



REVISTA DE DERECHO 3

República Bolivariana de Venezuela
Tribunal Supremo de Justicia



**REVISTA
DE
DERECHO
3**



Caracas, Venezuela
2001

TRIBUNAL SUPLENTE DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA



Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Central del Poder Judicial de la Federación y está a disposición de la comunidad académica y de la ciudadanía en general. No permite ninguna explotación económica ni ninguna transformación de esta obra. Queda permitida la impresión en su totalidad o parcialmente.

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA AUTORIDADES

SALA CONSTITUCIONAL

Dr. Iván Rincón Urdaneta
Presidente del Tribunal y de la Sala
Dr. Jesús Eduardo Cabrera
Vicepresidente de la Sala
Dr. José Delgado Ocando
Dr. Antonio García García
Dr. Pedro Rondón Haaz

SALA ELECTORAL

Dr. Alberto Martini Urdaneta
Presidente de la Sala
Dr. Luis Martínez Hernández
Vicepresidente de la Sala
Dr. Rafael Hernández Uzcátegui

SALA DE CASACIÓN PENAL

Dr. Rafael Pérez Perdomo
Presidente de la Sala
Dr. Alejandro Angulo Fontiveros
Vicepresidente de la Sala
Dra. Blanca Rosa Mármol de León

SALA POLÍTICOADMINISTRATIVA

Dr. Levis Ignacio Zerpa
Presidente de la Sala
Dr. Hadel Mostafá Paolini
Vicepresidenta de la Sala
Dra. Yolanda Jaimes Guerrero

SALA DE CASACIÓN CIVIL

Dr. Franklin Arrieché Guriérrez
Primer Vicepresidente del Tribunal y Presidente de la Sala
Dr. Carlos Oberto Vélez
Vicepresidente de la Sala
Dr. Antonio Ramírez Jiménez

SALA DE CASACIÓN SOCIAL

Dr. Omar Alfredo Mora Díaz
Segundo Vicepresidente del Tribunal y Presidente de la Sala
Dr. Juan Rafael Perdomo
Vicepresidente de la Sala
Dr. Alfonso Valbuena Cordero

Los artículos publicados han sido sometidos a arbitraje, de acuerdo con las normas internas.

La Revista no se hace responsable por el contenido de los artículos firmados ni por originales no solicitados.

Se solicita canje con publicaciones análogas a ésta.

©Tribunal Supremo de Justicia

ISBN: 980-07-6783-5 (Series)

Depósito Legal If: 252200034025 (Series)

Depósito legal If: 51820013401656 (Nº 3)

ISBN 980-6487-06-0 (Nº 3)



Sumario

Presentación

Fernando Parra Aranguren. 7

DOCTRINA

El negocio jurídico como fuente del derecho, Rafael Guillod Troconis. 23

Rango o jerarquía de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico venezolano (1999), Lurys Hernández Villalobos. 111

La Cláusula Emancipativa de los Derechos Humanos en la Constitución venezolana, Agustina Yadira Martínez e Innes Faría Villarreal. 133

La nueva Constitución venezolana y su incidencia en el procedimiento cautelar, Rafael Ortiz-Ortiz. 153

El Parlamento Latinoamericano: Los desafíos de una alternativa hemisférica de integración en el siglo XXI, Jorge Petit Medina. 175

Procedimiento administrativo de la responsabilidad extracontractual de la administración pública por sus hechos y actos, María Eugenia Soto Hernández. 187

Apreciaciones sobre el orden estatal, sus normas, principios e incidencias en el órgano Presidencia de la República, Emilio Spósito Contreras. 215

LEGISLACIÓN

<i>Reflexiones en torno a la capacidad procesal en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente</i> , María Candelaria Domínguez Guillén.	257
<i>El arbitraje arrendaticio</i> , Gilberto Alejandro Guerrero-Rocca.	289
<i>Domicilio a los fines de la cautio iudicatum solvi</i> , Eugenio Hernández-Bretón.	349
<i>Derogatoria del artículo 36 del Código Civil ante la vigencia de la Ley de Derecho Internacional Privado</i> , Tatiana B. de Mackelt y Haydée Barrios.	355
<i>La sustitución de bienes en las medidas cautelares en el derecho venezolano</i> , María Petzold-Rodríguez.	365
<i>Los delitos tributarios y el principio de la legalidad</i> , Jesús R. Quintero P.	393

DECISIONES JUDICIALES

<i>Análisis de una sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Social</i> , Rafael J. Alfonso-Guzmán.	409
<i>El Contencioso Tributario y la perención de la instancia en el Tribunal Supremo de Justicia</i> , Julio Betancourt V.	431
<i>El periodo indexatorio a juicio de la Sala de Casación Social</i> , María Candelaria Domínguez Guillén.	439
<i>A propósito del silencio de prueba</i> , Carlos Oberto Vélez.	465

VARIOS

<i>Ética de los profesionales del Derecho</i> , Moisés Hirsch Batist.	483
---	-----

Presentación

I Este número de la REVISTA DE DERECHO, del Tribunal Supremo de Justicia, está dividido en cuatro secciones: Doctrina, Legislación Decisiones Judiciales y Varios.

II La de Doctrina divulga trabajos de Rafael Guilliod Troconis (*El negocio jurídico como fuente del derecho*), Lurys Hernández Villalobos (*Rango o jerarquía de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico venezolano (1999)*), Agustina Yadira Martínez e Innes Faria Villarreal (*La Cláusula Enunciativa de los Derechos Humanos en la Constitución venezolana*), Rafael Ortiz-Ortiz. (*La nueva Constitución venezolana y su incidencia en el procedimiento cautelar*), Jorge Petit Medina (*El Parlamento Latinoamericano: Los desafíos de una alternativa hemisférica de integración en el siglo XXI*), María Eugenia Soto Hernández (*Procedimiento administrativo de la responsabilidad extracontractual de la administración pública por sus hechos y actos*) y Emilio Spósito Contreras (*Apreciaciones sobre el orden estatal, sus normas, principios e incidencias en el órgano Presidencia de la República*).

1. El estudio de Rafael Guilliod Troconis (*El negocio jurídico como fuente de derecho*) "tiene por objeto estudiar en su dimensión más amplia el concepto de negocio jurídico como fuente del derecho". Con estas miras, lo divide en tres partes: primero repasa "los principios básicos de la teoría de las fuentes del derecho", para lo cual examina, como asunto conexo, el concepto de nor-

ma jurídica, particularmente para determinar “si los caracteres de generalidad y abstracción son condiciones propias de la norma jurídica”. Revisa “la opinión que mantiene la teoría del derecho tradicional en el sentido de que la noción de norma jurídica está reservada a aquellas normas que reúnan los caracteres de generalidad y abstracción” y, frente a ella, la “más moderna afirma que una norma jurídica puede tener contenido particular y concreto”. De la posición que se adopte frente a esa polémica, afirma, “dependerá entonces la admisión de las llamadas normas de efectos particulares y concretos como normas jurídicas y no como actos de mera aplicación del derecho”

Seguidamente se concentra “en los aspectos fundamentales de la teoría del negocio jurídico como fuente de normas de efectos particulares”. Para ello estudia el concepto de autonomía privada y el fundamento para que el ordenamiento jurídico le otorgue efectos a las manifestaciones de voluntad privada. En este sentido, señala “dada la aceptación de las normas de efectos particulares como fuentes del derecho por parte de la teoría general del derecho, es forzoso admitir a una de sus especies, esto es, el negocio jurídico, como fuente del derecho. Importaría entonces más bien comprender el sentido y alcance del reconocimiento de efectos jurídicos a la voluntad individual”. Analiza, además, “la problemática de la consideración del negocio jurídico, como fuente de normas generales” y finaliza la sección revisando “la noción del negocio jurídico”.

La última sección intenta determinar “el alcance de la noción de negocio jurídico, apelando a una definición denotativa del indicado término” con el “propósito de precisar si tiene asidero desde el punto de vista científico el reconocimiento de la categoría negocio jurídico, en tanto clase que pretende englobar figuras, como el contrato, el matrimonio y el testamento”.

Entre sus conclusiones cabe mencionar la condición de fuente del derecho del negocio jurídico, por una parte, y, por la otra, que “es perfectamente admisible la aplicación del término negocio jurídico tanto al matrimonio como al contrato y al testamento”.

2. El ensayo de Lurys Hernández Villalobos (*Rango o jerarquía de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico venezolano (1999)*), “abarca el estudio de las normas y principios fundamentales sobre el rango o jerarquía de los Tratados Internacionales en nuestro Ordenamiento jurídico Venezolano, puesto que éstos son considerados la fuente más importantes del Derecho Internacional Público, debido a que constituyen el mecanismo por

excelencia para mantener el equilibrio, la paz y seguridad del orden público mundial”.

De conformidad con la autora, “la investigación tuvo como objetivos generales analizar el rango ocupado por estos documentos internacionales en nuestra esfera jurídica interna, distinguiendo la situación de los tratados frente a las leyes ordinarias y los tratados frente a la Constitución, resultando pertinente incluir algunos de los cambios producidos por la novedosa Constitución de la República Bolivariana de Venezuela sobre los mismos, entre los que destacan la Constitucionalización de los Tratados sobre Derechos Humanos y su auto-ejecutividad, como uno de los avances más significativos del novedoso texto Constitucional, que a su vez se traduce en un gran progreso para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos” lo que la “condujo indefectiblemente a realizar un análisis comparativo entre la Constitución Nacional derogada y la vigente, atinente a la materia analizada”.

El estudio es de tipo documental y se fundamenta en una multiplicidad de fuentes: instrumentos internacionales, la Constitución Nacional vigente y la derogada, la doctrina, artículos de revistas, amén de una revisión del repertorio jurisprudencial de la extinta Corte Suprema de Justicia (ahora Tribunal Supremo de Justicia) sobre la materia.

“De la investigación —afirma— hemos concluido que la insuficiencia normativa, que a nivel legal existe en Venezuela acerca de la regulación de los tratados internacionales constituye ineludiblemente un gran compromiso para la Asamblea Nacional, como máximo representante del Poder Legislativo, la cual —pensamos— debe sancionar una ‘Ley para la Celebración de Tratados Internacionales’”.

3. El artículo 22 de la Constitución vigente —señalan Agustina Yadira Martínez e Innes Faría Villarreal (*La cláusula enunciativa de los Derechos Humanos en la Constitución Venezolana*)— reconoce expresamente la existencia de derechos inherentes a la persona humana no reconocidos expresamente en el texto constitucional y en los instrumentos internacionales sobre la materia; pero, al dejar “sin fijar cuáles son los parámetros para determinarlos, deja impreciso su alcance, por lo tanto ha sido labor de la doctrina y de la jurisprudencia emanada del Máximo Tribunal de la República (...) señalar” sus límites.

El ensayo persigue, básicamente, tres puntos: configurar el origen, interpretación y principales consecuencias de la inclusión —en la normativa constitucional— de este tipo “de cláusulas enunciativas que permitan establecer una

carta abierta de derechos humanos"; determinar un "criterio capaz de conceputar y caracterizar los derechos humanos inherentes a la persona humana"; y, finalmente, "mostrar el pronunciamiento del Tribunal Supremo de Justicia venezolano sobre este criterio".

4. De Rafael Ortiz-Ortiz (*La nueva Constitución venezolana y su incidencia en el procedimiento cautelar*) se difunde la versión escrita de la Conferencia que pronunciara en el marco de las VII Jornadas Lic. Miguel José Sanz del Colegio de Abogados del Estado Carabobo, en homenaje al Doctor Román José Duque Corredor.

El autor aborda cinco aspectos: "la justicia como una legítima aspiración del soberano y que, durante el proceso constituyente, generó no menos discusiones que el resto del articulado constitucional; en segundo lugar, (...) caracteriza) la jerarquía constitucional y su primacía con respecto del ordenamiento jurídico. La tercera área (...) será reflexionar sobre el futuro del Derecho procesal y, en general, de la ciencia del proceso, para arribar a la necesidad de instaurar una 'tutela diferenciada'. Inmediatamente analizaremos nuevas perspectivas de 'relación' (esto es, semejanzas y diferencias) entre la 'tutela cautelar' y la 'tutela preventiva', y culminaremos (...) con algunas innovaciones que deben plantearse en el procedimiento cautelar bajo la vigencia de la nueva Constitución venezolana".

5. El Parlamento Latinoamericano, "órgano parlamentario regional, permanente y unicameral, conformado por diputados de veintidós países hispano y uso parlantes del continente", es el tema del trabajo de Jorge Petit Medina (*El Parlamento Latinoamericano: Los desafíos de una alternativa hemisférica de integración en el siglo XXI*). Divide su trabajo en cinco puntos: el primero trata los aspectos generales de la labor del Parlamento Latinoamericano; seguidamente, se refiere a la estructura organizativa del Parlamento Latinoamericano, donde hace referencia a la asamblea, la junta directiva, el consejo consultivo, la secretaría general y las comisiones permanentes; el tercero lo dedica a los principios y propósitos del Parlamento Latinoamericano, en función de los artículos 2 y 3 del Tratado de Institucionalización del Parlamento Latinoamericano; luego se refiere a la presencia de Venezuela actualmente en el Parlatino; el último lo dedica a unas consideraciones finales.

Entre las últimas cabe mencionar su concepción sobre la integración latinoamericana, la cual "no debe verse como un objeto abstracto ni como la multiplicación de problemas y crisis políticas, desigualdades sociales, debilitamiento institucional, inseguridad jurídica, carencia de soluciones auténticas

y el resurgimiento de caudillos mesiánicos, muy por el contrario ha de ser vista como la arista positiva de esa realidad llamada 'globalización'. La integración debe perfilarse hacia el fortalecimiento de los esquemas e instituciones ya existentes, unicidad de criterios y resultados positivos de un política internacional proactiva de la mancomunidad latinoamericana, equidad social, política económica, y crear en los ciudadanos la convicción que la legitimación activa para la validez interna y uno de los factores decisivos en el éxito y vigencia de estos procesos los tienen ellos."

6. El ensayo de María Eugenia Soto Hernández (*Procedimiento administrativo de la responsabilidad extracontractual de la administración pública por sus hechos y actos*) tiene como finalidad principal "examinar la vía procedimental de la Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública en Venezuela, bajo un enfoque legal, doctrinario y jurisprudencial. La estrategia utilizada es la investigación documental y el método es de carácter analítico descriptivo. Asimismo, se estipulan cuatro secciones, las cuales se describen a continuación: En un primer término se emite una conceptualización del Procedimiento Administrativo de la Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública a objeto de diferenciarlo con la institución del proceso contencioso administrativo. En segundo término, se plantea el iter procedimental derivado de las operaciones materiales o actuaciones físicas que pudiesen dar origen a la producción de hechos administrativos causantes de daños a particulares y que por ende accionan el sistema de responsabilidad extracontractual de la Administración Pública. El antejuicio administrativo, su correspondiente procedimiento e implicaciones, constituye el tercer término de la investigación. Finalmente, en cuarto término se realiza una disertación acerca del agotamiento del procedimiento administrativo de la Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública por sus actos, ya sean de efectos generales o particulares".

7. Los cambios constitucionales de 1999, apunta Emilio Spósito Contreras (*Apreciaciones sobre el orden estatal, sus normas, principios e incidencias en el órgano Presidencia de la República*) representan, "para la mayoría de los venezolanos (...) una incógnita". Entre ellos destaca la "división entre el Estado y la sociedad; la posibilidad del ejercicio directo de la soberanía popular; la ampliación del Poder Público; el sobredimensionamiento del gobierno; el Estado de Justicia enfrentado al Estado de Derecho, revelan innovaciones que tendrán necesarias implicaciones en las tres líneas de estudio de la Teoría de la Organización".

El estudio —centrado en el órgano unipersonal Presidencia de la República— analiza “su competencia, jerarquía y responsabilidad frente a la creación de la Vicepresidencia Ejecutiva”. Esto le permite, además de profundizar en el estudio de la Constitución de 1999, “comprender algunos detalles que hasta ahora la teoría ha tenido dificultad para explicar”.

De sus conclusiones cabe señalar que considera que la figura del Vicepresidente Ejecutivo sólo sirve “para desahogar al Presidente de la República del ejercicio de funciones administrativas y servir de ‘Lugarteniente’ o sucesor provisional en la jefatura del gobierno y hasta del Estado, mas nunca del liderazgo popular, en ausencias temporales o absolutas, y así evitar una gran crisis de índole institucional”.

III La sección de Legislación divulga estudios de María Candelaria Domínguez Guillén (*Reflexiones en torno a la capacidad procesal en la ley orgánica para la protección del niño y del adolescente*), Gilberto Alejandro Guerrero-Rocca (*El arbitraje arrendaticio*), Eugenio Hernández-Bretón (*Domicilio a los fines de la cautio iudicatum solvi*), María Petzold-Rodríguez (*La sustitución de bienes en las medidas cautelares en el derecho venezolano*) y Jesús R. Quintero P. (*Los delitos tributarios y el principio de la legalidad*).

1. María Candelaria Domínguez Guillén (*Reflexiones en torno a la capacidad procesal en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente (LOPNA)*) no pretende hacer un minucioso estudio de la capacidad procesal del menor sino exponer “simples ideas que se pasean por la pregunta relativa a si la LOPNA puede atribuir capacidad procesal a un ser humano, que por lo general es incapaz de obrar en razón de la edad”, por una parte, y por la otra, fomentar la discusión sobre la interrogante planteada.

Comienza refiriéndose al problema terminológico que ha suscitado la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente en nociones como “menor”, “incapaz” y “sujeto de derecho”. Luego analiza la capacidad procesal del menor de edad y la LOPNA, para distinguir tres puntos: el planteamiento, la incapacidad procesal del menor de edad y el sentido de la participación del niño o del adolescente.

Concluye afirmando que “la necesidad de tomar en cuenta en una forma activa y protagónica al menor de edad, no supone la utilización inadecuada de términos jurídicos, tales como ‘minoridad’, ‘sujeto de derecho’ e ‘incapacidad’. El nuevo paradigma que se propugna a través de la LOPNA y por el cual se desea rescatar al menor de un olvido que ciertamente excede la reforma de

la Ley, no se hace efectivo desconociendo las nociones básicas que sustentan la Teoría General del Derecho. Hemos reiterado que la LOPNA no afecta en términos generales la capacidad procesal del menor de edad. Tal noción no debe confundirse con la figura de la legitimación, o la consideración especial de la opinión del menor en razón de su grado de madurez. No es posible desconocer una incapacidad procesal que se desprende de los principios generales que rigen la capacidad, de la lógica jurídica, de la naturaleza biológica y de la esencia misma del ordenamiento jurídico”.

2. Gilberto Alejandro Guerrero-Rocca (*El arbitraje arrendaticio*) señala que de acuerdo con la nueva Constitución, artículo 258, el legislador debe promover los medios alternativos para la solución de conflictos, entre los cuales destaca el arbitraje; pero esta obligación no se circunscribe al legislador sino que incluye a todos los aplicadores del derecho. Al entrar en vigencia la Ley de Arbitraje Comercial, observa, “se sistematizó el arbitraje en lo que se refiere al ámbito comercial, estatuyéndose un régimen legal, que verdaderamente le promueve como alternativa extrajudicial para la solución de conflictos”.

Esta Ley, además de permitir iniciar el procedimiento de arbitraje “sin recurrir por ante el Juez de Primera Instancia, (...) regulariza, sistematiza y promueve la constitución de Centros de Arbitraje en las Cámaras de Comercio y en cualesquiera otras instituciones como las Universidades, Colegios Profesionales, Academias, entre otras. (...) Establece un procedimiento de arbitraje, de aplicación supletoria o voluntaria, cuando no sea aplicable el de la institución seleccionada o las partes ya hayan establecido uno. (...) Regula y pormenoriza tanto las formas en que las partes pueden acordar someter sus disputas en arbitramento (...) como (...) los requisitos que dicho acuerdo debe contener”, además de sistematizar y unificar “los supuestos no susceptibles de ser ventilados en arbitraje como los motivos de anulabilidad de los laudos arbitrales y su procedimiento”.

Su trabajo lo dedica a considerar “las innumerables ventajas que superan con creces la tímida, limitada y circunscrita normativa recogida en el Código de Procedimiento Civil respecto del arbitramento”. De este modo se refiere al ámbito de validez (temporal y material), a las clases de arbitraje (institucional e independiente, público y privado), al acuerdo compromisorio y, particularmente, a su validez, a la eficacia del arbitraje frente a la jurisdicción ordinaria y, finalmente, al procedimiento.

3. La fórmula derogatoria utilizada por la Ley de Derecho Internacional Privado (LDIP), afirma Eugenio Hernández-Bretón (*Domicilio a los fines de la cautio iudicatum solvi*), "es lo suficientemente amplia como para afirmar la derogación de cualquier norma de Derecho Internacional Privado preexistente al 6 de febrero de 1999 que regulase la materia cubierta por la LDIP" y "para generar discusiones" sobre "la real extensión de la fuerza derogatoria" de la Ley vigente. El autor opina "que la disposición del artículo 63 de la Ley fue concebida para exponer que toda la normativa anterior preexistente en materia de Derecho Internacional Privado en sentido amplio, que fuese objeto de normación por la LDIP, quedaba derogada en el momento" del inicio de su vigencia y, como la LDIP no regula la *cautio iudicatum solvi*, en esta materia queda vigente lo dispuesto en el Código Civil, artículo 36, aun cuando, "a los fines de su aplicación, se requiere verificar qué contenido debe darse a la expresión domicilio utilizada en dicho artículo".

