotaciones filosóficas, atinentes a los verdaderos caracteres de esa misma realidad social; y difícilmente puede ser despejada en la misma época y ámbito en que surge la situación conflictiva por estar sus protagonistas involucrados en el problema, y sujetos, por esa misma razón, a sus influencias preordenantes y orientadoras.

En la historia del pensamiento jurídico, se han venido sucediendo dos tendencias que contrastan entre sí y que se han alternado, prevaleciendo una u otra a tenor de ciertas condiciones sociales o situaciones culturales en que se desenvuelve la vida del Derecho. Por un lado, el punto de vista ético, desde el cual los mandatos de la Ley y la obediencia que se les debe, hallan su justificación en un complejo de valores humanos; pues nada de todo cuanto se refiera al hombre se puede comprender, si no es desde el hombre mismo, ya que no hay mejor espejo del hombre que el mismo hombre. Por otro lado, el punto de vista lógico o formal, que responde a la necesidad de asegurar la coherencia entre la norma jurídica y su interpretación y aplicación a la conducta regulada.

Estos dos polos han experimentado en los últimos años impulsos paralelos, de suerte que, al lado de una revalorización de los principios éticos en virtud de un claro retorno al "Derecho Natural", se abre también una perspectiva nueva hacia la vertiente lógica y tecnológica de lo jurídico, que va de la mano con las invenciones de la electrónica hacia un "Derecho Artificial".

En este contexto, aparece por primera vez la expresión "ideología cibernética" producto de una de las últimas intuiciones de una de las más celebradas personalidades de la filosofía francesa actual, Maurice Merleau-Ponty, prematuramente desaparecido. Refleja, sin duda, una actitud de desconfianza, de alarma y hasta de protesta, explicable en un intelectual de tradición humanística, en confrontación con el nuevo espíritu de una sociedad, ya tecnológicamente avanzada como él la conoció. El insigne catedrático del Colegio de Francia, autor del célebre "Elogio a la Filosofía", insertó en su último libro "L'oeil et l'esprit" el siguiente fragmento, que además de interesar por su contenido, constituye una primicia al iniciarse el debate filosófico sobre la cibernética en la década de los sesenta:

> "El pensamiento 'operativo' se hace una especie de artificialismo absoluto, como puede verse en la "ideología cibernética", según la cual las creaciones humanas son derivadas de un procedimiento natural de información, pero concebido en sí mismo a partir del modelo de las máquinas humanas. Si un género de pensamiento tal asume por sí mismo encargarse del hombre y de la historia, y si, fingiendo ignorar lo que de ambos sabemos por contacto o por posición, dicho pensamiento

> emprende su construcción, la del hombre y la de la historia, tomando los movimientos de algunos índices abstractos, como se suele hacer en los Estados Unidos por obra de un psicoanálisis y de un culturalismo decadente, puesto que así el hombre llega a ser verdaderamente el "manipulandum" que piensa que es, se ingresa entonces en un régimen cultural en el que no hay ya ni verdad ni falsedad que toque al hombre y a la historia, en un sueño o en una pesadilla de los que nada será capaz de despertarlos".[11]

Esta misma apreciación filosófica la encontramos orquestada en doble clave, psicológica y sociológica, en el alemán Herbert Marcuse:

> "La cultura industrial avanzada es más *ideológica* que aquella que la ha precedido, en cuanto la ideología está en el presente insertada en el proceso mismo de producción... El proceso de producción por medio de máquinas conduce a un proceso social en que todo obedece a un sistema de fuerzas anónimas, que exige la secularización total y la destrucción de valores y de instituciones".[12]

Frente a esta acepción peyorativa del término "ideología" y, por extensión, del compuesto "ideología cibernética", se ha levantado, entre otras voces, la del profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad de Roma, Vittorio Frosini, para quien la "ideología cibernética", lejos de reducirse al significado particular del tipo de sociedad descrita por Marcuse con rasgos apocalípticos, en la que el individuo queda desposeído de su espíritu e instrumentalizado al servicio de la producción, debe concebirse con criterio más universal, que, si no es tan rigurosamente racional, es más humanamente razonable:

> "La "ideología cibernética" es la clave expresiva de una nueva actitud que la mente humana está obligada a admitir frente a la transformación de los modos de vida, determinada por el advenimiento de la segunda revolución industrial y que se especifica y manifiesta en los campos más diversos de la actividad humana".[13]

---

11. MERLEAU-Ponty: "L'oeil et L'esprit", Gallimard. París. 1964.
12. MARCUSE, Herbert: "El hombre unidimensional", Seix Barral, Trad. esp. en Barcelona (1969).
13. FROSINI, Vittorio: Cibernética, Derecho y Sociedad. Edit. Tecnos. Madrid. 1982, pág. 97.