4. Tatiana B. de Mackelt y Haydée Barrios (*Derogatoria del artículo 36 del Código Civil ante la vigencia de la Ley de Derecho Internacional Privado*), no concuerdan con la opinión recogida en el artículo anterior. Para ellas, "el artículo 36 del Código Civil es, sin duda alguna, una norma de Derecho Internacional Privado de carácter especialísimo, y cuya derogatoria a la luz de la Ley de Derecho Internacional Privado está en discusión", pues "el artículo 63 de la Ley de Derecho Internacional Privado contiene una derogatoria, de carácter general, de todas las disposiciones que regulen la materia objeto de esta Ley. Su característica de ley general coadyuva a plantear dudas sobre el alcance de las diversas derogatorias frente a las disposiciones especiales contenidas en los códigos y leyes".

Luego de referirse al origen, objetivos y características de la norma y a la ubicación en el Código Civil de la *cautio iudicatum solvi*, aluden al concepto de domicilio en el Derecho Internacional Privado, a la aplicación general del domicilio en el ámbito del Derecho Internacional Privado y al alcance de la derogatoria contenida en el artículo 63 de la Ley de Derecho Internacional Privado. Posteriormente, hacen mención a la importancia práctica de la *cautio iudicatum solvi* a la luz del cambio del concepto de domicilio en el Derecho Internacional Privado, a la derogatoria de la *cautio iudicatum solvi* en el Derecho mercantil y en el Derecho laboral, al Debido Proceso y al equilibrio de los intereses de las partes.

Entre sus conclusiones, cabe mencionar que consideran que el artículo 36 del Código Civil no fue derogado; que el concepto de domicilio debe calificarse de acuerdo con la Ley de Derecho Internacional Privado y que "al juez le

corresponde, en todos los casos, encontrar la solución de equidad y equilibrio para las partes involucradas en la controversia, tomando en cuenta el contenido del artículo 20 del Código de Procedimiento Civil".

5. El estudio de María Petzold-Rodríguez (*La sustitución de bienes en las medidas cautelares en el derecho venezolano*) pretende "analizar la institución de la jurisdicción cautelar y, más específicamente, la sustitución de bienes en las medidas cautelares", fundamentalmente a la luz de la doctrina (nacional y extranjera) pues, "para la fecha de su conclusión, no existía casi ningún pronunciamiento sobre la sustitución de bienes en el ámbito jurisdiccional, por lo menos en lo que respecta a los diez últimos años de actividad de la Sala de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia, hoy Tribunal Supremo de Justicia".

En este orden de ideas, hace "una exposición general de la materia" y luego estudia las medidas preventivas (su desarrollo histórico, las diversas concepciones, su naturaleza y algunas de sus características "que contribuyen a que la sustitución de bienes exista". Examina, además, "su clasificación y (...) las medidas preventivas típicas: el embargo, el secuestro y la prohibición de enajenar y gravar". Finalmente, precisa "en qué consiste la sustitución de bienes, la oportunidad para sustituir y las medidas que admite este recurso", sin dejar de destacar "el interés que tiene, en nuestra vida profesional, la sustitución de bienes, aunque en la práctica cotidiana muchos colegas revelen una lamentable ignorancia sobre su utilidad y, más específicamente, sobre la oportunidad adecuada para solicitarla".

6. Jesús R. Quintero P. (*Los delitos tributarios y el principio de la legalidad*) comenta el contenido del artículo 317 de la Constitución vigente y el de la Disposición Transitoria Quinta *ejusdem* por considerar que ambas disposiciones, "con todas sus inexactitudes e imprecisiones, configuran un programa legislativo en materia penal tributaria, esto es, (...) determinan una vinculación positiva de los poderes constituidos al poder constituyente, vinculación que, desde luego, se desenvuelve dentro del ámbito de la vinculación negativa que resulta también a cargo del poder constituido de los principios generales y valores superiores que el mismo texto constitucional expresa, relativos a la tipificación de las conductas delictivas", entre los cuales, "interesa destacar el principio de la legalidad" (artículo 49, numeral 6, *ejusdem*) en cuanto "dispone que ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes". Sus observaciones lo llevan a concluir afirmando que "la san-

ción del Código Orgánico Tributario en acatamiento al plan legislativo (formulado), pero desconociendo las exigencias del principio de legalidad (...) estaría viciado de inconstitucionalidad”.

IV La tercera sección —Decisiones Judiciales— divulga comentarios de sentencias elaborados por Rafael J. Alfonzo-Guzmán (*Análisis de una sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Social*), Julio Betancourt V. (*El Contencioso Tributario y la perención de la instancia en el Tribunal Supremo de Justicia*), María Candelaria Domínguez Guillén (*El periodo indexatorio a juicio de la Sala de Casación Social*) y Carlos Oberto Vélez (*A propósito del silencio de prueba*).

1. Rafael J. Alfonzo-Guzmán (*Análisis de una sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Social*) comenta la sentencia N° 61 de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, de 16 de marzo de 2000, con ponencia del Magistrado Juan Rafael Perdomo, en el caso Félix Ramón Ramírez y otros contra Distribuidora Polar S.A. (DIPOSA). El análisis presentado tiene importancia no sólo por la doctrina sustentada en el fallo mencionado sino porque la misma fue ratificada el 31 de mayo del año en curso (Sala de Casación Social, sentencia 103, caso Enrique José Rondón y otro contra Distribuidora Polar S.A. (DIPOSA), con ponencia del Magistrado Omar Alfredo Mora Díaz.

La sentencia 61 de 16 de marzo de 2000 fue objeto de numerosos comentarios, a favor y en contra, en los círculos jurídicos del país por la novedad de su contenido. Entre ellos cabe mencionar los de Ana C. Gerson Anzola (en esta Revista, N° 1, pp. 303-309), Victorino Márquez (“El desbordamiento del Derecho del Trabajo”), César Augusto Carballo Mena y Humberto Villasmil Prieto (“El objeto del Derecho del Trabajo”), ambos en *Las fronteras del Derecho del Trabajo*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 2000, pp. 7-41 y 77-116, en su orden) y María Bernardoni de Govea (“Empresa y Trabajo: ¿entre Ética y Derecho?”), en *Jurisprudencia Clave del Tribunal Supremo de Justicia*, Tomo I, Caracas 2000, pp. 180-189. A tales explicaciones de la doctrina contenida en el fallo, se agregan hoy los que difundimos de Rafael Alfonzo-Guzmán.

A juicio del autor, la sentencia “presenta (...) dos grandes órdenes de inconsistencias. El primero, es malentender la casación de oficio como actividad propia de una tercera instancia de la causa, vulnerando con ello los límites que imponen la ley y la naturaleza de la facultad concedida al Tribunal de

Casación. El segundo, es la errónea concepción de los efectos de la presunción establecida en el artículo 65 de la Ley Orgánica del Trabajo, y la equivocada interpretación de las reglas y principios sobre la subordinación laboral, el salario y la forma de su pago”.

Su análisis, entre otras conclusiones, señala que “quebranta por igual el propósito y la letra de la ley el juez que, con vista de las pruebas producidas, no declara en su sentencia el contrato de trabajo que vinculó a las partes, como el que niega sin razón el contrato civil o mercantil que realmente existió entre ellas”. Termina recomendando mecanismos tendentes a obviar que este tipo de contratos —civiles o mercantiles, a su juicio— pierdan el carácter laboral que han adquirido a la luz del criterio establecido sobre subordinación laboral.

2. Julio Betancourt V. (*El contencioso tributario y la perención de la instancia en el Tribunal Supremo de Justicia*) comenta el cambio de criterio establecido por el Tribunal Supremo de Justicia, Sala Políticoadministrativa, a partir del 13 de febrero del presente año en materia de perención, al declararla en “un recurso de nulidad por ilegalidad interpuesto contra una resolución ministerial, en virtud de que después de vista la causa, transcurrió más de un (1) año sin que el recurrente hubiese actuado en el sentido de impulsar el procedimiento para obtener el pronunciamiento del respectivo fallo”.

Comentando el cambio establecido, el autor señala: “Aunque esta sentencia parezca injusta porque sanciona con la extinción del proceso una actividad propia del tribunal después de vista la causa, dicha sentencia resulta difícil de rebatir desde un punto de vista estrictamente legal, porque el caso se trata de un procedimiento contencioso administrativo de nulidad por ilegalidad que se rige única y exclusivamente por las disposiciones de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia vigente desde 1976 (...) que no distingue si la paralización deriva de la inactividad de las partes o de la inactividad del Tribunal. Y por supuesto en este caso concreto las disposiciones del Código de Procedimiento Civil (...) no pueden considerarse como especiales que prevalezcan sobre las de la citada ley orgánica”.

Lo expuesto, sin embargo, no significa, señala Betancourt, que siempre hay que considerar al Código de Procedimiento Civil “como texto general, ordinario o común, porque hay casos en que el mismo (... instrumento normativo) resulta especial, singular o preferente con respecto a la propia Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, como ocurre por ejemplo en los recursos de casación que se ventilan por ante las respectivas salas civil o social del Tribunal Supremo de Justicia”, por una parte, y, por la otra, la nueva juris-

prudencia tampoco sería aplicable “en materia contencioso tributario, con respecto al procedimiento que debe seguirse en segunda instancia”, pues en esta campo deben aplicarse —por su especialidad— las reglas contenidas en el Código Orgánico Tributario, las cuales, en consecuencia, privan sobre todas las demás. Sobre esta base, concluye afirmando que “el instituto de la perención resulte improcedente en materia tributaria, tanto en su fase administrativa como en la jurisdiccional en cualquiera de sus instancias”.

3. María Candelaria Domínguez Guillén (*El período indexatorio a juicio de la Sala de Casación Social*) comenta la sentencia N° 12, en materia de Recurso de Casación, dictada por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, el 6 de febrero del presente año, Expediente 99-519, en el caso José Gallardo González contra Andy de Venezuela C.A. Sus “observaciones —apunta la autora— se centran en una figura a la cual hemos hecho referencia en otras oportunidades: la indexación, específicamente en lo relativo al lapso o período a considerar dentro de la misma”.

Señala que, “hubo en la evolución de la doctrina de nuestros tribunales sobre la materia, una etapa en la cual se consideraron excluidos del lapso indexatorio, los períodos de inactividad judicial imputables a la lenta administración de justicia. Criticamos esa posición por considerar que no era consecuente con las ideas que orientan el principio de la corrección monetaria. La sentencia *in comento* acepta nuestra posición y, consecuentemente, afirma —con acierto a nuestro juicio— que, el peso de la lenta administración de justicia no debe recaer sobre el trabajador acreedor”.

Además, observa, de conformidad con la sentencia, el período a indexar es el comprendido entre la fecha de la admisión de la demanda y la de ejecución de la sentencia (pago efectivo de la deuda), fecha esta que considera la “más acertada a los efectos del pago integral, noción que constituye el fundamento de la corrección monetaria, aun cuando discrepa del fallo pues considera la fecha inicial debe ser la de terminación de la relación laboral, “pues es, a partir de la misma en que el patrono se constituye en mora y la tardanza en la interposición de la acción correspondiente en modo alguno constituye negligencia por parte del trabajador demandante”.

Concluye señalando que “la aplicación de un criterio uniforme sobre la aplicación de la indexación todavía no está del todo cristalizada en nuestra jurisprudencia, pero la decisión objeto de estos comentarios sin lugar a duda constituye un gran paso hacia la consolidación de los justos lineamientos que han de inspirar la figura de la corrección monetaria”.

4. Carlos Oberto Vélez (*A propósito del silencio de la prueba*) comenta la sentencia 204 de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, de 21 de junio de 2000, in re Farvenca Acarigua C.A. contra Farmacia Clearly C.A., ponencia del Magistrado Franklin Arrieché G. y voto salvado del Magistrado Antonio Ramírez Jiménez, mediante la cual la Sala cambió la doctrina imperante y estableció que “la denuncia —por silencio de prueba— debe hacerse como Casación de fondo y no por defecto de actividad para evitar casaciones inútiles. En consecuencia, debe demostrarse que la prueba silenciada fue determinante en lo dispositivo del fallo”. Esta decisión también fue comentada por Ramón Escovar León (“El silencio de la prueba y su relación con figuras afines”) y José Andrés Fuenmayor García (“Parecer”), difundidos ambos en la *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Universidad Central de Venezuela, Caracas 2000, N° 119, pp. 233-271 y 273-275, en su orden.

La nueva doctrina, a juicio del autor, configura “uno de esos cambios progresivos y dinámicos, apegados a los principios de la Constitución (...), orientados, entre otros ideales, a consolidar la garantía de una justicia expedita, transparente y sin reposiciones inútiles” lo que lo lleva a “reseñar el devenir histórico de la jurisprudencia sobre el llamado vicio de inmotivación por silencio de la prueba” y le permite afirmar que “las tendencias doctrinarias y la evolución en el criterio jurisprudencial, obedecen a la necesidad de adecuar las normas a la realidad social en la cual es aplicada, tomando en cuenta al mismo tiempo que el derecho es dinámico no estático, pues es un producto social y debe irse amoldando a las nuevas exigencias (...) mediante una correcta y adecuada interpretación”.

El criterio asentado, sin embargo, “no persigue —apunta el autor— el establecimiento de una técnica rigurosa cuyo incumplimiento determine la desestimación de la denuncia. Por el contrario, el propósito es ampliar las razones que soportan el cambio de doctrina respecto del vicio de silencio de prueba, y las que me permitieron, compartir con el Ponente, la responsabilidad de la publicación del fallo que la contiene, y explicar de esta manera con mayor detenimiento cómo el referido vicio constituye una infracción de la ley”.

El trabajo —conforme señala su autor— presenta un “breve resumen, parte del cual es material de la ampliación que la Sala ha proyectado en otras de sus decisiones, para afinar y fundamentar el criterio sustentado y del porqué la nueva doctrina, que más allá de los argumentos explicativos y justificativos, la consideramos una forma plausible a la persuasión del lenguaje con el cual construimos y valoramos el mundo; esperando con dicha exposición

continuar la apertura del tema, a fin de ir conciliando la esencia del fin perseguido”.

V La última sección —Varios— divulga la conferencia dictada por Moisés Hirsch Batist (*Ética de los profesionales del derecho*), dictada a los alumnos de la Universidad José María Vargas.

VI La Dirección de la Revista agradece la colaboración recibida en la preparación de este número y espera que el material presentado sea del interés de sus lectores.

Caracas 16 de junio de 2001

Fernando Parra Aranguren

Doctrina

El negocio jurídico como fuente del derecho

Rafael Guillod Troconis¹

SUMARIO

Introducción • I. Consideración de las fuentes del derecho por la teoría general del derecho: 1. Sentido de la expresión fuente del derecho: A. Consideraciones generales. B. Sobre los diferentes tipos de fuentes. C. El enfoque kelseniano. 2. Creación y aplicación del derecho. 3. Concepto de norma jurídica. 4. Sobre la pertenencia de una norma al sistema jurídico. 5. Sobre los diferentes grados de determinación de las normas jurídicas. 6. La vinculación entre actos de creación y actos de aplicación de normas jurídicas. 7. Generalidad y abstracción como condiciones de las normas jurídicas. 8. Las formas de expresión de normas jurídicas individuales: acto administrativo, sentencia judicial y negocio jurídico • II. Alcance de la condición de fuente del derecho del negocio jurídico: 1. Sobre el poder negocial. 2. Producción de normas secundarias por el negocio jurídico. 3. La reparación del incumplimiento de la norma. 4. ¿Puede ser el negocio jurídico fuente de normas de efectos

¹ Universidad Central de Venezuela, Profesor de Introducción al Derecho y Finanzas Públicas en los Cursos de Pregrado y de Finanzas Públicas en los cursos de postgrado de la Universidad Católica Andrés Bello.

generales? A. El caso de los convenios colectivos. B. El caso de las condiciones generales de contratación y los contratos de adhesión. 5. Problemas vinculados al uso del término negocio jurídico. 6. Hecho, acto y negocio jurídico. 7. Evolución del negocio jurídico en el sistema jurídico alemán: A. El negocio jurídico como acto creador de normas jurídicas. B. Antecedentes de la delimitación entre acto y negocio jurídico. C. El negocio jurídico como expresión normativa de la libertad individual. D. De la promesa a la declaración de voluntad. E. La libertad a través del consentimiento: el caso de los contratos. F. Desarrollo del concepto de negocio jurídico. G. Voluntad versus declaración de voluntad. H. Crisis de las tesis voluntarista y declaracionista. I. Revisión del concepto negocio jurídico, a la luz del fenómeno de la contratación masiva. 7. Propuesta de definición del negocio jurídico • III. Denotación del término negocio jurídico: ¿Pertenecen a la misma clase el contrato, el testamento y el matrimonio? 1. Sobre la denotación de las palabras. 2. Sobre la denotación de la palabra negocio jurídico. 3. Consideración de ciertos aspectos característicos del negocio jurídico y su relevancia para el contrato, el testamento y el matrimonio: A. Consentimiento: a) Consideraciones preliminares. b) Relación entre la Voluntad y los sujetos que la emiten c) La forma de la manifestación de voluntad d) Diferentes tipos de manifestaciones: expresa y tácita e) La representación f) La simulación g) Los vicios del consentimiento: i. El error ii. El dolo iii. La violencia. B. La causa. 3. Sobre los efectos de la voluntad individual y los casos del contrato, del testamento y del matrimonio • Conclusiones • Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

1. El presente trabajo tiene por objeto el análisis del llamado "negocio jurídico". Esta expresión pretende agrupar bajo un mismo título a los diversos casos de creación de normas jurídicas por la voluntad privada. La teoría del negocio jurídico parte del postulado de que es posible encontrar una disciplina común a figuras tan aparentemente distantes como el contrato, el testamento y el matrimonio. Y de este postulado se deriva parte de la polémica que acompaña el negocio jurídico, ya que no hay consenso sobre la aplicación de dicha figura al matrimonio.

A todo evento, el negocio jurídico puede ser estudiado desde diferentes perspectivas. Las más tradicionales ubicarían este tema en el ámbito de las "obli-

gaciones". Otro enfoque más bien lo colocaría bajo la llamada "doctrina general del derecho civil".

A diferencia de los enfoques mencionados, el presente estudio adopta el punto de vista de la teoría general del derecho. Mientras la dogmática jurídica se ocupa del contenido particular de los ordenamientos, la teoría general del derecho se concentra en la forma y estructura de los mismos. Como ha señalado el profesor Raúl Martín:

El objeto de estudio de dicha disciplina científica es el derecho desde el ángulo formal, es decir que representa la norma y el ordenamiento jurídicos, no en vista de las conductas reguladas por ellos, sino en atención a su forma y estructura características. En otras palabras, se refiere a la regla o norma que regula y no al contenido regulado por la misma; su enfoque se dirige al continente jurídico y no a los variables contenidos de ese continente. De los contenidos se ocupa otra perspectiva científica acerca del derecho: la dogmática jurídica en sus diversas ramificaciones. (Martín, 1998: 166).

En verdad, si se estudia al tema del negocio jurídico desde la perspectiva de la teoría general del derecho, es posible evaluar aspectos poco tratados del mismo. Así, por ejemplo, en el derecho comparado se puede apreciar como en algunos sistemas jurídicos se califica al negocio jurídico como fuente del derecho, sirviendo de síntesis para las diferentes expresiones de una voluntad individual, jurídicamente relevantes. Pero ¿es realmente el negocio jurídico una fuente del derecho? El planteamiento de esta interrogante tiene significación para la teoría general del derecho, ya que el estudio de las fuentes del derecho es un tema central de esa disciplina. En este sentido, la noción de negocio jurídico representa el reconocimiento de una categoría jurídica por lo cual se logra sistematizar la creación normativa producto de la voluntad individual.

La admisión como fuente del derecho de tal categoría permite examinar el fenómeno de la creación autónoma de normas jurídicas frente a la más característica creación heterónoma del derecho, siguiendo la terminología de Kelsen.

Pero, al margen de lo indicado, si el negocio jurídico fuera una fuente de derecho ¿constituye en verdad la suma de las diferentes modalidades que pueden adoptar las expresiones de voluntad, en atención a las variadas finalidades que busca el sujeto de derecho? En este tema, cabe destacar que la polémica antes indicada es aún más acentuada.

Si la respuesta a estas preguntas se busca en diferentes ordenamientos jurídicos, diversas son las conclusiones que se pueden obtener. Así, el examen de

la dogmática jurídica comparada, permite apreciar la multiplicidad de las posiciones adoptadas por los derechos positivos nacionales. Pero, la revisión del tema desde la perspectiva de la teoría general del derecho —en tanto metalenguaje que tiene por objeto a los enunciados jurídicos y las normas— permitiría crear las condiciones para abstraerse del carácter contingente de la regulación particular de determinadas instituciones, tal como se aprecia en los diversos sistemas jurídicos, y buscar una respuesta con pretensiones de generalidad a estas interrogantes.

2. Un postulado básico del positivismo jurídico consiste en la identificación entre Derecho y Estado. Como dice Kelsen, el Estado es un orden jurídico:

Una teoría del Estado depurada de todo elemento ideológico, metafísico o místico sólo puede comprender la naturaleza de esta institución social considerándola como un orden que regula la conducta de los hombres. El análisis revela que este orden organiza la coacción social y que debe ser idéntico al orden jurídico, ya que está caracterizado por los mismos actos coactivos y una sola y misma comunidad social no puede estar constituida por dos órdenes diferentes. El Estado es, pues, un orden jurídico, pero no todo orden jurídico es un Estado, puesto que no llega a serlo hasta el momento en que establece ciertos órganos especializados para la creación y aplicación de normas que lo constituyen. Es preciso, por consiguiente, que haya alcanzado cierto grado de centralización. (Kelsen, 1960: 189).

Tenemos entonces que, según Kelsen, la presencia del Estado equivale a la existencia de un orden jurídico, por lo que toda producción normativa del Estado debe considerarse como parte del Derecho. Ahora bien, esto no implica que la existencia del Derecho se encuentre condicionada a la presencia del Estado, entendiéndolo por este último a un órgano que centralice el poder político y la coacción. Así ocurre en los casos del derecho de las comunidades primitivas y en el Derecho Internacional, que se caracterizan por la ausencia de un órgano que centralice la coacción. En dichos casos, el poder político y sus manifestaciones se encuentran dispersos en diversos actores dentro del sistema correspondiente. Sin embargo, por lo que concierne a la producción normativa del Estado, cabe puntualizar que en aquellas sociedades que hayan alcanzado cierto grado de centralización del poder político, toda producción jurídica debe en principio pasar por el Estado.

En verdad, el examen de las fuentes del derecho admitidas por los ordenamientos permite confirmar la identificación de los conceptos de Derecho y Estado, aunque dicha identificación queda sujeta, en ciertos casos, a matices que exigen consideración especial. En efecto, la enumeración de las fuentes del derecho permite comprobar el aserto anterior. Baste considerar a

las fuentes formales admitidas de ordinario en la familia jurídica del derecho continental. Así, califican como fuentes formales la constitución, las leyes, los reglamentos, los actos administrativos, las sentencias judiciales y los negocios jurídicos. En general, todas ellas requieren la presencia estatal para su admisión en el sistema jurídico. La de la asamblea constituyente, en la constitución; la del parlamento, con el concurso del poder ejecutivo, para las leyes; la del poder ejecutivo, para los reglamentos y los actos administrativos; y la del poder judicial, para las sentencias de los tribunales. En los casos del negocio jurídico, y de la costumbre jurídica, la participación estatal se ve alterada, destacándose en ellos características especiales en lo concerniente a la intervención del Estado en la conformación del contenido de las normas jurídicas que se derivan de los órganos que las producen. De allí que exijan consideración especial, en atención a sus particularidades.

En lo concerniente al negocio jurídico, encontramos que el Estado define la creación de normas jurídicas en las cuales se va a permitir el reconocimiento de efectos jurídicos a las manifestaciones de voluntad privada. Así, cuando, por ejemplo, se aprueba un código civil en donde se permite a sujetos de derecho crear derechos y obligaciones sobre sí mismos y sobre otros sujetos de derecho con la tutela jurídica del Estado, se vislumbra la función que cumple el Estado en esta materia. Se trata, en una aproximación positivista al tema, de "una delegación del Estado a los particulares" (Bobbio, 1987: 158). En el caso del poder negocial, el Estado impone fundamentalmente límites formales a los ciudadanos. De modo que, en relación a la autonomía privada, bien puede sostenerse que al legislador no le interesa tanto la materia sobre la cual se ejerce la misma, como la forma que ésta debe adoptar. En consecuencia, el contenido concreto de los derechos y obligaciones que establezcan los particulares va a estar determinado normalmente por ellos mismos, conservando el Estado simplemente la competencia de permitir el ejercicio de tales derechos y el cumplimiento correlativo de dichas obligaciones, a través de la tutela judicial de éstos. No significa esto que el Estado desmerezca absolutamente los aspectos materiales del poder negocial. Antes por el contrario, el Estado se reserva la facultad de establecer reglas que versen sobre el contenido de los derechos y obligaciones creados en virtud de la declaración de voluntad, tal como ocurre, por ejemplo, en materia testamentaria, donde la facultad otorgada al testador para disponer de sus bienes por *acto mortis causa*, encuentra su límite en el concepto de la legítima, o en aquellas conductas que el Estado desalienta a través de su consideración normativa como actos nulos, por ser contrarios al orden público o a las buenas costumbres.

3. La admisión de la teoría de negocio jurídico ha sido fuente de importantes polémicas. Así, la polémica permite ubicar dos posiciones extremas. Así, un sector de la doctrina, admitiendo que la teoría puede tener cierta utilidad desde el punto de vista sistemático, sostiene que dicho concepto no ofrece ayuda en la tarea más importante que debe desempeñar el Derecho, como lo sería la definición de objetivos e instrumentos para la solución de conflictos en sociedad (Zweigert y Kötz, 1992: 351). Otro sector de la doctrina, en cambio, afirma que, en la academia, el concepto de negocio jurídico permite introducir los conceptos fundamentales del derecho privado en forma sistemática; mientras que en el plano del ejercicio profesional, presenta una suerte de síntesis de los principios de derecho privado, contribuyendo a la actualización y fijación de conceptos por parte del consultante. En abono de esta última tesis, el autor español José Luis de los Mozos afirma que la teoría general del negocio jurídico ofrece entre sus ventajas más significativas, que acostumbra al jurista a una manera de pensar racional, cuya utilidad es innegable en sistemas sujetos a patrones racionalistas, como el sistema jurídico (de los Mozos, 1987: 19). De allí, entonces se puede concluir que el método dogmático que caracteriza los estudios jurídicos pueda servirse de una construcción como el negocio jurídico.

4. Este ensayo tiene por objeto estudiar en su dimensión más amplia el concepto de negocio jurídico como fuente del derecho. Para ello, se ha trazado un plan dividido en tres partes. Para comenzar, se revisarán los principios básicos de la teoría de las fuentes del derecho. Para desarrollar este punto, se examinará, como asunto conexo, al concepto de norma jurídica. En esa sección del estudio se realizará un esfuerzo por precisar si los caracteres de generalidad y abstracción son condiciones propias de la norma jurídica. Se discutirá entonces la opinión que mantiene la teoría del derecho tradicional en el sentido de que la noción de norma jurídica está reservada a aquellas normas que reúnan los caracteres de generalidad y abstracción. Frente a esta posición, la teoría más moderna afirma que una norma jurídica puede tener contenido particular y concreto. De la superación de esa polémica dependerá entonces la admisión de las llamadas normas de efectos particulares y concretos como normas jurídicas y no como actos de mera aplicación del derecho.

La segunda sección del trabajo se concentrará en los aspectos fundamentales de la teoría del negocio jurídico como fuente de normas de efectos particulares. Aspecto relevante de esta sección será el estudio del concepto de autonomía privada, y el fundamento para que el ordenamiento jurídico le otorgue efectos a las manifestaciones de voluntad privada. Dada la aceptación de las normas de efectos particulares como fuentes del derecho por parte de la teo-

ría general del derecho, es forzoso admitir a una de sus especies, esto es, el negocio jurídico, como fuente del derecho. Importaría entonces más bien comprender el sentido y alcance del reconocimiento de efectos jurídicos a la voluntad individual.

Se tratará también en esta sección la problemática de la consideración del negocio jurídico, como fuente de normas generales. A pesar de que el examen de la teoría general del derecho parece indicar el rechazo a esta tesis, fenómenos apreciables en los diversos ordenamientos jurídicos modernos, como las condiciones generales de contratación y los convenios colectivos, justifican una evaluación detenida del caso, considerando los argumentos a favor y en contra de dicha tesis.

Para finalizar esta sección se ocupará de la noción del negocio jurídico. En ello me apoyaré en un enfoque histórico. La importancia del enfoque histórico en la investigación de las instituciones jurídicas ha sido debidamente destacado por la teoría general del derecho. Pues bien, en la revisión histórica se pretenden identificar las claves para una definición intencional del negocio jurídico. En la elaboración de esa definición también se considerarán las enseñanzas del derecho comparado.

Finalmente, en la tercera sección se intentará precisar el alcance de la noción de negocio jurídico, apelando a una definición denotativa del indicado término. Y ello a propósito de precisar si tiene asidero desde el punto de vista científico el reconocimiento de la categoría negocio jurídico, en tanto clase que pretende englobar figuras, como el contrato, el matrimonio y el testamento. El asunto ha merecido mucha discusión en la doctrina, en donde los partidarios de uno y otro bando fijan posiciones en forma categórica. La interrogante, por lo demás, cobra particular relieve en aquellos ordenamientos jurídicos que no reconocen o admiten directamente al negocio jurídico, pero que sin embargo se refieren al mismo, normalmente como categoría dogmática e, incluso por excepción, como referencia genérica, del derecho positivo, al contrato, al testamento y al matrimonio. Tanto el análisis histórico, como la revisión de los aspectos básicos de cada una de dichas figuras a la luz del derecho comparado, servirán de base para intentar responder a la interrogante planteada.

De la consideración de los diferentes tópicos enunciados, se intentará entonces presentar una respuesta general a la interrogante básica de este estudio, esto es, si puede reconocerse al negocio jurídico, en tanto suma de las declaraciones de voluntad privada jurídicamente relevantes, la condición de fuente del derecho.

I. CONSIDERACIÓN DE LAS FUENTES DEL DERECHO POR LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

1. Sentido de la expresión "fuente del derecho"

A. CONSIDERACIONES GENERALES

El tema de las fuentes del derecho surge al plantearse el origen en el plano lógico de las normas jurídicas. ¿De dónde nacen las normas? ¿A qué cabe atribuir su validez? A través del estudio de las fuentes del derecho se pretende determinar cómo aparecen las normas que integran el ordenamiento. Ese es el problema que sirve de objeto al tema de las fuentes (Mouchet, 1967: 172), y por lo demás, la justificación de su estudio como aspecto básico de la teoría general del derecho.

En términos generales, la palabra "fuente" tiene carácter ambiguo, esto es, a la misma se le puede asignar más de un significado. Para comprobar este aserto basta considerar las diferentes acepciones de la expresión "fuente" que registra la doctrina. En efecto, como sostienen Aftalión y Vilanova, el rótulo "fuente" designa, tanto al origen, nacimiento o causa del caudal que a partir de ella corre, como a la exteriorización de una corriente subterránea que la origina, que de hecho puede ser el origen real del caudal (Aftalión y Vilanova, 1988: 628).

Aplicada al ámbito jurídico, la palabra "fuente" sugiere que existe un elemento de naturaleza única, esto es, el derecho, y que éste fluye de diversos orígenes, tal como ocurre con el agua, que con una misma composición química, y más allá de sus diversos accidentes, nace en las corrientes que emanan del subsuelo (Guibourg, 1996: 177). De modo que la metáfora "fuente" ha devenido en un concepto útil para el derecho, tal como se aprecia en los diferentes ordenamientos jurídicos.

A pesar de que la palabra fuente es de uso corriente, tanto en el derecho positivo como en la dogmática jurídica, su empleo aún despierta ciertas reservas. Así, autores tan representativos de la teoría general de derecho como Aftalión y Vilanova, cuestionan su utilización, alegando que el uso de la metáfora "fuente" para definir al tema en el ámbito jurídico pudo tener una influencia decisiva en la confusión que de ordinario se observa en el tratamiento dogmático de la teoría de las fuentes del derecho.

Algo de razón tienen los mencionados juristas. En verdad, la ya indicada ambigüedad del término "fuente" ha originado cierta confusión en la doctri-

na. En este sentido, un examen de las corrientes teóricas de mayor tradición en las últimas décadas, permite afirmar que la doctrina se refiere a las fuentes del derecho en por lo menos cinco sentidos diferentes. Así, se hace referencia a la expresión fuente de derecho con los siguientes significados: derecho vigente, método de creación jurídica, fundamento de validez del derecho, las ideas que ejercen influencia sobre los órganos de creación de normas jurídicas, y los factores que condicionan la conducta del juez, en la medida en que los mismos permitan anticipar, con cierto grado de certeza, las posiciones futuras que el juez pueda adoptar en la resolución de controversias.

Ahora bien, a pesar de que se puede reconocer cierto fundamento a la crítica formulada por Aftalión y Vilanova, lo cierto es que, en mi opinión, cabe responder a la misma indicando que las consecuencias derivadas del uso de una expresión no necesariamente descalifican la validez del término correspondiente. En otras palabras, una expresión vale en cuanto descripción de un fenómeno de la realidad. En consecuencia, si la expresión también se emplea para describir otros aspectos o fenómenos de la realidad, ello no debería en principio cuestionar su utilización. Es cierto, por otra parte, que el desarrollo de toda disciplina con vocación científica debería atender a la elaboración de un lenguaje que refleje con la mayor precisión la descripción de su objeto. Pero, como también se sabe, el desarrollo de las ciencias permite observar diferentes etapas en su evolución. Es pues absolutamente normal que una disciplina con pretensiones científicas como el derecho, apele a fórmulas o expresiones que al fin y al cabo constituyen el marco común para la comunicación entre los investigadores de esa área del saber. De modo que la crítica, no obstante su posible fundamento, debe estimarse irrelevante en el estado actual de desarrollo de esta disciplina.

En todo caso, importa destacar que el sentido evidente de la utilización del término "fuente del derecho", apunta al reconocimiento de que las normas que integran el ordenamiento, al tiempo que pueden clasificarse con fundamento en su estructura o en su contenido, pueden también ser clasificadas en atención a su origen. De allí que las distintas formas de creación de normas jurídicas se enuncien de ordinario bajo el ya indicado rótulo (Nino, 1983: 148). En consecuencia, es inobjetable el uso de la citada expresión para una labor de sistematización de las diversas normas jurídicas.

B. SOBRE LOS DIFERENTES TIPOS DE FUENTES

Es de hacer notar que en los textos didácticos de mayor divulgación, el esfuerzo de sistematización de la teoría general del derecho en esta materia se

orienta a la identificación de tres grupos principales de fuentes del derecho: fuentes formales, fuentes materiales y fuentes históricas. Estas categorías otorgan diversas respuestas a la interrogante sobre el origen de las normas jurídicas, explicando las conductas y procedimientos que desembocan en la creación de normas, en el caso de las fuentes formales, o presentando los motivos o razones que determinan, directa o indirectamente y siempre por medio de aquellos procedimientos, los contenidos que hayan de revestirse con la modalidad normativa, en el caso de las fuentes materiales. Por su parte, las fuentes históricas documentan la evolución en el tiempo de las fuentes formales (Guibourg, 1996: 177). Es entonces sobre estas tres clases de fuentes del derecho que se desarrolla el estudio de este tema. Cada una de las mismas ha suscitado elaboraciones de importancia en el plano teórico y desarrollos tangibles en el derecho positivo.

En efecto, se entiende de ordinario por fuente formal a la manifestación de una voluntad dispuesta a crear el derecho, esto es, la exteriorización concreta de la voluntad —proveniente del Estado o al menos reconocida por éste, tendiente a la creación de normas jurídicas. Es la fuente del derecho que tiene mayor relevancia en los países de la familia jurídica del derecho continental, que parte del reconocimiento por toda comunidad de una voluntad soberana, que es la fuente principal de toda validez jurídica.

De ordinario, se consideran fuentes formales a la ley, la costumbre, y la jurisprudencia. La primera de dichas fuentes no se limita al derecho legislado, sino que, adoptando una aproximación más amplia, remite al derecho expreso y promulgado por una autoridad identificable; la segunda, en cambio, alude a las normas que pueden inducirse a partir de la observación de las prácticas sociales y a la conciencia con que ellas sean observadas; y la tercera, finalmente, se refiere a las decisiones judiciales consideradas como modelos de conducta que la sociedad exige a sus miembros.

Es de señalar que una voz disidente ha incorporado una categoría adicional a las fuentes formales: la de la doctrina. Esta postura que cabe calificar de excepcional en la teoría general del derecho entiende por doctrina a las opiniones de especialistas que, bajo el ropaje de un análisis completo del sistema jurídico, introducen decisiones interpretativas e, incluso, propuestas normativas que, en caso de alcanzar consenso, pueden convertirse en parte de la realidad que las mismas pretenden describir (Guibourg, 1996: 194).

Cabe destacar que la doctrina puede ejercer una influencia decisiva en la conformación del sistema, en tanto contribuye a definir el sentido y alcance de las normas que incorpora la ley, en el precitado sentido amplio del término,

facilitando entonces su debida aplicación. En este orden de ideas, la doctrina calificaría como fuente formal del derecho, en tanto que la misma presenta soluciones a los problemas vinculados, a la vigencia y aplicación de una determinada norma o de un determinado cuerpo normativo. Para ello, la doctrina se apoya en métodos de mayor o menor complejidad, siendo el método sistemático y el método exegético, los que mejor ilustran los niveles extremos dentro de una aproximación formalista al estudio del derecho. A lo antes indicado, cabe agregar que, en la consideración de la posible solución al problema normativo planteado, la doctrina debería atender a las valoraciones predominantes en el ámbito territorial en que resulte aplicable dicha norma o cuerpo normativo.

En contra de esta tesis, cabe sin embargo puntualizar que la doctrina nunca pierde su carácter de instrumento complementario del derecho objetivo. En este sentido, a mi juicio, la doctrina no tiene, valor de fuente formal en sí misma, sino en cuanto pueda apoyar la interpretación de un texto preexistente. De manera que mal puede ser calificada como una fuente formal del derecho, en el sentido que se ha expresado en este ensayo.

Por su parte, la identificación de las fuentes materiales genera mayores dificultades que las atribuibles a la realización de similar tarea en el ámbito de las fuentes formales. En efecto, las fuentes materiales comprenden todos aquellos elementos que directa o indirectamente determinan la aparición de normas jurídicas y definen el contenido de las mismas. Como ha sostenido Angel Latorre, "un sistema de fuentes no es fruto del azar ni del capricho, sino de múltiples factores políticos, sociológicos e ideológicos, y a través suyo, se transparenta un conjunto de ideas y de hechos dominantes en la comunidad a que se aplica" (Latorre, 1976: 60). Pues bien, la determinación de esos factores apunta a la identificación de las fuentes materiales del derecho, en la medida en que éstas provocan la aparición y definen el contenido de las normas jurídicas (Mouchet, 1967: 172). Por ello, la doctrina de ordinario define a las fuentes materiales como todos aquellos aspectos de la realidad que permiten definir el contenido de las normas jurídicas, tal como ellas hayan sido adoptadas por los órganos del poder público con facultades de creación normativa.

Ahora bien, esta aproximación al tema de las fuentes materiales, conforme a la cual el origen material de una norma se ubica en circunstancias de hecho, como la situación social, la emergencia política, el recrudecimiento del delito o la crisis económica, ha recibido un análisis más elaborado, en un reciente artículo publicado por el profesor argentino Ricardo Guibourg. En efecto,

plantea dicho autor que el referido origen material puede también ser apreciado adoptando una perspectiva distinta: la que se centra en las valoraciones de las precitadas circunstancias de hecho. En este sentido, alega que las descripciones de hechos pueden ser potencialmente infinitas, al tiempo que, en sí mismas, no desempeñan el papel de fuentes materiales de derecho. Sólo cuando a las referidas descripciones se vincula una actitud valorativa sería procedente hablar de fuente material (Guibourg, 1996: 190). En consecuencia, para dicho autor, sólo valoraciones como la justicia, la equidad, la seguridad jurídica, los intereses sociales o la necesidad, constituyen, en rigor, fuentes materiales del derecho.

Esta tesis refleja, a mi juicio, en forma mucho más precisa, el contenido real de las fuentes materiales, permitiendo distinguir entre el origen material directo de una norma -las valoraciones que se derivan de las circunstancias apreciables en sociedad- y las realidades concretas de las que se derivan las mencionadas valoraciones.

Cabe destacar que la distinción entre fuente formal y fuente material se tiende a diluir en escuelas jurídicas como el movimiento realista escandinavo. En efecto, según dicha escuela, la doctrina de las fuentes del derecho se ocupa de aquellos factores que de hecho ejercen influencia en la decisión que los órganos jurisdiccionales tomen en un caso concreto. Y ello porque solamente tales factores pueden ayudar al jurista a predecir la orientación básica de las decisiones futuras de dichos órganos. En otras palabras, como lo indica Alf Ross, por doctrina de las fuentes del derecho debe entenderse al conjunto de elementos que ejercen influencia en la formulación por parte del juez, de las reglas en que se basa su decisión. Es de destacar que la referida influencia puede variar desde aquellas fuentes que otorgan al juez una norma jurídica ya elaborada que éste debe restringirse a aceptar, hasta aquellas que se limitan a proporcionarle ideas e inspiración para que el propio juez formule la norma que necesita (Ross, 1974: 75).

Por último, se consideran fuentes históricas del derecho, a aquellos documentos o tradiciones que constituyeron fuente formal de derecho, en algún momento del pasado, y que ahora sirven de fundamento para la interpretación de los preceptos jurídicos vigentes. La importancia de esta fuente se hizo particularmente notoria debido a los trabajos de Savigny, quién le dio vida y fundamento a la escuela histórica del derecho. De acuerdo con los postulados de esta escuela, la fuente principal de la fuerza obligatoria del derecho es la conciencia jurídica popular revelada en la historia de una nación. Como derivación natural de este postulado, entonces, la costumbre debía ser la fuente

del derecho de mayor importancia, por cuanto la misma permite reflejar con mayor claridad y rapidez el espíritu popular, mientras que la legislación -en sentido amplio- representa un mero intento del Estado de conceptualizar la conciencia jurídica del espíritu popular a través de las normas creadas por el propio Estado.