Hay incluso quienes piensan curiosamente que "los modelos cibernéticos actuales muestran una sorprendente semejanza con el modelo propuesto por la tradición aristotélico-tomista", de tal manera que podría reconstruirse un modelo tomista-cibernético. La presunción señalada se desprende de la cuidadosa investigación realizada por el filósofo estructuralista norteamericano Charles R. Dechert, publicada con el título de "Cybernetics and Human Person".[14]

Entre estas dos posiciones extremas, la de aversión decidida a lo Merleau-Ponty, y la de adhesión exagerada de quienes llegan a comparar la "ideología cibernética", con la "filosofía perenne" de Santo Tomás, cabe el "justo medio" de una actitud equilibrada, abierta a la novedad de la metodología cibernética, pero con el propósito indeclinable de *humanizar* la máquina, en lugar de "robotizar" al hombre.

3.— *INFORMACION E INFORMATICA*

Como el resto de los seres vivos, el hombre debe satisfacer unas cuantas necesidades básicas para subsistir. Pero, a diferencia de los demás animales y plantas, tiene una necesidad que le es propia: *la de comunicarse*. No tanto en el sentido de la simple transmisión de la noticia, como en el más denso y profundo intercambio racional y emotivo que supone la idea de *participación,* tan reclamada hoy en todas las formas de convivencia humana.

La transmisión del mensaje, de las noticias, de información en general, es sólo el primer paso hacia la verdadera comunicación; porque no existen noticias puras, cualitativamente neutrales y objetivas. Por una parte, la emisión de la noticia responde a un enfoque del mundo y de todo lo que en él existe y ocurre, condicionado por el nivel cultural y el criterio de quien la emite; y por otra, quien recibe la noticia es influido por ella en alguna medida, dependiendo esto de la complejidad de la misma noticia, y del grado de diferencia (en cultura, educación, escala de valores, etc.) entre el emisor y el receptor.

---

14. DECHERT, Charles R.: El estudio que se menciona fue publicado en "International Philosophical Quarterly", febrero de 1965, obteniendo el premio "Herman Prize".

En síntesis, comunicar es *transmitir la cultura;* es intercambiar conocimientos, valores, hábitos, etc. Es compartir en la dimensión de lo socio-cultural, de lo religioso, de lo jurídico, de lo moral, en fin, de todo lo que es específicamente humano. El mundo de la cultura comprende todo eso. Es un mundo hecho por el hombre mismo que abarca todo lo que el hombre hace, incluyendo su propia conducta, que es la tarea más íntima y personal del hombre.

Sin embargo, información y comunicación tienden a confundirse en el empleo ordinario de ambos términos; a diferenciarse en aspectos meramente formales, como la posible unilateralidad de la información en cuanto comprende, no sólo el contenido del mensaje enviado a, o recibido de otros, sino también lo que se percibe directamente del entorno; la comunicación, en cambio, es siempre bilateral o multilateral, porque consiste en transmitir, mover o transportar información.

Los canales naturales que sirven al hombre para percibir información y comunicarla son sus cinco sentidos. Fueron el único soporte del primer estadio de la comunicación humana, basado en el sistema del lenguaje gesticular y oral. Dos grandes limitaciones lo enmarcaban: una de tipo *especial,* generada en el corto alcance de la visión y de la voz; y otra de índole *temporal,* debida a que la permanencia de la voz y el gesto sólo dura lo que su propia expresión.

Para remover estas dos limitaciones, hubo que recurrir a *medios* que permitiesen recoger y fijar la información en un soporte duradero y legible, a la vez que desplazarla, sacándola del reducido campo de la relación personal entre el emisor y el receptor. Estos medios son una especie de extensiones del hombre, en cuanto prolongan sus canales naturales de comunicación, expandiendo la información en el tiempo y en el espacio. Como instrumentos artificiales, son el resultado de las condiciones históricas y culturales de cada época.