Es evidente que, en rigor, ni las fuentes materiales ni las fuentes históricas tienen fuerza obligatoria. En consecuencia, un sector relevante de la teoría general del derecho, ha sostenido que las mismas no son, en paridad, verdaderas fuentes del derecho (Kelsen, 1983: 156). En la aproximación kelseniana, incluso podría sostenerse que el estudio de las fuentes materiales y, dentro de ellas, a la concepción de fuentes de la escuela realista escandinava, en lugar de corresponder al derecho, en tanto disciplina normativa, corresponden a la sociología jurídica. Ello no obstante, debe admitirse que las mismas ejercen influencia en la determinación del contenido específico de normas jurídicas, bien por su efecto sobre los órganos que crean normas jurídicas, o bien por su impacto sobre los órganos que aplican tales normas a situaciones particulares. De allí pues que se justifique su estudio tanto por la teoría general del derecho como por la dogmática jurídica, en razón de la relevancia que las mismas tienen en la mencionada determinación del contenido de las normas jurídicas.

C. EL ENFOQUE KELSENIANO

Para efectos del presente ensayo se admitirá como fuente formal de derecho tanto al fundamento de validez de normas jurídicas como a los métodos de creación jurídica. Adopto, pues, la acepción que de dicha expresión sugiere Hans Kelsen. Se trata de un enfoque positivista, por el cual el sentido de la expresión "fuente del derecho" se corresponde con la de base o fundamento de los actos creadores de derechos y obligaciones.

En efecto, siguiendo la postura dominante en la teoría general del derecho, Kelsen admite la existencia de diversas acepciones de la expresión fuente formal del derecho. Pero, sólo algunas de dichas acepciones se corresponden con actos de fuerza obligatoria, constituyendo, en rigor, fuentes formales del derecho. En estos casos, la fuente de derecho se considera como el fundamento de validez del derecho mismo. Pero tal acepción a su vez admite un tratamiento restringido o un tratamiento flexible. En efecto, desde una aproximación restringida, la norma básica o norma fundamental es la única fuente del derecho. Y ello porque la razón última de la validez de todo ordenamiento jurídico se encuentra en la misma. Por ello, en un sentido amplio o flexible, toda norma

jurídica es fuente de la norma cuya creación regula, al determinar el procedimiento de elaboración y el contenido de la norma que ha de ser creada (Kelsen, 1983:155). Por consiguiente, en esta aproximación la fuente de toda norma jurídica es aquella norma de mayor rango que exista en el ordenamiento, en virtud de la cual la referida norma ha sido creada. Desde esta perspectiva, la fuente de una sentencia judicial está en la ley y la fuente de la ley está en la constitución, y la de esta última reside en la constitución que la antecede hasta llegar a la primera constitución, cuyo fundamento de validez se encuentra en la llamada norma básica, que constituye el presupuesto de validez del sistema jurídico en su conjunto.

Ahora bien, la segunda acepción de fuente de derecho que aquí interesa destacar es la del método de creación del derecho. En esta aproximación, siguiendo a Bobbio, se puede definir a las fuentes del derecho como aquellos hechos o actos de los cuales el ordenamiento jurídico hace depender la producción de normas jurídicas. Con esta acepción se pone el acento no ya en la identificación de las diversas fuentes en un ordenamiento jurídico, sino el hecho de que, al tiempo que se reconoce la existencia de actos o hechos de los cuales depende la creación de normas jurídicas, se admite también que el ordenamiento jurídico, además de regular el comportamiento de las personas, regula también el modo como se deben producir las normas jurídicas (Bobbio, 1987: 158).

2. Creación y aplicación del derecho

En su obra *Teoría General del Derecho y del Estado*, Kelsen identifica a las fuentes del derecho con el fundamento de validez de las normas. Así, en dicha obra se plantea que un sistema jurídico presupone la existencia de normas generales e individuales vinculadas entre sí, de modo tal que entre ellas se crean múltiples relaciones, que responden, en última instancia, a principios comunes de creación y transformación. Dentro de esos principios se encuentra el llamado principio de que el derecho regula su creación, el cual tiene una relevancia decisiva en la configuración de todo ordenamiento jurídico. Dicho principio postula que el derecho, en su sentido objetivo, establece los mecanismos que permiten la creación de las normas que lo integran. De allí que el propio ordenamiento contiene las reglas, con arreglo a las cuales se aprueban la constitución, las leyes y los reglamentos, como cuerpos normativos conformados por normas generales, y las sentencias judiciales, los actos administrativos y los negocios jurídicos, como instrumentos contentivos de normas particulares.

En este sentido, Kelsen ha señalado que "el orden jurídico es un sistema de normas generales e individuales enlazadas entre sí de acuerdo con el principio de que el derecho regula su propia creación" (Kelsen, 1983: 156).

Ahora bien, del principio expresado derivan las reglas que permiten identificar la pertenencia de normas jurídicas, independientemente consideradas, a un ordenamiento específico. En efecto, de conformidad con dicho principio, cada norma del ordenamiento es creada de acuerdo con las prescripciones de otra norma dentro del mismo sistema. Pero esta última norma debe ser de rango superior a la primera. De modo que la creación de normas jurídicas dentro del ordenamiento está condicionada a que las mismas se dicten con arreglo a lo previsto en normas de rango superior. "Una norma pertenece a un orden jurídico sólo en cuanto ha sido creada de conformidad con las prescripciones de otra del propio orden" (Kelsen, 1983: 156). Con esta regla, consecuencia directa del principio de que el sistema jurídico regula su creación, se destaca un nuevo principio: el principio de jerarquía, el cual tiene una significación innegable en el sistema jurídico, tanto como regla de creación como regla de derivación de las normas que integran el sistema.

En rigor, la pertenencia de una norma al sistema jurídico depende de que su creación se haya efectuado siguiendo las prescripciones que el mismo sistema establece y de que sea emanada por un órgano de la comunidad al que ésta ha otorgado competencia para dictar o crear normas en su ordenamiento. En consecuencia, son las normas del propio ordenamiento las que definen la procedencia de la creación normativa a niveles inferiores dentro de la estructura jerárquica que caracteriza a éste. Por ello, del cumplimiento de lo previsto en tales normas deriva la posible validez de las normas jurídicas creadas. De no ser ello así, las normas creadas tendrían una existencia precaria dentro del ordenamiento, ya que estarían viciadas de nulidad, bien por inconstitucionalidad, bien por ilegalidad, según sea el nivel jerárquico de la norma de rango superior cuyas reglas de creación normativa han sido desatendidas o cuyo contenido haya sido contradicho o inobservado.

Pero, además, la norma jurídica deberá dictarse por un órgano al cual el ordenamiento ha facultado para tal fin. Se trata de agentes normativos a los que normas contenidas en el sistema jurídico conceden facultades para crear normas de rango inferior. Así, la constitución crea entidades como el parlamento, el ejecutivo y los tribunales, y les otorga competencia para la aprobación de leyes, para emitir reglamentos y para dictar sentencias, respectivamente. Es pues necesario, no sólo que se cuente con disposiciones que establezcan las bases para la emisión normativa a ser efectuada a nivel jerárquico inferior, sino

también que existan órganos designados por las normas para realizar la prenombrada creación normativa.

Sobre este particular Kelsen afirma:

Podría igualmente decirse que una norma pertenece a cierto orden jurídico si ha sido creada por un órgano de la comunidad constituida por ese orden. El individuo que crea la norma jurídica es un órgano de la comunidad, porque y en cuanto su función se encuentra determinada por un precepto de derecho del orden constitutivo de esa misma comunidad jurídica. La imputación de tal función a la comunidad se basa en la norma que establece dicha función. Empero, esta explicación nada añade a la que dimos anteriormente. El aserto: "Una norma pertenece a un orden jurídico porque ha sido creada por un órgano de la comunidad jurídica constituida por ese orden", y el juicio: "Una norma pertenece a un orden jurídico porque ha sido creada de acuerdo con la norma fundamental del propio orden", expresan una y la misma cosa" (Kelsen, 1983: 157).

3. Concepto de norma jurídica

La comprensión acabada de lo que debe entenderse por fuente del derecho obliga a considerar la noción de norma jurídica. Y ello porque al hablar de fuente del derecho, hacemos referencia en verdad al fundamento de validez de las normas jurídicas.

En efecto, el derecho está compuesto de normas jurídicas, esto es, por un conjunto de reglas de conducta a cuyo incumplimiento el Estado atribuye una sanción. Como dice Thon, citado por Lumia, "todo el derecho de una sociedad no es más que un conjunto de imperativos tan estrechamente ligados entre sí que la desobediencia de unos constituye a menudo el presupuesto de lo que está mandado por otros" (Lumia, 1979: 27).

Obsérvese que no toda regla de conducta impuesta sobre un grupo social constituye una norma jurídica. Así, entre las referidas reglas de conducta puede también ubicarse a los convencionalismos sociales como supuesto fundamental. Pero dicho caso responde a factores que lo distinguen de las normas jurídicas. Y es la forma particular de la sanción en cada uno de esos órdenes normativos, el elemento que permitirá delimitar con mayor claridad el alcance de los mismos.

En efecto, en los usos sociales existen sanciones de naturaleza externa, asociadas a la reacción social ante una conducta determinada. Sin embargo, estas sanciones no se formulan y aplican en forma centralizada por algún órgano en la comunidad o grupo social en donde se identifique la conducta

caracterizada como uso o convencionalismo social. Se trata más bien de sanciones creadas y aplicadas en forma general por la totalidad o una mayoría significativa de los miembros del grupo social respectivo, sujetas en consecuencia en su contenido y alcance a las variaciones naturales del entorno de los individuos afectados por los precitados usos. Frente a estos órdenes normativos, el derecho objetivo refleja en sus sanciones una estructura diferente. Así, el derecho se caracteriza por la existencia de sanciones externas que lo distinguen de la moral. Pero además, esas sanciones externas, a diferencia de los convencionalismos sociales, son creadas y aplicadas por órganos que centralizan el ejercicio de la coacción. El factor "sanción" entonces constituye el elemento fundamental de la distinción entre el derecho y otros sistemas de ordenación de las conductas en sociedad.

Sobre la naturaleza de la norma jurídica se han expresado diversos criterios. Por una parte, algunas tesis destacan, desde una perspectiva lógica, la consideración de la norma jurídica como un mandato, mientras otras subrayan la estimación de la misma como un juicio hipotético, pasando por algunas teorías que defienden su caracterización como un juicio disyuntivo. Por otra parte, atendiendo a los postulados de la lingüística, algunas teorías defienden la caracterización de la norma jurídica como una proposición prescriptiva, esto es como una proposición dirigida a influir en el comportamiento de otros sujetos.

Con relación a este tópico, Ramón Soriano ha sostenido lo siguiente:

La norma jurídica es claramente una proposición prescriptiva como forma de lenguaje, ya que en ella la función predominante es la imperativa, que motiva e influye en los comportamientos sociales, y se apoya en unas pautas de valoración y en la descripción de un supuesto jurídico y una consecuencia jurídica, los cuales no pueden dejar de tener cierta información (Soriano, 1993: 72).

Esta postura, sin embargo, ha sido cuestionada porque el derecho objetivo no se compone exclusivamente por proposiciones prescriptivas, sino que también es posible identificar en todo ordenamiento jurídico, normas de distinta naturaleza, que no pueden subsumirse en la indicada categoría. Por ejemplo, ése sería el caso de las normas declarativas, vale decir, aquellas que se limitan a definir términos empleados por el derecho objetivo.

Es de hacer notar que el estudio de la estructura interna de la norma jurídica, condujo a Kelsen a distinguir dos aspectos en la misma, para los cuales acuñó los nombres de norma primaria y norma secundaria. Se pudiera objetar a Kelsen la elección de estos rótulos porque los mismos sugieren la existencia

de dos tipos de normas jurídicas. La teoría general del derecho contemporánea se hace eco de esta objeción, destacando más bien la existencia de dos aspectos dentro de cada norma jurídica. A todo evento, cabe puntualizar que por norma primaria se entiende aquel juicio lógico por el cual a un supuesto de hecho determinado se le imputa (deber ser) una consecuencia jurídica. Dicho supuesto de hecho configura la conducta ilícita que el Estado a través de la sanción pretende desalentar. En cambio la norma secundaria es aquel juicio lógico por el cual ante un marco general de libertad que la norma presume, se imputa como consecuencia jurídica la realización de la conducta socialmente deseada. En la aproximación kelseniana, esa consecuencia jurídica refleja necesariamente la existencia de un deber jurídico en cabeza de un sujeto de derecho determinado; al deber jurídico, por su parte, puede corresponderle un correlativo derecho subjetivo, en la medida en que entre las condiciones del deber jurídico y la sanción ante su incumplimiento, figure una acción o instancia de la parte afectada por el referido incumplimiento.

Como se puede apreciar, la estructura interna de la norma jurídica permite de nuevo apreciar la significación de la sanción. Pero la misma, en la teoría general del derecho contemporánea debe entenderse en sentido amplio, no quedando limitada a la imposición de una consecuencia física sobre el sujeto de derecho, como ocurre en aquellas sanciones que establecen la privación del derecho a la libertad. Más bien la idea de sanción en la actualidad debería identificarse con la privación de algún bien para el individuo, pudiendo en consecuencia abarcar los casos de las sanciones administrativas, como las multas, o las pérdidas de derechos subjetivos, cuyo análisis se efectuará con mayor detalle más adelante en este ensayo.

4. Sobre la pertenencia de una norma al sistema jurídico

La referencia a un marco normativo que permita la creación de normas dentro del sistema y la existencia de un órgano con competencias para la creación de normas, encuentra un desarrollo importante en la obra de Kelsen. Así, dicho autor distingue en los ordenamientos jurídicos dos tipos de sistemas: uno estático y otro dinámico. El sistema estático es aquél en el que las normas están relacionadas entre sí como proposiciones de un sistema deductivo; en el sentido de que unas normas se deducen de otras, en razón de su mayor o menor grado de generalidad y abstracción. Aquí entonces las normas de contenido más general prevalecerán sobre aquellas de contenido más particular. En cambio, se entiende por sistema dinámico aquél en que las relaciones entre las normas que lo componen se van a determinar a través de una

delegación sucesiva de poder, donde el contenido de la norma no es el elemento determinante, sino la autoridad que emite la norma (Bobbio, 1987: 178).

En su *Teoría General del Derecho y del Estado*, Kelsen destaca como la creación normativa puede determinarse con arreglo a tres condiciones: la presencia de un órgano que dicte las normas, la existencia de un procedimiento que permita la creación de normas por el órgano y la determinación indirecta de un contenido particular en las normas de rango superior, que establezca límites a las materias que sirvan de objeto de las normas jurídicas de rango inferior que se crearen. De lo anterior se deriva que la pertenencia a un sistema jurídico de una norma determinada estará condicionada a que haya sido emitida por un órgano designado por dicho sistema para crear normas jurídicas, a que tal órgano haya cumplido los procedimientos previstos en las normas de rango superior dentro del sistema, y a que el contenido particular de las normas creadas se corresponda con el previsto genéricamente en la norma de rango superior, o que al menos no contradiga dicho contenido.

La significación del órgano de creación normativa ha sido destacada previamente, de modo que concentraré mis comentarios en el procedimiento y el contenido de las normas. Así, la adopción de un procedimiento en las normas jurídicas de rango superior para la creación de normas de rango inferior permite otorgarle soporte legal a la creación de las normas inferiores, en el sentido de que lo previsto en las primeras no se limitará al establecimiento de conceptos generales que permitan la libre creación normativa en los niveles inferiores del ordenamiento. En efecto, el procedimiento de aprobación de normas jurídicas se justifica por la necesidad de establecer ciertos pasos y requisitos que deberán observarse para otorgarle vigencia dentro del ordenamiento a un instrumento legal determinado. En mi concepto, con la observancia del procedimiento previsto, se garantiza la aplicación del principio de jerarquía en la creación normativa, el cual constituye un pilar básico de la sistematicidad del ordenamiento jurídico, esto es, en tanto sistema y no mero agregado de normas. Sólo al cumplirse el referido procedimiento podrá sostenerse la pertenencia al ordenamiento de la norma o instrumento aprobado, y en consecuencia la validez de cualquiera de los mismos.

Peero, además, a mi juicio, la observancia del procedimiento legalmente previsto representa una garantía fundamental para el destinatario de las normas, en tanto exige el total apego al estado de derecho por los órganos a los que el sistema jurídico atribuye facultades normativas. En este sentido, es evidente que la existencia de dicho procedimiento impide la arbitrariedad que podría derivarse de un mecanismo de aprobación normativa de base enteramente

casuística, esto es, de aplicación independiente y autónoma para cada caso considerado. En este sentido, el procedimiento a ser observado, que parte del establecimiento de la competencia normativa y se extiende a sus requisitos de fondo y forma, al tiempo que debe asegurar un producto mejor elaborado, permite en lo formal una aplicación general de las normas, en donde se excluya la arbitrariedad.

Por su parte, la previsión de un contenido genérico en las normas superiores del ordenamiento va a determinar la pertenencia de normas inferiores al ordenamiento, en la medida en que el contenido de estas últimas no pueda contradecir lo indicado en las primeras. Con esta regla se pretende asegurar la coherencia del ordenamiento jurídico, apoyándose en el principio lógico de contradicción. Según Francisco Romero, dicho principio destaca que ante la existencia de juicios idénticos contradictorios, en donde la única diferencia es que uno afirma lo que el otro niega, uno de los mismos será forzosamente falso (Romero, 1979: 32). Por derivación de este principio, no pueden coexistir en el ordenamiento normas incompatibles. Se pretende que exista un sistema que excluya la incompatibilidad de las normas, de forma que si en un ordenamiento existieren normas incompatibles, al menos una de ellas debe ser descartada.

Con esto, por lo demás, se pretende que el ordenamiento responda al cumplimiento de ciertos fines de convivencia en sociedad. La existencia del ordenamiento se justifica en parte por la idea de crear un marco de conducta en las relaciones interpersonales que permita la convivencia social. Este objetivo quedaría frustrado si se admitiese la existencia de normas contrapuestas en el ordenamiento, bien sea en el mismo o en diferentes planos jerárquicos. Por ello se acude a principios que permiten superar las contradicciones o antinomias en el ordenamiento, en la medida en que éstas se produzcan. Cuando las normas se encuentran en un mismo plano jerárquico, se acude al principio de posterioridad, según el cual la ley posterior deroga a la ley anterior, mientras que cuando las normas se encuentran en diferentes planos jerárquicos, se apela al principio de jerarquía o del carácter prevaleciente de las normas de rango superior. De nuevo, ambos principios permiten conservar la unidad material del sistema, relativa al contenido de las normas que lo integran.

No obstante lo indicado, debe destacarse que la aprobación de una norma jurídica que incumpla el postulado anterior no afecta en principio la validez de dicha norma. En otras palabras, la norma aprobada es válida a pesar de que su contenido no se ajuste a normas de rango superior dentro del mismo sistema, que se realice con inobservancia del procedimiento contemplado en di-

chas normas, o que sea aprobada por un órgano incompetente para dictarlas. Pero su permanencia en el sistema quedará sujeta a que no se declare su nulidad por un órgano jurisdiccional. De modo que como principio de aplicación de las normas del sistema jurídico debe reconocerse que las normas que el mismo sistema dicte conservan su validez, mientras no sea declarada su nulidad por el incumplimiento de alguno de los presupuestos de su validez, bien sea éste el de la incompetencia del órgano emisor, el incumplimiento de las normas que le sirven de fundamento, o la contradicción existente con otras normas dentro del sistema.

Kelsen destaca esta condición de las normas que integran el ordenamiento, puntualizando que las mismas son válidas, aunque anulables mediante acto jurisdiccional, con efecto constitutivo, no declarativo. El orden jurídico puede autorizar a un órgano a declarar la nulidad de un precepto de derecho, incluso con fuerza retroactiva. Pero, en rigor, lo que dicho órgano va a declarar es la anulabilidad con efecto retroactivo de la norma, y nunca la nulidad, porque la norma objetada no puede ser nula *ab initio*, sino solamente anulable por el órgano designado por el orden jurídico para ello. Y ello porque sin el acto de anulación, y antes de él, la norma jurídica cuestionada no puede ser considerada nula (Kelsen, 1983: 189-190).

Esta circunstancia, a mi juicio, atempera la relevancia de las condiciones para la creación de normas jurídicas como instrumento para asegurar la unidad del sistema al que pertenecen. Y ello porque la mera existencia de antinomias no excluye en sí misma a una de las normas afectadas. Se requiere el pronunciamiento de un órgano competente para declarar la nulidad del precepto que, por aplicación del principio lógico anotado, debe excluirse del sistema. La significación de esta regla entonces quedaría reducida a orientar la actividad de los órganos estatales. Si se trata de órganos que cuentan con facultades de creación normativa, para evitar incurrir en contradicciones en dicho proceso, y si se trata de órganos con facultades jurisdiccionales, para corregir las referidas contradicciones mediante la declaratoria de nulidad de algunas de las normas en conflicto.