Hasta hace pocos años, el único medio de difusión de la información era el papel impreso en cualquiera de sus diferentes modalidades: libro, folleto, revista, etc. Pero, la "era cibernética" está cambiando de raíz el entramado mismo de la vida y del quehacer del hombre. Tres innovaciones: La microelectrónica, la informática y las telecomunicaciones nos sitúan

hoy ante un hito tecnológico sin precedentes, que señala un auténtico salto cualitativo, calificado por algunos de explosión darwiniana, en la búsqueda de nuevos modelos cibernéticos en todos los ámbitos del conocimiento humano.

En el campo específico de la información, se han desarrollado nuevos sistemas de diseño, almacenaje, recuperación y difusión, algunos tan audaces que rozan en cierto sentido los dominios del cerebro humano. Surgieron nuevas profesiones como "Ingeniero Informático" o "Investigador Informático", referidas la primera a la tarea de concebir, construir y mantener los nuevos sistemas; y la segunda, a la investigación de las fuentes informativas. Se acuñaron expresiones como "explosión de información", "Polución Informativa", "Sociedad Informatizada", "Estallido Informático", "Era de la Información", "Industria del Conocimiento", etc., todas ellas indicativas de que el fenómeno tecnológico de la información se halla en este instante inserto en el centro mismo del sistema social, convirtiendo la vida diaria en un inmenso despliegue y entrecruzamiento de realizaciones técnicas que, en algunos casos, desbordan la naturaleza del hombre y lo presionan en la búsqueda de necesidades artificiales, alienando su personalidad de origen. Tal vez por esto creía Ortega que "la técnica es la producción de lo superfluo". De ser así, la nuestra sería una época de superfluidades cósmicas.

Pero el volumen y el grado de información que posee el hombre en este instante es tal y crece a una velocidad tan vertiginosa que su tratamiento y transmisión no pueden efectuarse desde los supuestos organizativos, éticos y políticos de una comunidad agraria o pastoril. Basta mencionar que la llamada "Industria del Conocimiento", entendiendo que esta expresión comprende todo aquello que produzca información social útil, como educación, investigación, comunicación, etc., genera un gasto que se aproxima al 50% del producto nacional bruto de los Estados Unidos. Recordemos, además, que en la "sociedad informatizada" actual: 1º) El 50% de los que trabajan en la industria, en las empresas de servicio o en la agricultura, esto es, de toda la población activa, se dedican exclusivamente a tareas que tienen que ver con el tratamiento y tranmisión de la información; 2º) Quienes realizan estas tareas se sirven de números y símbolos para manejar y poner en circulación mercan-

cías que, no sólo no tocan, sino que ni siquiera llegan a ver nunca, ni el principio ni el final del ciclo de producción y de consumo.

Hay que añadir a esto que la tecnología informática no se agota en sí misma, sino que, en la medida que complementa y amplía la capacidad de la mente del hombre, en esa medida ejerce funciones de engranaje y de central de conmutación de las demás tecnologías existentes. De modo que, si en sí misma considerada, ya representa un poderoso instrumento de configuración del entorno humano, su polivalencia por el engarce con prácticamente todos los demás sistemas tecnológicos le abre insospechadas posibilidades para imprimir carácter de original textura a toda una civilización que con razón se llama "sociedad informatizada".

Claro que esta explosión del "know-how" tecnológico desencadenó una espiral de impactos que se mueve sin solución de continuidad, penetrando nuevos campos y niveles cada día. El interés por el tema del impacto social de la tecnología informática y de su evaluación cara al futuro se puso de manifiesto en los diferentes Congresos Internacionales dedicados a su estudio. Sólo en 1979 se celebraron más de doce Congresos.[15]

Una de las consecuencias que tenemos que "padecer" en este tipo de sociedad informatizada es el monopolio fáctico de los técnicos, con un alto grado de especialización que los convierte en superexpertos, especie de "bárbaros especialistas", como los llamaba Ortega, que nos suministran información sólo parcial proveniente de sus respectivos campos de investigación superespecializada. Esta parcialidad de la información exige una labor de tratamiento que nos permita unir los dispersos caminos de la técnica en una idea unitaria y global, procesando y ordenando los datos parciales y aparentemente inconexos, hasta obtener la información deseada.

Información, por consiguiente, es el resultado del tratamiento de una serie de datos, sean o no numéricos, sean direc-

15. FUNDESCO Y EDITORIAL TECNOS, de Madrid, han traducido y editado el libro "Las repercusiones sociales de la Tecnología Informática" (1983), que recoge las ponencias presentadas en varios de estos Congresos. Ya en 1982 había traducido y publicado otro volumen con el título de "El Impacto Social de las modernas tecnologías de Información".

tamente percibidos del medio ambiente o contenidos en el mensaje emitido por otros. Y el conjunto de técnicas destinadas a ese tratamiento de la información es la *Informática*. Del mismo modo que las materias primas se convierten en un producto acabado mediante el proceso de manufactura, así los datos, sometidos al tratamiento de la informática, se convierten en información.

El término "Informatique" se atribuye al francés Philippe Dreyfus, quien tuvo el propósito de fusionar en un solo vocablo dos palabras: información y automática. Corrió con fortuna, imponiéndose con rapidez en el lenguaje científico y tecnológico para designar la naciente disciplina, definida como "la ciencia que se ocupa de las distintas técnicas y actividades relacionadas con el tratamiento lógico y automático de la información, en cuanto soporte de conocimientos y comunicación humana".[16] En otros términos, es la ciencia que tiene por objeto almacenar y ordenar, según un tratamiento lógico y con criterio científico, todos los datos necesarios para la resolución del problema de que se trate. Su "ratio essendi" es facilitar al hombre la mayor cantidad posible de datos precisos y de elementos que intervienen en el problema, ordenados sistemáticamente, para que sea precisamente el hombre quien, con plena libertad y posibilidad de elección, adopte la solución que estime más adecuado al caso concreto.[17]

Como ciencia del tratamiento de la información, es una de las aplicaciones directas de la cibernética, entendida ésta como "el estudio de todo sistema capaz de percibir, conservar y explotar una información, y de utilizarla con fines de dirección y de regularización".[18] Hoy no se puede prescindir de su presencia en la vida social, ni ignorar su importancia. Con su carga de interrogantes, se proyecta sobre todas las ciencias por igual, las de la naturaleza y las del mundo de la cultura, por ser la información embriagadora bebida de moda en el mundo actual, que se nos está subiendo a todos a la cabeza.

---

16. PEREZ LUÑO: Cibernética, Informática y Derecho. Edit. Tecnos. Madrid. 1976.
17. LOPEZ-MUÑIZ GOÑI, Miguel: Informática Jurídica Documental. Edit. Díaz de Santos. Madrid, 1a. Edic. 1984, pág. 9.
18. A. FELDBAUN, citado por SAUMJAN en "La Cibernetique et le langue", obra antes mencionada, pp. 138.

Es razón suficiente para explicar esta explosión de la tecnología informática en todos los campos de la ciencia el hecho de que *la información,* es un recurso que, aparte de ser limpio, consumidor de poca energía y de pocas materias primas, es excepcional, en el sentido de que no se agota al ser distribuido, como ocurre con otros productos. Por el contrario, todos los demás recursos dependen, en algún modo, de la información para su identificación, evaluación y utilización, de suerte que el nuevo desarrollo industrial está vinculado al mundo de la información. Como factor económico, en cuanto genera ocupación para el 50% de la población activa; y como fuente de poder, por la capacidad de toma de decisiones que implica, y porque la multiplicación de medios y procedimientos para poseerla están sólo al alcance de una minoría social, que concentra las tareas de adquisición, almacenamiento y difusión de información, a modo de oligopolios de este producto.

No se puede, en consecuencia, cerrar los ojos al mundo nuevo, y encapsularse en los viejos esquemas decimonónicos, opacos a luz y al bullicio de la gran fiesta cibernética. Hay que salir a su encuentro, como soldados de la cultura, atentos a los signos de los tiempos, y evaluar con ponderación razonable su impacto social.

UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO

REVISTA

DE LA

FACULTAD DE DERECHO

AÑO LECTIVO 1981 - 1982

No. 32

CARACAS VENEZUELA

CRONICA DE LA FACULTAD

JULIO A DICIEMBRE DE 1981

I. Ciclo Profesional

1. *Ingreso de nuevos profesores*

Por vía de concurso de credenciales ingresaron a la Facultad de Derecho los profesores Carlos Ayala Corao (Instituciones Políticas), Mario Bon espasandín (Historia del Derecho), Manuel Urriza y Néstor Colmenares (Sociología), Pedro Linares Gabaldón (Economía), Tarsicio Jañez (Lógica), Belkis Vethencourt V. (Derecho Civil I), Hermes Harting (Derecho Civil III), María Trinidad Silva de Vilela (Prácticas de II nivel (área penal), Alberto Bortone Alcalá (Prácticas de I nivel penal), Laura Rejón de Chacón (Prácticas de I nivel civil), Julio Rodríguez Berrizbeitia (Criminalidad Económica), Nathan Zaidman (Derecho Mercantil), Hermes Harting (Derecho Civil IV), Servio Tulio Altuve (Derecho del Trabajo), Enrique Itriago y Alberto Ramírez (Prácticas de II nivel laboral), Luis Torrealba Narváez (Derecho Administrativo II), Gustavo Mata Borjas (Pruebas), Florencio Contreras (Derecho Financiero), Ramón Escovar León (Derecho Sucesoral), Enrique Urdaneta Fontiveros (Derecho Civil V), Jesús Caballero Ortiz (Derecho Administrativo Económico), Román José Duque Corredor (Derecho Agrario), Frank Vecchionacce (Prácticas de II nivel penal), Alfredo Herrera Guevara (Prácticas de II nivel civil), Norma Hernández de Gómez Mantellini (Garantías), Oswaldo Mantero de San Vicente (Contratación Colectiva), José Miguel Uzcátegui (Finanzas Públicas), Delia Bolívar (Justicia de Menores), Luis Henrique Faría Mata (Procedimiento Contencioso Administrativo), Hugo Mármol y José Grasso Vecchio (Derecho Bancario y de Seguros), Alfredo González Carrero (Medicina Legal), Raúl Arrieta y Francisco Cabrera (Derecho Económico Internacional), Helios Castells (Procedimientos Mercantiles), Pedro Osman Maldonado (Casación Penal y Procedimientos Especiales), María José Canosa (Derecho Penal Económico), Franco Puppio Pisani (Régimen Jurídico de Fronteras) y Armida Quintana (Procedimientos Administrativos).

2. *Profesores a tiempo completo*

A proposición del Consejo de la Facultad, el Rector nombró a los profesores José Rafael Hernández Gordils y Carmelina

Valbuen de Silva, como profesores a tiempo completo de la Escuela.

3. *Nuevos Abogados*

En el mes de julio se llevó a efecto la colación de grados de los abogados egresados de la Escuela de Derecho en el año de 1981. Ellos son:

Dr. ENRIQUE ITRIAGO ALFONZO,
PADRINO DE ESTA PROMOCION

Títulos de Abogados egresados de la Universidad Católica Andrés Bello en el año 1982:

Ameliach Villarroel, M. C.
Aneas Rodríguez, Rafael
Avila Valery, José Manuel
Ayala Villanueva, Rosa M.
Behanu Chocrón, Sion Daniel
Bonezzi, María Alejandra
Boscán, Carlos María
Bruzual Gil, María Eugenia
Bubregh Cabré, Yvette Helena
Caridad Zavarce, Víctor Germán
Carmona Chersi, Armando José
Caroli Drovandi, Federico P.
Carpio Bejarano, Karina Y.
Chacón Casanova, Maritza
Cisneros Añez, Marisela
Colina Ruiz, Mayra
Conde Monteverde, María C.
Cordido-Freytes A., Mercedes
Corinelles Arroyo, María José
Creixeas Savignon, Rubén E.
Cruz Ploce, Helianta Belinda
Cimberknopp Herdan, Jack
D'Apollo Viera, José Enrique
Díaz Busek, Miroslava
Estrella Vallejo, Zobeyda M.
Fadel Muci, Habib Jesús
Farías Regardis, Eunice D.
Febres Serrano, Alba J.
Fernández Concheso, Aurelio E.
Fernández de C. de A., María R.
Fernández González, Carlos E.
Ferragonio Ippolito, Rosalba
Ferrer Oquendo, Pedro Luis
Fuenmayor Martínez, María G.
Gallegos Baldó, María A.