5. Sobre los diferentes grados de determinación de las normas jurídicas

La determinación que efectúan las normas de rango superior sobre las normas que se crearen en el sistema jurídico admite una graduación. Es posible, en consecuencia, identificar normas dentro del ordenamiento que han sido objeto de una determinación más o menos precisa por parte de otra dentro del

mismo ordenamiento. En este sentido, el grado más fuerte de determinación sería el que encuentra en la norma de grado superior, la cual no sólo hace indicación del órgano competente y el procedimiento de aprobación de nuevas normas, sino que también, por vía indirecta, establece el contenido de dichas normas. El doble aspecto de la norma jurídica puede apreciarse, por ejemplo, en el caso de las leyes. Por el contrario, un grado mínimo de determinación se observa en aquellas normas que se limitan a precisar uno de los elementos precitados.

Es de hacer notar que en lo concerniente al contenido de las normas de grado inferior, las normas superiores tienden a prever soluciones genéricas, con el propósito de garantizar su eficacia en el tiempo. Por ejemplo, en las normas constitucionales se puede presentar la disyuntiva entre el establecimiento de soluciones concretas para resolver problemas jurídicos específicos, con el fin de garantizar un contenido particular de las normas de grado inferior; o el establecimiento de soluciones u orientaciones genéricas que en lugar de fijar contenidos específicos para las normas de rango inferior, permite un desarrollo flexible del contenido de las mismas, sujetas claro está, a ciertos límites. Es evidente que el primer resultado puede dar lugar a soluciones que no resistan el paso del tiempo, por lo que concierne a su eficacia, generando incluso la interrogante sobre el valor de la *desuetudo* para tales supuestos; el segundo, en cambio, resiste de mejor manera el paso del tiempo, mejorando entonces la preservación de la eficacia de la norma.

Richard Posner ha destacado los problemas que genera este dilema en su análisis del derecho constitucional norteamericano:

Los creadores de una constitución que desean convertirla en un estatuto de libertades y no sólo en un grupo de reglas para la creación de normas, enfrentan una difícil decisión. Ellos pueden redactar disposiciones específicas y condenar su trabajo a una rápida obsolescencia, o ellos pueden redactar disposiciones generales, permitiendo un alto grado de discreción a los intérpretes legalmente facultados, los cuales en nuestro sistema son los jueces. La constitución norteamericana es una mezcla de disposiciones generales y específicas. Muchas de estas disposiciones específicas han resistido el paso del tiempo o han sido enmendadas sin mayor problema. Esto es especialmente cierto en las reglas que establecen la estructura y procedimientos del congreso. Sin embargo, la mayoría de las disposiciones específicas que crean derechos han tenido un pobre desempeño. Algunas incluso han demostrado ser totalmente anacrónicas, como por ejemplo, el derecho conferido por la Séptima Enmienda con relación al juicio por jurados en tribunales federales, si las resultas del juicio superan los veinte dólares (Posner, 1995: 233).

El comentario de Posner en referencia a la constitución norteamericana es evidentemente aplicable a todas aquellas normas del ordenamiento en donde la estructura jerárquica del mismo presupone mayores dificultades para modificar las normas superiores del sistema que las normas inferiores del mismo. De allí que resulte lógico reservar a las primeras el tratamiento genérico de los temas, mientras en las segundas se desarrollan los aspectos particulares y concretos.

6. *La vinculación entre actos de creación y actos de aplicación de normas jurídicas*

Kelsen resume la problemática fundamental de la aparente dicotomía entre actos de creación y actos de aplicación del derecho, indicando que "la norma que regula la creación de otra es aplicada en el acto de creación". La significación de la frase de Kelsen no debería pasar inadvertida. De hecho, la misma toca un aspecto medular del mecanismo de creación normativa en los sistemas jurídicos. Con esto se destaca que las normas jurídicas realizan una doble función: en parte aplican normas jurídicas de rango superior, derivando de las mismas su validez, y en parte crean normas jurídicas, que de suyo constituyen fuente de derechos y obligaciones sobre los destinatarios de las mismas.

Por lo expuesto, no resulta del todo correcto afirmar que las normas jurídicas se dividen en actos de aplicación y en actos de creación del derecho. Antes por el contrario, si se prescinde de los casos limítrofes del sistema, que como se verá más adelante pueden ser actos de pura creación o de pura aplicación del derecho, toda norma jurídica es, al mismo tiempo, acto de creación y de aplicación del derecho.

Es de hacer notar que los casos de pura aplicación normativa consisten en aquellas situaciones en donde la norma individual creada no establece, a su vez, norma alguna, es decir, no crea nuevos derechos y obligaciones, sino que se limita a aplicar aquellos derechos y obligaciones previstos en la norma de rango superior. Tal es el caso del acto de ejecución de una sentencia judicial, en donde meramente se aplica la consecuencia jurídica prevista en la sentencia, en tanto norma individual. Este acto de ejecución no crea derechos y obligaciones susceptibles de desarrollarse por normas de rango inferior. Son normas que se agotan en su propia aplicación, señalando, pues el límite inferior del sistema jurídico.

Por su parte, el supuesto de pura creación normativa se verifica, en el pensamiento kelseniano, exclusivamente en la norma básica o fundamental del ordenamiento, que en tanto premisa o postulado del sistema jurídico no encuentra

fundamento en normas de rango superior, sino que más bien constituye un presupuesto básico para la vigencia de la primera constitución y para la unidad del sistema jurídico. En este sentido, la norma fundamental es el elemento unificador de las normas que componen un ordenamiento jurídico. De ella depende que el ordenamiento jurídico constituya una unidad, porque en última instancia las diferentes fuentes del derecho que constituyen el ordenamiento jurídico convergen, en forma directa o indirecta, en una única norma. En consecuencia, no puede ser dicha norma fundamental un caso de aplicación del derecho, sino más bien el supuesto exclusivo dentro del ordenamiento de un acto de mera creación normativa.

7. Generalidad y abstracción como condiciones de las normas jurídicas

Un tema que ha generado cierta polémica en la teoría del derecho es el relativo a si la generalidad y la abstracción son condiciones necesarias para la existencia de toda norma jurídica. El asunto cobra relieve en lo concerniente al potencial carácter jurídico de las normas individuales, en las cuales evidentemente no se presentan las condiciones de generalidad y abstracción, de ordinario observables en las normas de mayor rango dentro del ordenamiento jurídico. De allí que normalmente se identifiquen dos posturas contrarias con relación a este tema: la que defiende la presencia necesaria de las indicadas condiciones en toda norma que pretenda catalogarse de jurídica; y la que considera a tales condiciones como elementos contingentes en la norma, por lo que cabe admitir la existencia de las mismas sin que se encuentren tales condiciones.

Al respecto, Egaña ha sostenido:

Cabe observar que la generalidad no ha sido enfocada de igual manera por todos los autores, ni creen algunos que ella sea efectivamente un carácter de la norma jurídica. De una parte encontramos autores, como Planiol y Dabin, que están de acuerdo en que, efectivamente, la generalidad es un carácter propio de la norma jurídica. Para Planiol, toda prescripción de la autoridad pública que no deba ser ejecutada más de una vez, no es ley, es decir, no es norma. Las normas jurídicas deben ser generales, según esto, porque sólo aquellas que no se agotan con la presentación de un caso concreto, que son las normas generales, pueden ser aplicadas más de una vez... Para Dabin, las reglas tienen que ser siempre generales, aun cuando ellas estén llamadas a particularizarse a través de su realización en el caso concreto.

Otra corriente de autores, más moderna, y destacando el verdadero carácter de la generalidad, sostienen, por el contrario, que la generalidad no es en rigor esencial a la norma jurídica. Así, para Del Vecchio y para Kelsen, como para Cossio y para la gran mayoría de los juristas modernos, al lado de la existencia de normas generales existen también normas que disponen para casos concretos en particular. Efectivamente, no solo está integrado el Derecho por disposiciones que van a regir a grupos o categorías de personas, sino también lo integran verdaderas normas que gozan de los caracteres de la bilateralidad y coercibilidad; pero que, sin embargo, no son generales, sino que disponen para casos concretos en particular (citado por Tosta, 1996: 114-15).

Un examen de los argumentos presentados en relación con el tema genera cierta sorpresa por la fragilidad de la argumentación en defensa de las condiciones de generalidad y abstracción como requisitos de toda norma jurídica. En verdad, en el presente estadio de desarrollo de los estudios jurídicos luce inobjetable que la sentencia judicial, en tanto acto de efectos particulares, configura una norma jurídica. Sin embargo, el estudio del caso desde la óptica actual puede ocultar la realidad histórica, que en su momento justificó la defensa de la condición de generalidad como elemento necesario de toda norma.

En efecto, en mi concepto, es posible encontrar en el estudio de la evolución histórica del derecho aplicable en el mundo occidental, el reclamo por la existencia de un derecho fundado en normas aplicables a la totalidad de los ciudadanos, sin admitir distingos entre categorías de éstos. Se trataba de una reacción ante la arbitrariedad, como elemento contrario a la propia existencia de un orden jurídico. Por ello, los orígenes de la consideración de la generalidad como condición de toda norma pueden ubicarse en la propia revolución francesa, en donde la igualdad de los ciudadanos frente al Estado se constituyó en elemento clave del orden jurídico en gestación para ese entonces. De modo que la generalidad terminó convirtiéndose en una derivación necesaria de la propia concepción de legalidad.

Al respecto, García de Enterría ha sostenido:

A pesar de que su formulación podría sugerirlo, el concepto de "Reino de Ley" no es precisamente retórico. Tiene, por el contrario, un sentido técnico muy riguroso y estricto. Significa que todo órgano público (del Rey abajo) ejerce el poder que la Ley ha definido previamente, en la medida tasada por la Ley, mediante el procedimiento y las condiciones que la propia Ley establece... Por vez primera en la historia humana, todo el aparato del poder se objetiviza en un abstracto y casi mecánico aparato de ejecución legal, de normas escritas y como tales ciertas, elaboradas meditadamente con

la "sage lenteur" de las Asambleas, fijas e inmutables para los intérpretes y para los aplicadores, seguras, pues, para los ciudadanos, que por vez primera en la historia pueden conocer el Derecho a través de su publicación regular en su tenor exacto, con los límites rigurosos de sus derechos, sin las imprecisiones y las arbitrariedades de la "jurisprudencia", reina, con el príncipe absoluto, del Derecho desde los tiempos más antiguos... La Ley pasa así al lugar central del sistema. No sólo es, según vimos, el punto de articulación de las libertades de los ciudadanos, libertades iguales y recíprocas, y llamadas, por tanto, a una coexistencia obligada; pasa a ser también el instrumento a través del cual impera el único poder legítimo en una sociedad de hombres libres, la voluntad general, actuando por medio de determinaciones generales, impersonales y abstractas, las cuales sólo necesitarán ser particularizadas en los casos concretos por medio de agentes ejecutores, funcionarios o jueces, para ser finalmente efectivas (García de Enterría, 1994: 127-30).

Del texto transcrito se puede apreciar la importancia otorgada a la generalidad y abstracción como elementos determinantes del derecho objetivo. En este sentido, la generalidad debe entenderse como una derivación necesaria del concepto de legalidad, al cual se vincula un objetivo central en el desarrollo de los sistemas jurídicos, como es el atinente a la seguridad jurídica. De allí que sólo a través de normas generales se da cumplimiento al *desideratum* de igualdad de los ciudadanos ante el Estado.

Como dice Soriano:

La generalidad-tipicidad de la norma va unida al proceso de construcción del Estado de Derecho. La generalidad de la norma, principio vinculante para los poderes públicos, comportó la marginación del arbitrio judicial, según el cual los jueces resolvían con criterios personales y sin sujeción a una norma general. Generalidad y legalidad son conceptos jurídicos que se identifican en el momento histórico de creación de un Estado de Derecho tras la Revolución Francesa de 1789, pues el principio de legalidad supone que la ley vincula a todos los poderes del Estado y la generalidad de la ley que ésta se aplica a todos los ciudadanos, sin excepciones ni privilegios. Esta ley general en un principio vinculó a los jueces, que se vieron obligados a resolver conforme a la ley, dejando a un lado otras fuentes del Derecho y su propia discrecionalidad; posteriormente, la vinculación se extendió a la Administración y, finalmente, a los propios legisladores (Soriano, 1993:102).

La defensa de la generalidad como criterio definitorio del ordenamiento jurídico ha tenido su impacto en la caracterización de las normas individuales. Así, la Revolución Francesa condujo a la negación de todo carácter jurídico a la norma individual. En este sentido debe entenderse la afirmación de García de Enterría en cuanto a que las normas individuales han de ser consideradas

como meros desarrollos de las normas generales que el propio ordenamiento contempla. No serían, pues, autosuficientes en lo concerniente a su juridicidad.

Sin embargo, la consideración de la generalidad como requisito de toda norma jurídica encuentra escasos defensores en la teoría general del derecho contemporánea. Entre éstos, se puede ubicar a Soriano, quien sostiene:

Creo que la generalidad y la tipicidad constituyen actualmente caracteres de la norma jurídica, porque son valores que presentan todavía importantes lagunas: hay normas particulares y concretas que difícilmente pueden justificar la razón del privilegio y del tratamiento diferenciado... Por otro lado, las normas particulares y concretas- si quieren encontrar una razón justificadora de su existencia- son desarrollos de las normas generales y típicas. La norma particular se refiere a una persona o grupo dentro de la clase o categoría destinataria de una norma general previa. La norma concreta determina y limita una situación dentro del modelo o tipo de una norma típica anterior. En ambos casos, estas normas suponen una determinación o concreción de una norma anterior, general o típica, que es condición de su existencia y validez.

En algún caso, la norma particular o concreta puede estar libre de esta dependencia respecto a una norma anterior, sin por ello carecer de razón su existencia; se trataría de supuestos aislados y escasos, que no invalidarían el valor de la generalidad y la tipicidad como caracteres de la norma jurídica. En último extremo, la particularidad o concreción normativa siempre dependerán de las normas constitucionales, generales y típicas por autonomía (Soriano, 1993:102-03).

Es de hacer notar que en la actualidad la postura indicada carece de mayor aceptación en la teoría general del derecho. De hecho, el tratamiento contemporáneo del tema permite sostener que toda norma individual constituye una norma jurídica. En efecto, los requisitos de la norma jurídica de acuerdo con la mayoría de los autores no incluyen el carácter de generalidad como condición necesaria. Y es que la seguridad jurídica que se pretende con la generalidad de las normas puede conseguirse por otros medios, como el respeto al precedente administrativo o judicial. Sería pues un contrasentido desconocer, por ejemplo, el carácter jurídico del contrato, en tanto acto generador de derechos y obligaciones sobre sus partes.

De hecho, bien pudiera argüirse que la exigencia de la generalidad de la norma para su calificación como norma jurídica constituye una manipulación ideológica que no encuentra fundamento en el contenido normal del derecho positivo, que a fin de cuentas, reconoce la producción de efectos jurídicos por las normas individuales. Si el objeto de estudio de la teoría del derecho es el

derecho positivo, y si éste no objeta sino que más bien tutela los efectos perseguidos por las partes en un contrato, es forzoso aceptar la validez de las normas individuales en tanto normas jurídicas.

Por lo demás, a mi juicio, el principio de plenitud hermética del orden jurídico permite resolver cualquier controversia sobre este particular. En efecto, según dicho principio, la ausencia de norma prohibitoria en el ordenamiento, debe entenderse en el sentido que se entiende autorizada cualquier actuación privada. En otras palabras, lo no prohibido está permitido. Ahora bien, este principio es relevante para el asunto en discusión porque bien puede sostenerse que no es condición para la existencia de la norma particular, la previa existencia de una norma general. Ello ocurre en los casos donde la ausencia de normas generales permite la creación jurídica por medio de la voluntad privada. En rigor, esa actuación privada no constituye un desarrollo de normas generales dentro del ordenamiento, sino que simplemente deriva de un postulado que permite conservar la coherencia interna del sistema jurídico.

Es verdad que en contra de este argumento se podría sostener que en definitiva principios como el de la plenitud hermética constituyen normas integrantes del ordenamiento jurídico. La relevancia de los principios jurídicos al ordenamiento ha sido debidamente justificada por Ronald Dworkin, al ilustrar como la resolución de los llamados "casos difíciles" exige apartarse incluso de las normas generales del sistema.

Pero, en mi criterio, la significación de estos principios no debe confundirse con la pertenencia de los mismos al sistema. De hecho, los principios generales del derecho constituyen medios para resolver las lagunas que se presenten en el sistema jurídico. De allí que, por definición, los principios generales del derecho sean externos al sistema jurídico. Con esta afirmación no se toma partido sobre el origen de tales principios, que algunos derivan de un mandato divino o de la naturaleza de las cosas, siguiendo una aproximación iusnaturalista, y otros derivan de las propias normas positivas a través de un proceso de generalización y abstracción, adoptando un enfoque iuspositivista.

En mi opinión, otro supuesto que permite justificar la existencia de las normas individuales es el de las decisiones judiciales que encuentren fundamento en consideraciones de equidad.

De modo que, en conclusión, las normas individuales deben catalogarse como normas jurídicas y las mismas no constituyen meros desarrollos de las normas generales que el sistema contempla.

8. *Las formas de expresión de normas jurídicas individuales: sentencia judicial, acto administrativo y negocio jurídico*

El estudio de la norma jurídica individual se contrae a los casos de la sentencia judicial, el acto administrativo de efectos particulares y el negocio jurídico. Son éstos los casos relevantes de las formas de expresión de normas jurídicas individuales. A los fines de este estudio se entenderá por sentencia judicial tanto a los fallos judiciales como a las decisiones arbitrales. De igual forma se asume que en el negocio jurídico quedan incluidos el contrato, el testamento y el matrimonio. Esta premisa se adopta con fines metodológicos restringidos a la sección I de este ensayo. Sin embargo, la misma será objeto de una evaluación crítica en la sección III del presente ensayo.

En un enfoque dinámico del proceso de creación normativa, la norma individual creada por la sentencia judicial es una etapa adicional en el referido proceso. En el pensamiento kelseniano, dicho proceso se inicia con el establecimiento de la primera constitución, y las que la sustituyan, continúa con la creación de normas generales a través de la legislación y la costumbre, y culmina con la adopción de normas individuales, en las decisiones judiciales, los actos administrativos y los negocios jurídicos. Tal como se indicó en punto previo, este proceso se agota con la ejecución de la consecuencia jurídica de las normas individuales.

Lo indicado permite ilustrar la máxima conforme a la cual el derecho se crea a sí mismo o regula su propia creación, apreciándose que va de lo general y abstracto a lo individual y concreto. En el desarrollo de este proceso es necesario determinar si las condiciones señaladas en abstracto por la norma general, se encuentran presentes en la realidad, con el fin de que la sanción determinada en abstracto, de nuevo por la norma general, pueda ser ordenada y ejecutada en concreto por la norma individual.

Por lo anteriormente indicado, la sentencia judicial no tiene carácter puramente declarativo. La sentencia es un acto que emana de los agentes de la jurisdicción, y en virtud del cual se decide la causa o punto sometido a su conocimiento (Couture, 1958: 277). Ciertamente, la sentencia aplica una norma general preexistente de rango superior y le otorga consecuencias jurídicas determinadas a las condiciones previstas en dicha norma. Pero, además, la decisión judicial identifica las condiciones concretas de la realidad y establece las consecuencias concretas sobre las partes del proceso judicial respectivo. Por ello, además de declarar un derecho preexistente, según lo prevé la norma general, la sentencia tiene carácter constitutivo, en lo que concierne a

la identificación de las condiciones y consecuencias concretas de la norma individual creada en virtud de la sentencia.

Por su parte, el acto administrativo de efectos particulares puede definirse como "toda declaración unilateral efectuada en el ejercicio de la función administrativa, que produce efectos individuales en forma directa" (Dromi, 1985: 15). Se trata de un acto sub-legal, emitido por la Administración con el propósito de generar efectos jurídicos particulares.

El acto administrativo de efectos particulares genera derechos y obligaciones tanto sobre el destinatario, como sobre el emisor del acto, por lo cual su condición de forma de expresión de normas jurídicas es indiscutible. Por lo demás, algunas de las características atribuibles a la sentencia judicial son también aplicables al acto administrativo. En efecto, para dictar el acto, la Administración debe evaluar las condiciones de su entorno con el propósito de asegurar que la emisión del mismo permita cumplir los cometidos estatales plasmados en las normas de rango superior del sistema jurídico. En este sentido, la consideración de la oportunidad y conveniencia de la emisión del acto permiten ilustrar que el acto administrativo no se agota en la mera declaración del derecho establecido en las normas superiores del sistema. Existe un juicio de valor de la Administración que constituye un elemento determinante en la creación del acto y en la definición de su contenido, lo que excluye, en mi opinión, cualquier posibilidad de cuestionar su carácter constitutivo, y por ende, su condición de forma de expresión de normas jurídicas.

En el caso del negocio jurídico, se trata de un poder atribuido por normas de rango superior y carácter general a los particulares para que éstos regulen sus intereses. A esta facultad se le ha llamado en doctrina el poder negocial. Dentro de una postura positivista, se trata obviamente de un poder delegado del Estado a los particulares para regular sus propios intereses, siempre que los mismos se encuentren en un campo extraño al interés público (Bobbio, 1987: 155). De modo que el negocio jurídico configura un acto por el cual se aplica una norma general y de superior nivel dentro del sistema: la que otorga el poder negocial. Pero al mismo tiempo, el negocio jurídico constituye forma de expresión de normas individuales, imponiendo obligaciones u otorgando derechos a uno o más sujetos de derecho.

Es evidente que entre las diferentes figuras indicadas existen diferencias importantes en lo concerniente a su estructura y contenido. Pero a los fines de su evaluación como fuentes del derecho es necesario destacar la diferente identidad del emisor de cada una de estas figuras. Así, mientras en el acto

administrativo y en la sentencia judicial, el emisor del acto es el Estado; en el caso del negocio jurídico, el emisor de la declaración de voluntad puede ser cualquier sujeto de derecho.

II. ALCANCE DE LA CONDICIÓN DE FUENTE DEL DERECHO DEL NEGOCIO JURÍDICO

1. *Sobre el poder negocial*

Como antes se indicó, al lado de la sentencia judicial y del acto administrativo de efectos particulares, el negocio jurídico constituye otro medio de creación de derecho a través de normas jurídicas particulares. En efecto, su ejemplo más característico, el contrato, confirma en un análisis de su contenido y sus efectos jurídicos, la condición de fuente del derecho del negocio. Así, a través del contrato se crean derechos y obligaciones que afectan la esfera jurídica de sus participantes. Y el Estado no sólo reconoce sino que tutela el cumplimiento de los mismos.

En rigor, la facultad que se otorga a los particulares para vincularse en relaciones obligatorias constituye un caso de descentralización de la competencia normativa que corresponde al Estado. En tal virtud, dicha competencia podrá ser ejercida incluso por sujetos de derecho privado, en lo concerniente a su propia subjetividad jurídica (Nino, 1983: 150).

A diferencia de otras fuentes formales del derecho, el negocio jurídico se caracteriza porque la creación de vínculos normativos corresponde a la voluntad del particular y no a un ente externo al mismo. Normalmente, la regulación de la conducta humana que realiza el Derecho tiene su origen en órganos externos a los sujetos regulados, los cuales se encuentran obligados a cumplir lo que de esa forma se les imponga. Así, la legislación, en su sentido genérico, es una fuente del derecho de la mayor relevancia, porque a través de la misma el Estado dicta normas que afectan a los particulares y encausan sus conductas en determinadas direcciones, a través de los incentivos sociales que se crean en razón de las consecuencias jurídicas asociadas a la inobservancia de las normas que contempla el ordenamiento.

En efecto, los sistemas jurídicos admiten dos fórmulas para la creación de normas: la heterónoma y la autónoma, atendiendo a la participación que pueda tener el destinatario de la norma en la formulación de la misma. Así, en un régimen político autocrático, la ley representa la aproximación más cercana

a la heteronomía; mientras que el contrato de derecho privado configura el supuesto de fuente formal más próximo a la autonomía (Kelsen, 1979: 114).

En este orden de ideas, el ordenamiento jurídico reconoce la presencia de negocios jurídicos como posibles elementos condicionantes de la sanción. En tales casos, Kelsen destaca que el acto antijurídico consiste en el incumplimiento efectuado por una de las partes a las obligaciones que sobre ésta recayeran, en virtud del negocio jurídico. De modo que en el negocio jurídico, los sujetos de derecho, con fundamento en la facultad que les otorga el propio ordenamiento jurídico, regulan con fuerza vinculante una relación jurídica que los afecta, de forma directa o indirecta. Se trata, en suma, de un acto con efectos jurídicos, ya que genera derechos subjetivos y deberes jurídicos en las partes que allí participan.

Sobre este particular Castán afirma:

Así, no tenemos que olvidar que la "teoría general del negocio jurídico" aparece como la expresión técnica de la autonomía privada como fuente creadora de efectos jurídicos, por ello, el concepto de autonomía privada se integra en el núcleo central de la noción de negocio jurídico, y de ahí que la mayoría de los tratados y monografías sobre este tema comiencen estudiando el concepto de autonomía privada (Castán, 1987: 692).

Ahora bien, importa destacar que el negocio jurídico configura tanto un acto de creación normativa como un acto de aplicación normativa. Se crean normas en la medida en que a través del negocio jurídico se establecen los derechos y las obligaciones de los participantes en el contrato; por su parte, en el negocio jurídico se aplican normas porque a través del mismo se ejecuta lo dispuesto en normas de rango superior, que son obviamente las que facultan a los particulares para suscribir el contrato.

Como dice Kelsen:

La antítesis entre creación y aplicación del derecho, que la teoría del derecho privado trata de presentar como obstáculo, cuando contraponen la ley al acto jurídico, no es sino relativa, ya que, en la jerarquía del derecho, todo acto constituye, en principio, tanto una creación como una aplicación o ejecución del derecho (Kelsen, 1979: 5).

En última instancia, pues, el negocio jurídico refleja el reconocimiento del Derecho objetivo al papel desempeñado por la voluntad individual, en la conformación del Derecho aplicable en un ordenamiento determinado. A pesar de que la facultad otorgada a la voluntad individual no se extiende, en principio, a la regulación de la esfera jurídica de sujetos distintos a aquellos que emiten tal voluntad, debe puntualizarse que el ordenamiento le reconoce efec-

tos a la voluntad individual, en lo concerniente a la facultad de cada sujeto de autoregularse.

Con relación a este tema, Kelsen destaca que debe distinguirse el negocio por el cual las partes crean una norma de la norma misma. Ambos fenómenos reciben igual nombre: contrato. En efecto, según Kelsen, la palabra "contrato" designa tanto al procedimiento específico por el cual son creados los derechos subjetivos y las obligaciones de las partes, como a la norma establecida a través de tal procedimiento (Kelsen, 1983: 162).

De modo que es preciso distinguir dos aspectos en todo contrato: 1º el acto que deviene en la celebración del contrato, y 2º las normas creadas en virtud de dicho contrato. Es de destacar que el acto inicialmente mencionado consiste en un acuerdo expreso de las partes involucradas, cuyo contenido estriba en que cualquier conducta querida por ellas debe ser considerada objetivamente como obligatoria (Kelsen, 1979: 11).

A todo evento, la observación de Kelsen exige algunas precisiones, en lo concerniente a la diferencia entre negocio jurídico y contrato. De hecho, tanto en su evolución como en la consideración que la dogmática jurídica le otorga en la actualidad, el vocablo "contrato" constituye una especie del género negocio jurídico, de modo que mal pueden ser calificados como conceptos sinónimos. La diferencia entre el contrato y el negocio jurídico será examinada con mayor detalle posteriormente.

2. Producción de normas secundarias por el negocio jurídico

La creación normativa realizada a través de los negocios jurídicos se limita a normas secundarias. No puede el negocio jurídico crear directamente normas primarias, esto es, las que establecen tanto al acto antijurídico como a su consecuencia jurídica. De modo que la producción normativa que se desarrolla a través de los negocios jurídicos está estrictamente limitada a las normas que dan origen a derechos subjetivos y deberes jurídicos, en relación con las cuales las normas primarias, legalmente adoptadas, establecen sanciones en caso de su incumplimiento.

En efecto, cuando el orden jurídico prescribe que hay que observar lo previsto en los contratos, hace de éstos hechos creadores de normas jurídicas. En este caso, bien puede hablarse de que existe una delegación de la ley en el contrato. De modo que la norma creada por el contrato constituye una regla de grado inferior aquella que permite la creación normativa a través del contrato (Kelsen, 1979: 10).

Con relación a este tópico, Karl Larenz afirma:

Muchas veces hechos jurídicamente relevantes son aquellos que constan de una o más declaraciones, que están dirigidas a la entrada de consecuencias jurídicas (negocios jurídicos). Estas declaraciones, como todas las manifestaciones de opinión y de voluntad, precisan interpretación. Pero, las declaraciones jurídico-negociales no sólo son hechos, a cuya presencia la ley amada determinadas consecuencias jurídicas, sino que indican, según su propio contenido, que debe tener entrada tal o cual consecuencia jurídica. Así una denuncia indica que la relación jurídica denunciada termina en el momento indicado; un contrato sobre el traspaso de la propiedad sobre una cosa determinada, que ésta pasa al adquirente; un contrato obligacional, que una ha de obligarse frente a otro, o cada uno frente al otro, a una determinada prestación. La declaración de voluntad jurídico-negocial no contiene únicamente la manifestación de una determinada opinión o intención; es, según su sentido, declaración de validez, es decir: un acto que tiene como meta poner en vigor una determinada consecuencia jurídica. Los negocios jurídicos son hechos que implican ya las consecuencias jurídicas con ellos primariamente coordinadas. De este modo se distinguen fundamentalmente de todos los otros hechos jurídicamente relevantes (Larenz, 1994:293).

Es de hacer notar que, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho Penal, la norma secundaria en el negocio jurídico no es una simple construcción auxiliar de la teoría jurídica, con un propósito fundamentalmente clarificativo. Antes por el contrario, la norma secundaria en el negocio jurídico constituye, al decir de Kelsen, el contenido específico de dicha norma. De allí deriva su importancia, por cuanto la inobservancia de la norma que contempla ese contenido sirve, en la norma primaria, como condición de la correspondiente sanción.

En otras palabras, en el Derecho Penal se formula la norma primaria, adoptando una sanción particular por la realización de una conducta determinada, que es justamente la conducta socialmente indeseable. Por ello, la identificación de la norma secundaria, por la cual se prescribe que a partir de un marco general de libertad, los sujetos deben abstenerse de realizar la conducta que daría lugar a la aplicación de la sanción, no es un elemento determinante del contenido de la norma jurídica, sino más bien una añadidura que permite aclarar el sentido de la norma.

En cambio, en el negocio jurídico, la norma secundaria, lejos de ser una mera adición de la teoría general del derecho, constituye un elemento indispensable de la norma, porque al establecer la misma el contenido particular de las obligaciones y derechos por ella creados, permite verificar la inobservancia del acto, para así aplicar la sanción que corresponda, atendiendo a lo previsto en la norma primaria.

Ahora bien, no obstante la importancia de la norma secundaria en el negocio jurídico, en último término la creación normativa que se efectúa a través de la misma deriva de la norma primaria, ya que de ésta se desprende la facultad de los sujetos para establecer derechos y obligaciones con fuerza vinculante sobre los mismos. De modo que la norma primaria es la que autoriza a los individuos para crear las normas secundarias, cuyo eventual incumplimiento y sanción regula la norma primaria.

En suma, los deberes jurídicos en materia penal son derivación directa de la norma primaria. En cambio, en materia civil, la norma primaria sólo establece los derechos y deberes de los sujetos de manera indirecta, ya que faculta a los mismos para que establezcan en los negocios jurídicos el contenido específico de tales derechos y obligaciones.

3. La reparación del incumplimiento de la norma

Según Kelsen, la determinación indirecta del contenido de los deberes y derechos de las partes que se realiza en el negocio jurídico, admite diversas excepciones. La de mayor relevancia sería el supuesto de reparación del daño causado.

En verdad, el problema de la reparación del daño introduce un elemento adicional al supuesto de hecho de la norma primaria, ya que se conjuga en la misma el incumplimiento del deber jurídico contemplado en el negocio jurídico, con la falta de reparación del daño causado por tal incumplimiento. Pues bien, si se examina separadamente el elemento "reparación" en la estructura de la norma, encontramos que el mismo se encuentra sometido a similar técnica, tanto en las normas creadas por negocios jurídicos como en aquellas creadas por disposiciones penales. Así, en la norma penal se establece tanto la reparación civil como la reparación penal; mientras que en la norma civil se contempla sólo la reparación civil. De modo pues que, en lo concerniente a la reparación civil, la técnica del derecho civil y la técnica del derecho penal coinciden.

Lo anterior queda ilustrado en materia civil, si se considera el caso de dos particulares que celebran un contrato de compraventa y el vendedor no sólo incumple la obligación de transferir la propiedad del bien, sino que también se abstiene de reparar el daño causado al comprador. En tal caso le será aplicable al vendedor una sanción civil, siempre que la otra parte introduzca demanda a ese respecto.

Por su parte, en materia penal, el delito de lesiones previsto en el supuesto de hecho de la norma primaria respectiva, puede encontrar como elemento adicional la falta de reparación civil del daño causado. En tal caso, la sanción civil será aplicable igualmente al autor del delito de lesiones, sin que se altere la técnica antes mencionada para el derecho civil.

Importa destacar que en el negocio jurídico, la obligación de reparar el daño sustituye normalmente a la obligación de cumplir el deber jurídico original, en el sentido de que la reparación del daño permite dar cumplimiento a la obligación pactada en el negocio jurídico. Una excepción relevante a esta regla es la que de ordinario recogen los sistemas jurídicos en materia de incumplimiento de contratos bilaterales, en los cuales la parte agraviada por el incumplimiento puede reclamar judicialmente la ejecución del contrato o la resolución del mismo, con los daños y perjuicios que corresponda a cada caso. De modo que en estos casos la reparación del daño no puede sustituir a la obligación original, si la otra parte del contrato insiste en el cumplimiento de la misma.

En mi opinión, sería incorrecto hablar de una sustitución del deber jurídico por la reparación del daño en materia penal. En efecto, en materia penal, la sanción pretende desalentar el incumplimiento del deber jurídico, que como ya he indicado, constituye la conducta socialmente deseable para el Estado.

La coexistencia de una sanción civil en el ámbito civil y penal denota la necesidad de restaurar la situación jurídica infringida. En cambio, la existencia de sanciones penales en el ordenamiento, refleja, en mi criterio, un grado superior de intensidad en el interés estatal de estimular el cumplimiento de los deberes jurídicos.

Por último, Kelsen puntualiza que, a pesar que tanto el negocio jurídico como el acto antijurídico son condiciones para la procedencia de la sanción, la significación de los mismos en la norma permite establecer dos diferencias claras entre ellos. Así, en primer lugar, obsérvese que mientras el negocio jurídico es fuente de derechos y obligaciones para quienes lo suscriban, el acto antijurídico no produce derechos y obligaciones para las partes, sino que permite la aplicación de la consecuencia jurídica por el órgano estatal competente. En segundo lugar, mientras el negocio jurídico es una mera condición indirecta de la sanción contemplada en la norma, el acto antijurídico es una condición directa de ésta.

1. ¿Puede ser el negocio jurídico una fuente de normas de efectos generales?

Interesa evaluar la posición que reconoce en el negocio jurídico una fuente de normas de efectos generales. Sobre este particular Kelsen, afirma "al concluir una convención, los sujetos aplican una regla de derecho —la regla *pacta sunt servanda*— a una situación concreta, y se sirven de ella para regular sus relaciones recíprocas. El efecto del acto jurídico es, de acuerdo con tal teoría, una modificación en la esfera de los derechos subjetivos; el derecho objetivo, es decir, el orden jurídico considerado como sistema de normas, no sufre ningún cambio" (Kelsen, 1979: 3-4).

Siendo que el negocio jurídico es obra de particulares, requiriendo la aprobación de los mismos para cada negocio, se podría sostener que bajo ningún respecto el negocio jurídico puede considerarse como fuente de normas generales, por cuanto el negocio no crea leyes de aplicación general, sino derechos y obligaciones aplicables a las partes en el caso del contrato, o a quienes les sean otorgados derechos, en el caso del testamento y la donación (Castro y Bravo, 1985: 32). De modo pues que el negocio jurídico sólo es fuente de derecho entre particulares, quedando, en principio, descartada su consideración como fuente de normas generales.

Sin embargo, debe admitirse al menos dos casos de negocio jurídico, en donde los efectos del mismo, parecen trascender a sus integrantes, creando derechos y obligaciones sobre terceros. Se trata de los casos del convenio colectivo y de las condiciones generales de contratación. Ambos casos serán examinados a continuación.

A. EL CASO DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS

La consideración del convenio colectivo como fuente de normas generales está directamente vinculada con el tema de la naturaleza jurídica de esta institución. De hecho, este último tema ha generado una intensa controversia en la doctrina, en la que se aprecia el debate entre la posición que acentúa el carácter contractual del convenio colectivo y la postura que destaca un pretendido carácter legal del convenio, en atención a los efectos del mismo. Como se aprecia, la consideración de los efectos del convenio colectivo fuera del ámbito de quienes hayan suscrito directamente el mismo, constituye el aspecto central del debate existente en esta materia.

Sobre este particular, doctrina española de reciente data señala:

El convenio colectivo se elabora con arreglo a mecanismos contractuales, pero proporciona por su ámbito de aplicación una regulación abstracta y general de vocación idéntica a la de la norma jurídica; como se ha dicho gráficamente el convenio es una institución compleja que constituye un híbrido "con cuerpo de contrato y alma de ley". En congruencia con este carácter mixto, las posiciones doctrinales sobre la naturaleza jurídica del convenio colectivo han basculado entre tesis contractualistas y tesis normativistas.

Las tesis contractualistas prestan especial relieve al acuerdo entre sujetos privados del que nace el convenio colectivo, acuerdo que vendría a ser una modalidad más dentro de la interminable gama de pactos y contratos que se dan en el tráfico jurídico. La dificultad de estas posiciones estriba en que no suministran una explicación satisfactoria de la eficacia del convenio, el cual contiene reglas que trascienden a las partes negociadoras, aspirando a actuar en el ámbito correspondiente a modo de norma, como "ley de la profesión" o "ley del sector".

Para dar cuenta de la irradiación de efectos a terceros que es característica del convenio colectivo, la doctrina ha recurrido a veces a la vía rápida de atribuirle la condición de norma de Derecho objetivo, que se integra sin más en el cuadro de las fuentes de producción jurídica. Pero, la catalogación del convenio como norma depende de su reconocimiento como tal por parte del ordenamiento estatal, lo que no puede darse por supuesto para los distintos sistemas jurídicos, y para las diferentes clases de convenios (Martín, 1996: 335).

A pesar de que el texto anterior incurre en el error de desconocer la condición de norma jurídica de figuras evidentemente normativas, como los contratos, esa circunstancia no desacredita el aspecto de fondo aquí tratado, esto es, la polémica existente en torno a la naturaleza y efectos del convenio colectivo.

En mi concepto, esta polémica debería resolverse a favor de la postura que acentúa el origen contractual del convenio colectivo. Y ello porque los efectos que dicho convenio pudiera generar sobre sujetos que no son parte del mismo, pero que podrían serlo en el futuro, a través del ingreso posterior a la empresa afectada, deberían entenderse como efectos jurídicos derivados de la ley misma. Y es que de ordinario la materia laboral recibe un tratamiento legislativo especial, en el cual el capítulo referente a los convenios colectivos tiene particular significación para el asunto aquí tratado. Es dicho tratamiento legislativo el que permite sostener que los convenios colectivos tienen efectos que trascienden a quienes sean empleados u obreros de la empresa respectiva para el momento de su celebración. En tal virtud, los efectos jurídicos sobre terceros que genera un convenio colectivo deben entenderse producidos por la ley que regula dicho convenio, y no por este último. De modo

que mal puede alegarse que el convenio tenga valor de ley, porque el efecto general y abstracto no deriva del convenio, sino de la ley que sirve de fundamento al mismo.

En conclusión, el convenio colectivo puede caracterizarse como un acto de naturaleza mixta. Tiene un origen negocial innegable, tanto en su estructura (sujetos, objeto y causa) como en sus efectos. En principio, estos efectos recaen sobre las partes del convenio colectivo. Sin embargo, debe admitirse que los efectos del convenio también pueden alcanzar a terceros, esto es, fundamentalmente a los nuevos trabajadores que ingresen a la empresa con posterioridad a la celebración del convenio colectivo. Tales efectos, sin embargo, deben a mi juicio ser atribuidos a la ley, en tanto la misma regula los aspectos fundamentales del convenio.

B. EL CASO DE LAS CONDICIONES GENERALES DE CONTRATACIÓN Y LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN

Las condiciones generales de contratación y los contratos de adhesión como formas atípicas de negocio jurídico, cuyos efectos sobrepasan a las partes de los mismos, encuentran su origen en ciertos fenómenos contemporáneos. En efecto, como sostiene Sergio Le Pera:

A primera vista, la expresión "contratos de adhesión" parece denotar los casos en los cuales la oferta efectuada por una de las partes es "inamovible", de modo que la alternativa dejada a la otra es aceptar la oferta tal como ha sido realizada, o renunciar a la idea de formalizar el contrato. Aunque este caso pueda parecer una excepción a la tradicional imagen del contrato como resultado de una libre discusión en la cual el contenido de cada una de las cláusulas es establecido por las partes, no es en absoluto nuevo, y (en este amplio sentido de "contrato de adhesión") todas las ofertas de ventas a base de "precios fijos y al contado" u otras condiciones predeterminadas, podrían considerarse "contratos de adhesión". Situaciones de esta naturaleza han sido muy bien conocidas desde antiguo...

Si el tema alcanza hoy mayor importancia teórica y práctica es debido a su frecuente asociación con un hecho conexo: el "monopolio legal o de hecho" que la parte que establece el contenido del convenio pueda tener, principalmente cuando el área de ese monopolio se considera "de interés público". Esta situación puede también ser descrita por su reverso, diciendo que la otra parte actúa "por necesidad..."