García Santana, Claudia
Giral. Pimentel, José Alfredo
Gómez Delgado, Neptalí A.
Gómez Rojas, Norma Alicia
González, Dorina Josefina
Guevara López, Milagros C.
Hernández Díaz, Francisco A.
Hernández Faría, Ilka M.
Herrera Altuna María, A.
Hobaica Rangel, Soraya J.
Junio de Morales, Juana
Kambo Vicentini, Isabella V.
Koch Guillén, Hazel
Koval Mazepa, Iván
La Riva Ron, María del Carmen
Linares Sanoja, Beatriz María
Martínez Salerno, Kathy P.
Mendoza Arcia, Norma
Montaño Martínez, Belli
Morales Landaeta, Ana Mercedes
Napolitano Rodríguez, Silvana
Núñez Gómez, Juan Olegario
Pacheco Sanfuentes, María A.
Pacífico Cinicolo, Adriana C.
Paredes Martínez, Sandra María
Pepe Damiani, Miguel Luis
Perdomo González, Omar Andrés
Pérez Arellano, Lourdes L.
Pérez Digiacomo, Eloina Teresa
Pérez Flores, Gerardo Enrique
Pons Guillén, María Nidia
Ponta de Lorenzo C., Nieves
Quintero González, Carmen I.
Raide Ricci, Edmundo José
Rangel de Peñaloza, Edith C.
Rivero Sequera, José I.
Rodríguez Castro, Carlos A.,
Rodríguez de Betancourt, G.
Rodriuguez Sánchez, José
Rojas Rojas, Lilián Josefina
Sánchez Ramírez, Yasmine T.
Sánchez Sánchez, Yubiry María
Serrano Carrasquel, Elizabeth
Simone Paz, Luciana
Sosa Espinoza, Carmen Alicia
Spósito Marín, Marisol
Testamarck Orellana, Katiuska
Torras de Krugmann, María
Trinkl Saal, Eva Blanca

Urbaneja S., Diego Tomás
Vallina Grisanti, Manuel X.
Velazco de Vetencourt, María C.
Villegas, Luis Enrique
Viloria Quintero, José Jesús
Yanes Borges, María Eugenia
Zamora Palaviccini, Annabelle

Dr. SERVIO TULIO ALTUVE
PADRINO DE ESTA PROMOCION

Títulos de Abogados egresados de la Universidad Católica Andrés Bello en el año 1982:

Acedo Sucre, Carlos Eduardo
Achong Lizardi, Ricardo A.
Alfonzo Carreño, Judith J.
Avila Quijada, Angel Augusto
Azpúrua Penso, José Jorge
Badell Madrid, José Rafael
Bethencourt Villasmil, Ricardo
Brito, Eduardo Enrique
Buschbeck León, Frank
Carmona, Norelis Amelia
Carrillo Batalla, Lucas V.
Castillo Finol de Yanes, Beatriz
Castro Solórzano, Nancy Clara
Cerezo Baños, Pedro
Chacín Rodríguez, Carlos M.
Contreras Moraux, Oscar José
Cordero Urbina, Nelly Josefina
De La Rosa Stolk, Guillermo
Delgado Fernández, C.
Dutkuwski Canto, Alejandra
Egaña Wallis, Manuel Ricardo
Eiris Bonilla, Moritz Joaquín
Gamboa Olivares, Carlos Manuel
García Gutiérrez, Carmen Juana
García Mata, Raúl Darío
Giménez Parra, Gonzalo Javier
Granda Fuentes, Zoilo Antonio
Grau de Togores, María Amparo
Guzmán González, Bertha E.
Iribarren Monteverde, Henrique
Lavieri Varganciano, Luisa M.
López Meinharolt, Alcides José
López Ramírez, Francisco
Mantellini Perera, David Darío
Martinelli Underka, Jorge

Monsalve Vásquez, Gonzalo
Morales Medina, Eduardo
Moratinos Aizeaga, Gioconda
Moreno de Tovar Mirda, Esther
Núñez Giménez, Froilán Ignacio
Obadía Bibas, Zandra
Oquendo Rotondaro, Luis R.
Palazzi Octavio, Pedro Alberto
Parada de Curiel, Yudith
Peña Paradas, Rosa Adelaida
Pérez-Segnini R., Juan Carlos
Pisani Siebert, Rodolfo A.
Polanco Fernández, Eduardo J.
Puche Faría, Guido Alfonso
Ramírez de Castro, Elsa
Rengel Núñez, Pedro Agustín
Rivero de Delgado, Leida J.
Rodríguez de Sánchez, Solanda
Rodríguez López, Marlene
Rojas Gudiño, Maygualida
Salgo Gómez, Susana Elizabeth
Sánchez García, Jesús Enrique
Schilling Lucena, Ricardo J.
Sierra Pinto, Modesto
Silva Lares, Yolanda M.
Socorro Morales, Azael Enrique
Torres Buschbeck, Oscar I.
Trías Bertorelli, Diana M.
Velásquez B., Gustavo Luis
Vivas Hernández, Alejo Darío
Vives García, José María