Paralelamente a la anterior, otra categoría de contratos aparece en el vocabulario legal: los "contratos tipo", generalmente vinculados con dos nuevos acontecimientos jurídico-económicos: la "contratación masiva" o "contratación en serie", que impone a cada empresa la uniformación de las condiciones en las cuales se vincula con el público para la realización de

su actividad específica; y la especialización de contratos en las distintas áreas del comercio, lo cual conduce a una progresiva "tipificación" de los instrumentos.

A esta "tipificación" se llega a menudo como resultado del establecimiento de "condiciones generales", las cuales son frecuentemente determinadas por acuerdos interempresarios, y ocasionalmente impuestas por autoridades nacionales o sugeridas por organizaciones oficiales supranacionales o internacionales" (Le Pera, 1979:269-70).

Como se aprecia, tanto los contratos de adhesión como las condiciones generales de contratación, generan interrogantes en cuanto al papel de la voluntad del sujeto a quien se someten los precitados negocios jurídicos, ya que el mismo debe acatar la voluntad de la parte que se encuentra en posición de predominio en dicha relación jurídica. Evidentemente, se trata de situaciones en donde no existe una voluntad con significación en el plano material. El sujeto entonces se limita a aceptar o rechazar de plano lo impuesto por su contraparte, lo que en condiciones de necesidad o de monopolio suprime cualquier reconocimiento a la voluntad material, a pesar de que en lo formal la misma pueda expresarse con estricta observancia de los requisitos legales en vigor.

En este orden de ideas, lo verdaderamente atípico de las condiciones generales de contratación son sus características de generalidad y abstracción, que lo sitúan en una posición más cercana a la ley o al reglamento que al negocio jurídico. En efecto, pudiera alguno atribuir a las condiciones generales de contratación la condición de ley material. Y ello porque los efectos de las mismas recaen en definitiva sobre sujetos desvinculados de su emisor.

Sobre la generalidad y abstracción atribuibles a las condiciones generales de contratación, Juan Carlos Rezzónico sostiene:

Las condiciones generales de contratación (CNG) poseen, por su naturaleza, carácter de generalidad, ya que se crean sin relación con un determinado contratante: v. gr., todos los espectadores de un teatro, todos los asegurados en una compañía, todos los viajeros de una empresa de transporte. Obviamente, es de la pluralidad de relaciones de donde dimana esa generalidad.

Esta particularidad de abarcar un número plúrimo alentaría en algunos la inclusión directa de las CNG dentro del marco de lo que se identifica como ley. Sin embargo, otros, con más cautela y criterio más compatible, limitan ese hecho a la afirmación de que el establecimiento e imposición unilateral de las CNG sustituyen al verdadero acuerdo de voluntades; ejercen sociológicamente la función de la ley y limitan el sentido o alcance de la autonomía privada.

Se puntualiza así la manera general y abstracta de aparición, donde no se menciona el futuro contratante ni un contrato en particular. Esas CNG habitualmente impresas, aparecen en mérito a sus rasgos caracterizantes como similares a la ley, y ajustadas a modelo, pero ello con la advertencia de que habrá de existir —para lograr validez como derecho contractual— un mecanismo de inclusión, una convención de incorporación.

A este aspecto responde la descripción de Schmidt-Salzer: Las CNG significan un proyecto de modelo contractual preformulado de manera general y abstracta, interiormente complejo y exteriormente extenso, destinado a ser tipo de contratos futuros a concluir por el empresario. De acuerdo con esto, un empresario formula, con miras a los contratos a concluir de manera típica en su explotación, cláusulas que se refieren a las cuestiones más importantes para él (exclusión de responsabilidad, condiciones de entrega y de pago, etc.), de manera que se da nacimiento a un tipo de modelo contractual apropiado —según voluntad— a futuras aplicaciones. Es claro que como necesaria consecuencia de ello se advierte generalmente una complejidad interna y una extensión externa. Nace la abstracción, que supone la ausencia de una relación contractual concreta, y la generalidad, que es la correspondiente ausencia de una contraparte específica, ambos rasgos típicos en el proceso de creación de las CNG (Rezzónico, 1987: 127-28).

A mi juicio, cabe hacer dos observaciones a los planteamientos de Rezzónico. En primer lugar, este autor admite que las condiciones generales de contratación tienen un contenido general y abstracto. Pero en lugar de encontrar en esta circunstancia motivo para calificar a las "condiciones" como ley, se distancia del enfoque normativo asegurando que las "condiciones ejercen sociológicamente la función de la ley". Esto equivale a decir que las condiciones generales de contratación coinciden con la ley en sus efectos, esto es, pueden calificarse como leyes en el plano material, pero nunca en el ámbito formal.

Una segunda observación que cabría formular al comentario del autor citado es que mientras la ley es autosuficiente, de modo que se basta a sí misma para asegurar su vigencia, las condiciones generales de contratación requieren para entrar en vigor un acto de "inclusión", como lo es el consentimiento de los individuos que suscriban el contrato particular. En este sentido, es cierto que las condiciones generales de contratación generan una limitación a la autonomía privada en lo concerniente al contenido de la declaración negocial. Pero ello no implica que esa declaración negocial quede totalmente excluida, ya que la misma se requiere para el perfeccionamiento del negocio jurídico. En consecuencia, a diferencia de las leyes, las condiciones generales de contratación no valen por sí mismas, requiriendo el consentimiento de sus eventuales destinatarios para que sus efectos trasciendan la esfera jurídica de su emisor. Si tal

consentimiento no se produce, las condiciones generales de contratación se limitarían a ser una mera declaración unilateral sin efectos en el sistema jurídico.

5. Problemas vinculados al uso del término negocio jurídico

Las reglas del negocio jurídico se obtienen mediante un proceso de generalización y abstracción a partir de las ya muy amplias reglas sobre los contratos, de modo que las mismas pretenden aplicarse también a los actos "mortis causa", a cualquier otro "intervivos", e incluso a cualquier acto expresivo de una voluntad o a los que se atribuye tal carácter. Es de destacar que el proceso de abstracción que da origen al concepto de negocio jurídico, está enmarcado en un proceso mucho más amplio y complejo, por el cual se pretende en última instancia la igualdad formal del derecho. Representa, en este sentido, un desarrollo del proceso iniciado con el movimiento codificador francés, cuyo propósito era crear un derecho igual para todos los ciudadanos; se trata de un derecho concebido en función de una "unidad de sujeto jurídico" (Galvano, 1992: 39), de modo que la regulación de las relaciones sociales que efectúa el Derecho pueda variar en relación con predicados accidentales del único sujeto jurídico, garantizando entonces una regulación del comportamiento social por el derecho en términos puramente objetivos.

El origen de la noción de negocio jurídico en Alemania demuestra claramente el papel jugado por el esfuerzo de generalización y abstracción en la construcción del concepto que nos ocupa y del término que permite identificarlo. En efecto, el movimiento codificador en Alemania sufrió un significativo retraso, por razones atribuibles en lo fundamental a la posición mantenida por la Escuela Histórica, que sostenía que la fijación de las reglas jurídicas en códigos tenía como efecto entorpecer la evolución del derecho, ya que éste se crea inicialmente en las tradiciones y creencias populares, y sólo después en la jurisprudencia, dejando a la legislación un papel absolutamente secundario como fuente de derecho. De modo que si la legislación era de suyo menospreciada, la codificación dado su mayor alcance era, al decir de Federico Carlos de Savigny, máximo representante de la Escuela Histórica, absolutamente inaceptable en Alemania, país que, a su juicio, carecía de los talentos necesarios para emprender semejante tarea.

Pues bien, en una sociedad como la alemana de la primera parte del siglo XIX, el proceso de abstracción desarrollado por los pandectistas, pretendió suplir a la codificación. En efecto, tal como ocurre en el caso de la codificación, el objetivo orientador de la Pandectística era la elaboración de construcciones

jurídicas de amplio alcance, pudiendo en su contenido genérico, sujetar a las mismas reglas los intereses más diversos. De modo que los pandectistas alemanes tradujeron conceptualmente el sentido revolucionario de la Codificación francesa, llevándolo incluso a consecuencias extremas. Pero mientras en Francia, el proceso de abstracción se detuvo en la codificación, en Alemania ese proceso continuó mucho más allá de la figura del contrato. En este sentido, si el contrato evoca al menos la imagen de una duplicidad de sujetos que guardan como referente económico el acto de intercambio, el negocio jurídico, "que es pensable como un acto de un sólo individuo, alcanza de la manera más completa la unidad del sujeto de derecho, y elimina, con su máximo grado de abstracción, cualquier posible referencia a la relación económica" (Galvano, 1992:40).

Cabe destacar que el esfuerzo de abstracción de los pandectistas ha sido objeto de fuertes críticas. La principal crítica es la acentuada desvinculación que pueden reflejar las construcciones doctrinarias con respecto a las realidades normativas que le sirven de objeto. Así, como lo planteó Rudolf von Jhering, a través de la jurisprudencia de conceptos, escuela a la que pertenece el pandectismo (Aftalión, 1988: 269), se termina construyendo cielos de conceptos en los que se condena como herética cualquier referencia a la realidad.

Ello no obstante, la utilidad general del concepto de negocio jurídico no puede negarse por la mera circunstancia del papel central que en su construcción juegan la abstracción y el formalismo. En todo caso, debe admitirse que la aplicación del concepto de negocio jurídico a cualquier ordenamiento, exige un estudio de los principios imperantes en el mismo, con el propósito de reducir el riesgo de la desvinculación con la realidad, según lo indicado por un sector de la doctrina.

6. Hecho, acto y negocio jurídico

Para delimitar el alcance del término negocio jurídico es necesario comenzar por establecer las diferencias entre dicha figura y ciertas categorías que le son cercanas como el hecho y el acto jurídico. Por hecho jurídico se entiende aquel acontecimiento del cual derivan consecuencias jurídicas. En otras palabras, el hecho jurídico es un fenómeno a cuya ocurrencia el ordenamiento jurídico atribuye la generación de derechos y obligaciones. Según algunos autores, en el hecho jurídico se aprecia la asociación entre el mundo fenoménico y el mundo normativo, porque la producción de efectos jurídicos por el llamado hecho jurídico no responde solamente a su existencia, sino que requiere una previsión del mismo por parte del sistema normativo, el cual regula en su

supuesto de hecho al referido fenómeno y le asigna las consecuencias en el marco del derecho.

Sobre el hecho jurídico, el tratadista alemán Von Thur afirma:

Las leyes son, de ordinario, preceptos abstractos que rigen para numerosos casos iguales (son muy raras las leyes que se dan en nuestro orden jurídico en vista de un único caso, los llamados privilegios). La ley es, pues, por su estructura lógica una regla hipotética; si se dan tales hechos se producirán tales efectos. Los hechos indicados en la regla condicional son los requisitos; la conminación decretada por la regla principal es la que contiene los efectos jurídicos de esos hechos. Los efectos jurídicos implican siempre una alteración en el mundo del Derecho, y en particular el nacimiento, la modificación o la extinción de relaciones jurídicas o derechos subjetivos. Los requisitos de hecho de un precepto jurídico se componen casi siempre de varios hechos concretos que han de producirse simultánea o sucesivamente, con arreglo a un orden determinado o sin orden alguno. Estos hechos, dotados de eficacia jurídica, se llaman hechos jurídicos. Frente a ellos aparece la gran masa de los hechos indiferentes al Derecho (citado por Castán, 1987: 664).

Según Von Thur, la consideración del hecho jurídico como categoría conceptual relevante para el Derecho refleja la asignación de consecuencias normativas a la ocurrencia de ciertos acontecimientos en el mundo fenoménico. En apariencia, para Castán existe aquí una vinculación entre el ámbito normativo y el mundo real. Y agrega que, sin embargo, no debe llevar a confundir al hecho jurídico con el supuesto de hecho de una norma. En verdad, el primer concepto está contenido en el segundo, porque entre los elementos que cabe identificar en el supuesto de hecho pueden encontrarse hechos jurídicos.

En mi opinión, contrariamente a lo que sostiene el tratadista español, no existe propiamente en el hecho jurídico una vinculación entre el mundo fenoménico y el mundo normativo. Se trata simplemente de normas que atribuyen a ciertos acontecimientos la producción de efectos jurídicos. Pero adviértase que siempre hacemos referencia a la norma, ya que en ella se agota nuestro análisis.

Dentro de la categoría de hechos jurídicos es posible identificar diversos acontecimientos. Así, Castán, en cita a Bonet, menciona los siguientes: "el nacimiento de la persona, la muerte, la ausencia, el comienzo de la mayoría de edad, la enfermedad, la contigüidad de los fundos, el aluvión, la avulsión, la mutación de cauce, la formación de isla, el transcurso del tiempo, etc." (Castán, 1987: 664).

Ahora bien, es de destacar que los eventos de la enumeración anterior pueden resumirse en acontecimientos del mundo fenoménico en donde la volun-

tad humana no juega, en principio, papel o función relevante. Pero al margen de ello es posible encontrar acontecimientos directamente derivados de la voluntad individual. Tales eventos que también califican como hechos jurídicos, son sin embargo conocidos bajo un rótulo diferente: actos jurídicos.

Los actos jurídicos pueden entonces definirse como aquellos eventos en el mundo fenoménico derivados de la voluntad humana, a los cuales el ordenamiento jurídico otorga consecuencias normativas.

Al referirse al tema, Castán hace las siguientes consideraciones:

El acto, en sentido jurídico, supone un hecho humano, producido por voluntad consciente y exteriorizada. Cuando el acto produce, conforme a las disposiciones del Derecho objetivo, un efecto jurídico, es llamado acto jurídico.

Las características del acto jurídico son, según esto: 1° Una actuación humana. 2° La voluntad consciente; puede considerarse como acto la omisión negligente, pero no lo hecho inconscientemente o la conducta originada por una fuerza extraña. 3° La exteriorización de la voluntad; no son actos, desde el punto de vista jurídico, los hechos de la vida espiritual interna, a no ser que en su relación con otros hechos exteriores tengan resonancia jurídica. 4° La producción de efectos jurídicos (Castán, 1987: 668).

Las reflexiones de Castán en torno al acto jurídico reflejan con claridad los datos que identifican a dicha figura. A mi juicio, dos aspectos del acto jurídico deben subrayarse: la existencia de una voluntad consciente y exteriorizada, es uno de ellos. Es de destacar la exclusión del concepto de actos involuntarios o reflejos, así como aquellos actos que se agotan en el fuero interno del individuo, sin que existan signos externos que permitan apreciar una manifestación de voluntad.

El otro aspecto a destacar es que el sistema jurídico le atribuya ciertas consecuencias a la voluntad individual. Es decir, se exige que las consecuencias jurídicas del acto resulten del propio ordenamiento y no de la voluntad individual consciente y exteriorizada. La doctrina llama a este caso acto jurídico en sentido estricto. Pero, en términos generales, puede hablarse de dos tipos de actos jurídicos: aquellos cuyas consecuencias jurídicas derivan de lo previsto en el ordenamiento y aquellos cuyos efectos responden a la voluntad del sujeto, por delegación que a ésta hace el ordenamiento jurídico. A esta hipótesis se le llama negocio jurídico.

Sobre la distinción entre acto y negocio jurídico, Enneccerus afirma que cabe distinguir dos grupos de actos jurídicos lícitos:

- a) "Los actos humanos lícitos cuyo efecto jurídico no se determina por el contenido de la voluntad, sino únicamente y con carácter forzoso por la ley. Los llama dicho autor actos de derecho o actos jurídicos en sentido estricto. El requerimiento del acreedor al deudor, o el ofrecimiento de pago de éste a aquél, son sin duda, actos voluntarios; pero no es el contenido de la voluntad en ellos expresado lo que engendra el efecto jurídico de la mora, sino que éste se produce inmediatamente por voluntad de la ley. La mora se produce *ex lege*: en algunos casos sin necesidad de intimación al acreedor; en los demás, la intimación es un requisito para ese efecto *ex lege*, pero la intimación misma no regula el efecto".
- b) "Los actos humanos lícitos consistentes en una declaración de voluntad directamente dirigida a producir un efecto jurídico, para el cual, es decisivo y regulador el contenido de esa voluntad. Se les llama declaraciones de voluntad o negocios jurídicos. La gran importancia de esta categoría de actos jurídicos estriba en que el hombre forma por sí mismo y mediante ellos sus relaciones jurídicas dentro de los límites trazados por el ordenamiento. El ordenamiento jurídico dota a su voluntad con la virtud de engendrar efectos jurídicos, y declara decisivo para estos efectos el contenido de la voluntad, si bien no exclusivamente" (citado por Castán, 1987: 670).

Sobre este particular, Castro y Bravo puntualiza que desde antiguo se distingue entre actos y negocios jurídicos. Son actos jurídicos aquellos cuyos efectos derivan exclusivamente de la Ley, como el ejercicio de acciones, la denuncia del contrato o el reconocimiento para interrumpir la prescripción, en los cuales la voluntad individual, no obstante ejercer una influencia innegable en el contenido de la relación jurídica, configura en realidad la materialización del ejercicio de las facultades inherentes a la misma relación jurídica. Por su parte, son negocios jurídicos aquellos actos que tienen por objeto la ordenación y base de la relación jurídica, por lo que de esa forma, determinan su contenido y alcance, tal como ocurre en el contrato (Castro y Bravo, 1985: 25). De modo que mientras en el acto jurídico, los efectos derivan de la ley, en el negocio jurídico, los efectos resultan de la voluntad particular, por disposición de la ley.

De modo que el papel asignado a la voluntad individual resulta determinante cuando se pretende establecer la distinción entre el acto y el negocio jurídico. Como se ha dicho, en el acto jurídico *stricto sensu* los efectos de la voluntad individual resultan de lo expresado en el ordenamiento; en cambio, en el negocio jurídico, los efectos derivan de la voluntad, por delegación que a la misma hace el ordenamiento y dentro de los límites de tal delegación.

Con el negocio jurídico se lleva al nivel más alto el reconocimiento de la voluntad individual como productora de efectos jurídicos. Y ello porque la misma será la que determine, en lo fundamental, las consecuencias jurídicas que recaerán sobre los sujetos que sean partes del negocio. En cambio, en el acto jurídico, los efectos de la voluntad individual son aquellos que el Estado, a través de la Ley, define. En consecuencia, aquí la voluntad lejos de ser la creadora de efectos jurídicos, como ocurre en el negocio, es una mera condición para que se produzcan los efectos que la Ley establece.

7. Evolución del negocio jurídico en el sistema jurídico alemán

A. EL NEGOCIO JURÍDICO COMO ACTO CREADOR DE NORMAS JURÍDICAS

Cabe destacar que la facultad de la persona para poder regular su propia esfera jurídica configura el rasgo definitorio de la autonomía de la voluntad, que a su vez constituye la médula del negocio jurídico. Destaca Castro y Bravo que la doctrina alemana no le otorgaba al principio su debido valor a este elemento en la construcción del concepto de negocio jurídico. De hecho, inicialmente, el negocio jurídico era visto, en lo fundamental, como mero presupuesto de hecho del nacimiento de derechos subjetivos, o de relaciones jurídicas. De modo que los efectos normativos de la voluntad individual lejos de derivar de esta última, serían consecuencia directa de lo previsto en el ordenamiento.

Esta aproximación terminó acentuándose en los años treinta, cuando se subraya la función del Estado en la conformación tanto del contenido como de la forma del negocio jurídico. En tales circunstancias, el concepto de autonomía privada mantuvo una frágil relevancia, habida cuenta de la tesis defendida en Alemania hacia 1936, conforme a la cual la validez del negocio jurídico deriva total y exclusivamente del poder que el Estado le otorga al individuo (Castro y Bravo, 1985: 32).

En el plano material es indiscutible que la libertad que otorgan los diferentes ordenamientos a los particulares para asignarse derechos y obligaciones en las múltiples interrelaciones que se produzcan a propósito del tráfico de bienes y servicios que ocurre en las sociedades contemporáneas, refleja las limitaciones que encuentra el Estado para atribuir derechos y obligaciones entre los diferentes agentes económicos que participan en el citado tráfico comercial. En otras palabras, la asignación de derechos y obligaciones por los particulares responde en el fondo a una ideología de orientación liberal, que admite como premisa que la aplicación de las reglas del mercado constituye el

mecanismo más apropiado para garantizar una eficiente asignación de recursos en el sistema económico; ello no obstante, este mecanismo tiene serias deficiencias cuando la equidad en la distribución de los recursos es la consideración fundamental. En mi criterio, esta circunstancia permite, entender la distinción entre el concepto de justicia distributiva, cuya consecución amerita una presencia estatal, y el de justicia conmutativa o contractual, que en principio no exige tal presencia.

B. ANTECEDENTES DE LA DELIMITACIÓN ENTRE ACTO Y NEGOCIO JURÍDICO

Los antecedentes del negocio jurídico pueden rastrearse hasta el derecho romano. Al respecto, Arangio-Ruiz ha sostenido:

“La jurisprudencia romana no elaboró una doctrina general del negocio jurídico. Sin embargo, no podían faltar doctrinas particulares que fueran susceptibles de una aplicación más o menos uniforme a todos los actos jurídicos o, por lo menos, a vastos grupos de ellos; tales las doctrinas de la *condicio* y del *dies*, de la representación, del dolo, de la violencia” (Arangio-Ruiz, 1986: 87).