II. Ciclo de Estudios de Post-Grado

1. Se iniciaron los nuevos semestres de los Cursos de Post-Grado de la Facultad, con una inscripción distribuida de la siguiente forma: Derecho Público, 14 alumnos. Ciencias Penales, 8 alumnos. Derecho Mercantil, 25 alumnos y Derecho Empresarial, 3 alumnos.

2. El 23 de octubre de 1981 recibieron su Título de Magister los Abogados Gabriel Alberto Mendoza, Teresa de Jesús Osorio de Villasmil y Nora Julieta Vásquez de Escobar. En la misma fecha recibieron Diploma de Especialista, los siguientes profesionales: Carmen Eligia Bracho Pérez, Digna Moreno Pargas y Medardo Antonio Páez (Derecho Agrario); Lore Cabruja Ituarte, Nancy García García y Laura Luisa Rejón de Chacón (Derecho Empresarial); Betty Espinoza Mogollón, Thaís Ortiz Zerpa, Eumelia Rivero de Mata, Vicente Simoza

Aguilarte, Franz Ramón Valbuena Paz, Keyla Mercedes Peraza G., y Ana María Perdomo Gallo (Derecho Mercantil); y Gustavo Fajardo Rojas (Derecho Público).

III. Investigación

1. Se celebró el acto de firma del Convenio de Investigación sobre el "Régimen legal de la Administración descentralizada", entre la UCAB y la Oficina Central de Presupuesto, proyecto a ser desarrollado por el Centro de Investigaciones Jurídicas adscrito a la Facultad.

2. *Concurso de investigaciones estudiantiles*

El Consejo de la Facultad nombró Jurados para los trabajos de investigación estudiantil, propuestos por el Centro de Investigaciones Jurídicas, los cuales quedaron integrados así: Drs. Germán Acedo Payarez y José Ignacio Moreno: "Régigimen Municipal: de Roma a la crisis", presentado por el Brs. Gilberto Carrasquero, Henrique Meier Echeverría y Carlos Ayala Corao. "El procedimiento expropiatorio", presentado por los Brs. Tulio Alvarez Ramos, Carlos Escarrá Malavé. "Exposición de motivos y proyecto de ley de reforma parcial de la ley de expropiación por causa de utilidad pública o social", presentado por dos Brs. Rubén Creixems, Jack Cinberknoph, Isabella Kambo, Beatriz Linares y Manuel Vallina, Luis María Olaso, S. J. y Fernando Pérez Llantada, S. J. "La pena de muerte", presentado por la alumna Ana Arvelo Tetriakov.

IV. Otras Actividades

1. *Foros*

En el mes de noviembre se realizó el Foro sobre la Obra Jurídica de Don Andrés Bello, bajo el patrocinio del Comité Jurídico Interamericano de la OEA y la organización de la Facultad. Fueron ponentes en la UCAB, los siguientes oradores: Fernando Murillo, España. Héctor Gros Spieli, Uruguay. Andrés Aguilar, Venezuela. Galo Leoro, Ecuador. Tatiana de Maekelt, Venezuela y Pedro Daza, Chile. El discuso de orden en el acto de clausura estuvo a cargo del Decano, R. P. Luis María Olaso, S. J.

El Centro de Estudiantes de Derecho y la Acción Universitaria Bolivariana, promovieron un Foro sobre Democracia y Medios de Comunicación, con los Drs. Marcel Granier y Alejandro Fuenmayor. El Foro en cuestión fue moderado por la Directora de la Escuela, profesora María Helena Fernández V.

2. *Representación de la Facultad*

El Dr. Hugo Mármol Marquís representó a la Facultad en el II Encuentro Internacional de Familiares de Detenidos y Desaparecidos de América Latina, organizado por FUNDALATIM, celebrado en Caracas del 24 al 28 de noviembre.

El profesor Mario Bon Espasandín representó la Facultad en un Congreso de Sociología que se celebró en Puerto Rico entre los días 7 y 8 de octubre.