Es de hacer notar que del estudio de los textos romanos se extrae la idea de que el particular conserva el poder de establecer reglas de valor jurídico, similares a las leyes (Castro y Bravo, 1985: 25). En consecuencia, el ciudadano, en tanto hombre libre, mantiene una parcela de soberanía, que se manifiesta justamente en el poder de crear derechos y obligaciones. Esta aseveración queda confirmada al evaluarse el caso del testamento o del contrato. En efecto, cuando un sujeto prepara un testamento, su voluntad es la fuente suprema de relaciones jurídicas que deriven de dicho acto, o dicho a la manera de Castro y Bravo, “su voluntad es ley”. Por su parte, cuando un sujeto celebra un contrato con otro individuo, la voluntad de las partes es también ley, en tanto y en cuanto es la fuente suprema de derechos y obligaciones sobre las mismas. En este caso, pues, las partes son quienes dan al contrato carácter de ley para las mismas.

La circunstancia de que la voluntad individual sea determinante en la creación de efectos jurídicos permite distinguir el caso de los negocios jurídicos del caso de los actos jurídicos. Así, ambas figuras comportan una declaración de voluntad productora de efectos jurídicos. Pero, mientras en la primera, los efectos jurídicos derivan de la voluntad, independientemente considerada, en la segunda, los mencionados efectos son producto de la Ley, la que asigna consecuencias determinadas a la voluntad individual, debidamente exteriorizada.

Ahora bien, en rigor, la introducción del término negocio jurídico en la doctrina encuentra sus orígenes en el esfuerzo de los pandectistas alemanes para sistematizar los conceptos que sirven de contenido a la llamada ciencia del derecho. En tal sentido, cabe destacar el aporte de autores como Hugo, Heise, Thibaut y, fundamentalmente, Savigny. El aporte de este último se contrae a la utilización como sinónimos de los términos declaración de voluntad y negocio jurídico, para así estudiar en forma unitaria y detallada a esta última figura. Desde ese entonces, la distinción entre la misma y el acto jurídico se hace evidente en la doctrina, en particular en Alemania, Austria y Bélgica, en donde se admite el concepto de negocio jurídico, en la primera mitad del siglo XIX. La legislación tarda un tiempo más en aceptar esta distinción, encontrando su primera consagración en el Código Civil de Sajonia de 1863, que, al adoptarlo como concepto técnico, lo define señalando que «un acto es un negocio jurídico cuando la acción de la voluntad se dirige, de acuerdo con las leyes, a constituir, extinguir o cambiar una relación jurídica» (Castro y Bravo, P. 20).

El concepto de negocio jurídico debe evaluarse bajo la óptica de que el mismo representa un esfuerzo por resolver el problema de la organización del vínculo entre personas y cosas, asunto que sin duda constituye uno de los problemas fundamentales que el Derecho debe atender. Así, los individuos desean delimitar sus derechos de los que corresponden a otros sujetos, facilitar el tráfico jurídico entre sí, permitir la circulación de sus mercancías, y alcanzar resultados que permitan mantener en el tiempo las condiciones originalmente pactadas. En suma, los individuos desean celeridad y seguridad en el tráfico jurídico.

Ahora bien, la consecución de esas finalidades ha sido entendida de diversas formas en la historia del Derecho. Así, por ejemplo, la *máxima pacta sunt servanda*, según la cual los pactos deben ser siempre cumplidos en los términos en que se han celebrado, ha jugado un papel importante en la defensa de estos objetivos. Ahora bien, dicha máxima que resulta de ordinaria aplicación y aceptación en la práctica contractual contemporánea, no ha sido uniformemente admitida en el desarrollo de la ciencia del derecho. Así, la misma aparece en etapas avanzadas en el desarrollo del derecho, careciendo en sus inicios de la fuerza necesaria para garantizar la estabilidad de las instituciones. De modo que en las etapas iniciales de su adopción, la referida máxima se encontraba lejos de constituir, como ocurre en la actualidad, “una manifestación de la autonomía de la voluntad y el alma del negocio jurídico” (Espasa, 1991: 715).

C. EL NEGOCIO JURÍDICO COMO EXPRESIÓN NORMATIVA DE LA LIBERTAD INDIVIDUAL

Según comenta Hattenhauer, para los iusnaturalistas, el negocio jurídico constituía la forma reconocida por el ordenamiento para admitir la libertad humana. En otras palabras, era la expresión particular en el campo jurídico de la libertad de todo individuo. A través del negocio, el sujeto puede convertir en realidad, lo que su voluntad le indica en relación con sí mismo, sus bienes y otras personas. Esta es una característica propia y exclusiva de las personas, por cuanto sólo ellas son libres y pueden transformar el querer y lo querido en actos jurídicos. Por otra parte, desde una perspectiva diferente, la validez de los actos queda condicionada a que los mismos sean el resultado de la voluntad del sujeto, basada en la razón. Por ello, a pesar de que inicialmente, la idea de libertad en la corriente iusnaturalista se vinculó en lo fundamental al ámbito interno del sujeto, esto es, a sus creencias y conciencia, en estadios más avanzados del Derecho natural, se traslada ese concepto al exterior del sujeto. De modo que, en esta última etapa, el sujeto que no reconocía sobre sí mismo, autoridad superior a aquella procedente de la ley de la razón, empieza a ser libre cuando puede "transformar sus creencias en deseos y sus deseos en actos" (Hattenhauer, 1987: 65).

En este sentido, el concepto de responsabilidad surge como consecuencia directa de la facultad del individuo para afectar el mundo exterior a través del negocio jurídico. Por ello, el negocio como expresión de la libertad, se traduce en una conducta imputable al sujeto que lo emite, por lo que dicha conducta presupone la responsabilidad del emisor. En consecuencia, desde el punto de vista ético, libertad y responsabilidad marchan paralelamente, por lo cual sólo cuando una persona hace uso de su libertad a través del negocio, puede imputársele las consecuencias del mismo. En tal virtud, el ejercicio de la libertad está limitado a aquellos sujetos que, dadas ciertas condiciones físicas y espirituales, pueden adecuadamente prever, y eventualmente, soportar las consecuencias de su actividad. De allí que los incapacitados, los menores, los entredichos o los inhabilitados, al no actuar libremente, no son responsables por los actos que realicen.

Sobre el desarrollo del concepto de negocio jurídico, Hattenhauer sostiene:

El negocio jurídico era solamente una forma de acción con trascendencia jurídica, junto a la cual resultaba especialmente relevante el entonces llamado "acto no permitido". A comienzos del siglo XIX todavía no se hablaba comúnmente de "negocios jurídicos". El término artificial no gozaba aún de predicamento como expresión jurídica, pero tampoco el contrato —máxima expresión del negocio jurídico— aparecía directamente relacionado con

el concepto de acto. Más emparentado estaba con un concepto que a partir de Hugo Grotius (1583-1645) tuvo gran trascendencia: "la promesa", que se incorporaría posteriormente a la teoría jurídica como "declaración de voluntad" (Hattenhauer, 1987: 66).

De modo que, en ese contexto, el negocio jurídico era considerado como una simple forma de acción con limitada trascendencia jurídica, y desvinculado del concepto de acto. Lo mismo, por lo demás, ocurría con su especie más común, el contrato. En verdad, el negocio jurídico era más cercano al concepto de promesa, la cual tuvo mayor relevancia para la ciencia del derecho a través del desarrollo posterior del concepto de "declaración de voluntad".

Vale destacar que en el derecho norteamericano se defiende la tesis de que existe una base moral en todo contrato, consistente en el principio de que las personas pueden imponer sobre sí mismas obligaciones, previamente inexistentes. De conformidad con esta postura, el fundamento de los contratos radica en la idea de que los individuos pueden disponer de sus derechos, por lo que la existencia de tales derechos es lógicamente anterior al contrato por el cual el sujeto se desprende de éstos. A pesar de que esta idea ha sufrido severas críticas en las últimas décadas, tanto por los cambios de la realidad social que erosionan sus fundamentos, como por el comentario de diversos tutores en la filosofía jurídica inglesa y norteamericana, lo cierto es que influyentes autores como Charles Fried de la Universidad de Harvard, todavía defienden la significación del concepto promesa como fundamento de la teoría del contrato (Fried, 1981: 1-6).

D. DE LA PROMESA A LA DECLARACIÓN DE VOLUNTAD

En el siglo XIX, el concepto de "promesa" de Hugo Grocio se transformó en "declaración de voluntad". En efecto, el razonamiento que sirvió de base a la referida transformación se asienta en la premisa de que por el hecho de querer se debe poder actuar. En consecuencia, por la exteriorización de la voluntad en una declaración, la misma se podía hacer vinculante para su emisor. De modo que, por una parte, la voluntad es una precondition para la existencia del acto, pero, al mismo tiempo, la voluntad permite vincular al acto con el surgimiento de deberes jurídicos sobre la persona que lo emita.

No obstante lo indicado, es de hacer notar que la tesis de la declaración de voluntad dejaba latentes diversas preguntas en torno al fundamento de las consecuencias jurídicas derivadas del acto. La principal cuestión se concentraba en precisar cómo algo esencialmente contingente como la voluntad —efímera, mudable, ofuscable, improbable, en las palabras de Hattenhauer— podía ser

fundamento de obligaciones vitalicias, y en algunos casos perpetuas, afectando a descendientes directos e indirectos, y a patrimonios y familias enteras. Grocio intentaba resolver el asunto, apelando a la naturaleza de las cosas, indicando que:

...aquí coinciden las opiniones de los jurisconsultos al afirmar que no hay nada tan natural como atender a la voluntad del propietario que desea transferir a otro su derecho, ni nada que refleje mejor la lealtad entre los hombres que el mantenimiento de la promesa hecha (Hattenhauer, 1987: 67).

Sin embargo, el reconocimiento del papel que juega la voluntad individual en la creación de derechos y obligaciones, continúa generando problemas, tanto en lo concerniente a la extensión y límites de la obligación nacida de la voluntad individual, como a la adjudicabilidad de la libertad ejercida por el sujeto. Por ello, aún en la actualidad se mantienen las controversias en torno a temas como el error, el negocio jurídico simulado, la reserva, entre otros.

Al respecto, Hattenhauer afirma:

Los juristas no encontraban fácil solución a los problemas referidos al reconocimiento de la voluntad como fuente de derechos y deberes. Cuanto más daban por sentado que la voluntad es una instancia generadora de derechos, mayores eran los problemas que la voluntad planteaba al Derecho, y que, pese a todos los esfuerzos científicos, le planteará en el futuro. Para consuelo de tantos y tan esclarecidos sistemas y fórmulas, continúa siendo aplazada la decisión sobre la extensión y límites de la obligación nacida de la voluntad. Y tampoco existe una solución exclusivamente lógica para el problema subyacente de la adjudicabilidad de la libertad ejercida. Por tanto, mientras la voluntad mantenga su papel preponderante en el Derecho, no se acallarán las continuas disputas de los juristas sobre la teoría del error, el negocio simulado, la reserva y las teorías objetiva y subjetiva sobre la interpretación de la declaración de voluntad. Son el precio (que debe pagarse) por el reconocimiento de la persona con vocación de libertad (Hattenhauer, 1987: 67).

E LA LIBERTAD A TRAVÉS DEL CONSENTIMIENTO: EL CASO DE LOS CONTRATOS

Cabe destacar que el derecho común acogió la tesis que postula el valor legal de la declaración de voluntad en los siguientes términos:

1. *La declaración de voluntad es una exteriorización de aquello que, según la intención del declarante, debe o no debe suceder.*
2. *Si una declaración de voluntad ha de producir efectos jurídicos, el declarante debe estar facultado para disponer del objeto con arreglo al contenido de su declaración.*

3. *El declarante debe poseer la capacidad de actuar con conocimiento y reflexión.*
4. *La declaración de voluntad debe ser libre, formal y cierta o fiable (Hattenhauer, 1981: 67).*

Ahora, desde tiempos antiguos se reconocía que la manifestación de voluntad no era una expresión equivalente al término contrato, en su contenido y efectos. Se comprendió entonces que para la celebración de un contrato era necesaria la existencia de por lo menos dos declaraciones coincidentes y que respondieran a la misma finalidad. De allí que la palabra "contrato" signifique la realización de un trato entre dos sujetos, y que su objeto presuponga la coincidencia de las manifestaciones de voluntad de dos o más sujetos.

Conviene pues detenerse en la teoría del consentimiento como elemento clave para la existencia de los contratos. En efecto, en el derecho canónico se encuentra un célebre aforismo conforme al cual "lo que a todos afecta, por todos debe ser aceptado" (Hattenhauer, 1981: 68). Ya no era entonces la manifestación de voluntad, sino el consentimiento lo que permitía otorgarle validez a los contratos. De allí que la justificación de dicha validez se busque en los actos previos al consentimiento, es decir, en las declaraciones de voluntad.

Este criterio fue defendido por autores como Carl Gottlieb Svarez, quién en una disertación ante el heredero al trono de Prusia sostuvo:

1. *Cuando un hombre promete a otro algo de lo suyo, sea una cosa, un acto o una renuncia, y el otro acepta la promesa, entonces existe entre ellos un contrato. Promesa y aceptación conforman la esencia del contrato.*
2. *La obligatoriedad de los contratos reside en que el prometiende da a conocer mediante su oferta que desea renunciar a la cosa o al derecho en beneficio del otro, y éste, mediante su aceptación, declara que desea sumar a lo suyo esta cosa o este derecho.*
3. *Las cosas y los derechos se transfieren, por contrato, de la propiedad del prometiende a la del aceptante, en virtud del asentimiento mutuo (citado por Hattenhauer, 1981: 68).*

Ahora bien, Emmanuel Kant enmarca su estudio del problema del contrato en la doctrina de la libertad individual. Así, destaca que el objeto del contrato no es una cosa exterior, sino un acto de la contraparte del contrato, que se obliga a su cumplimiento, y que se traduce en la transmisión de la propiedad de la cosa al adquirente. De modo que en virtud del contrato, lejos de establecerse un mecanismo para la circulación de bienes, en realidad, al menos una de las partes le otorga a la otra una parcela de su libertad.

Sobre este particular, Hattenhauer sostiene:

Mientras para el práctico jurídico Svarez el contrato era, a fin de cuentas un instrumento del tráfico mercantil y jurídico, Emmanuel Kant (1724-1804) llevó en este terreno la doctrina burguesa de la libertad a una total claridad ideológica. A la pregunta: ¿qué es lo exterior que adquiero mediante el contrato?, contestaba que el objeto del contrato no era una cosa exterior, sino un acto de la contraparte contratante, que se comprometía a la ejecución de tal acto, a través del cual la cosa pasaba a poder del otro. Aquí el contrato no era un medio de transporte para el despacho de cosas en el tráfico jurídico, sino un instrumento mediante el que alguien pone a disposición de otro una porción de su libertad, un acto (Hattenhauer, 1981: 68).

Con fundamento en estas consideraciones, se llegó al reconocimiento de la autonomía privada. En tal sentido, el contrato era la confirmación de la libertad civil, ya que era inadmisibles que un sujeto dictase a otro normas reguladoras de sus negocios jurídicos. De modo que, como lo destaca Hattenhauer, "cada uno debía decidir por sí mismo sí y en qué condiciones, quería poner a disposición de otro sujeto una parte de su libertad" (Hattenhauer, 1981: 69).

En relación con la autonomía privada, Hugo Grocio destacó que para la válida celebración de los contratos era necesaria la igualdad de los contratantes, la cual era entendida en aquel entonces como igualdad formal. En consecuencia, no se estimaba a la desigualdad en el plano socioeconómico, vale decir la desigualdad material, como atentatoria para la igualdad ante el derecho, así como tampoco para la autonomía privada vaciada en el contrato.

Desde mediados del siglo XIX, se percibió que la desigualdad en el ámbito económico y social podía llegar a desvirtuar la doctrina de la autonomía privada. Ello no obstante, la experiencia jurídica ha permitido preservar dicha doctrina, con fundamento en la idea de que no hay mecanismo más apropiado que éste para asegurar la libertad del ciudadano, al menos en lo que concierne al derecho privado. De modo que debía admitirse a los sujetos hacer todo lo que quisieran en el marco de la ley. Para asegurar la autonomía privada, era además fundamental que los jueces no interfirieran en la libertad civil. En consecuencia, la autonomía privada como concepto estaba directamente vinculada a la no-intromisión del Estado, bien a través de la ley, bien a través de la actuación de los órganos jurisdiccionales. En la perspectiva liberal, el Estado es un enemigo de la libertad ciudadana, por lo que su participación no debe alterar la voluntad de los particulares, aun cuando pudieran admitirse para el Estado soluciones más satisfactorias para los eventuales problemas que se originen entre ellos. Esta posición era aún más extremista en el caso de los jueces, porque en el pensamiento liberal, el poder judicial encubría la

posibilidad de dictadura, por lo cual bajo ningún respecto corresponde al Juez decidir, por ejemplo, cuando resultaba dudosa una declaración de voluntad, debiendo quedar dicha determinación exclusivamente en las partes.

F. DESARROLLO DEL CONCEPTO DE NEGOCIO JURÍDICO

A mediados del siglo XIX, la teoría del negocio jurídico pasa a tener el lugar preeminente que el acto jurídico venía ocupando en la dogmática. Ello no obstante, hasta el siglo XX no se olvidó que la declaración de voluntad y el negocio jurídico eran actos. Incluso la relación directa entre la teoría de la declaración de voluntad y la teoría del acto jurídico perdió su significación, quedando la primera subsumida en la teoría del negocio jurídico. Con esta variación, el sentido de la declaración de voluntad pasó a estimarse más como un medio técnico de la administración de justicia, en lugar de un enunciado de la doctrina iusnaturalista de la libertad individual (Hattenhauer, 1981: 70). En este orden de ideas, la declaración de voluntad era vista como un medio para la creación de negocios jurídicos, los cuales de suyo eran también instrumentos para el surgimiento de relaciones jurídicas.

Tanto la teoría del negocio jurídico como la de la declaración de voluntad se mantuvieron inalteradas durante el siglo XIX. Incluso a finales de ese siglo, cuando se inician los trabajos para la redacción del Código Civil Alemán, dichas tesis quedan confirmadas tal como lo cita Hattenhauer en los siguientes términos:

El negocio jurídico es una declaración de voluntad privada, orientada a la producción de un resultado que, según el ordenamiento jurídico, tiene lugar porque es querido. La esencia del negocio jurídico reside en la manifestación de una voluntad orientada a producir efectos jurídicos, y que el dictamen del ordenamiento jurídico, al reconocer dicha voluntad, hace efectiva en el seno del mundo jurídico la figura legal deseada. La delimitación aplicada al concepto de negocio jurídico conduce a una categoría especial de actos jurídicos. Frente a los negocios jurídicos como actos con resultados jurídicos que se perfeccionan por ser queridos, se sitúan otros actos, a los que se asocian efectos jurídicos, pero para cuya efectividad resulta indiferente, según el ordenamiento jurídico, que sean o no queridos por los actuantes (Hattenhauer, 1981: 70).

Lo expuesto refleja un cambio radical en el papel asignado a la manifestación de voluntad. En efecto, la misma deja de estimarse como paradigma de la libertad individual. Por el contrario, la declaración tiene relevancia en tanto y en cuanto el propio ordenamiento jurídico le reconoce validez. De modo que lejos de ser anterior al derecho, en el plano lógico, la declaración tiene validez en razón de éste.

A. VOLUNTAD VERSUS DECLARACIÓN DE VOLUNTAD

La teoría del negocio jurídico puso nuevamente de relieve la vieja polémica entre quienes defendían la primacía de la voluntad individual y quienes destacaban la preponderancia de la declaración de tal voluntad. Se trataba, en última instancia, de establecer que debía prevalecer en caso de conflicto, el individuo o la sociedad civil. En tal sentido, el predominio de la voluntad permitía confirmar el carácter protagónico del individuo, ya que será éste quien determine a través de los negocios jurídicos el contenido y alcance de las relaciones jurídicas que del mismo se deriven. Por su parte, de privar la declaración, será la sociedad la que encontrará una preferencia por sus derechos, dado que será lo expresado y no simplemente lo querido lo que prevalecerá en caso de conflicto. En la determinación de esos elementos, interno y externo de la declaración de voluntad, se encontrará el fundamento de validez del negocio jurídico.

En efecto, como lo señala Kelsen, entre los principios políticos que justifican a cada una de las aproximaciones descritas, hay dos que ocupan un lugar preeminente: el principio individualista de la autonomía, el cual resultaría restringido si la declaración de voluntad prevalece sobre la voluntad real, por lo que defiende entonces la idea de que la voluntad predomina sobre su expresión; y el principio colectivista, conforme al cual lo que debe ser protegido en interés de la seguridad jurídica es la confianza en los hechos exteriores (Kelsen, 1979: 18-19).

Cabe destacar que la polémica envolvió a algunos de los más importantes civilistas alemanes, quienes asumieron la defensa de sus respectivas tesis con amplia riqueza argumental. Tal fue el caso de Ludwig Enneccerus, que postuló la condición prevaleciente de la teoría volitiva en los siguientes términos:

Si bien es cierto que las relaciones jurídicas deben proporcionar bienes al hombre, si los negocios jurídicos constituyen el medio más relevante que tiene el individuo para configurar por sí mismo sus relaciones jurídicas, entonces esta autonomía privada es, indudablemente y por encima de las propias relaciones jurídicas, la finalidad más perfecta, más eminente y que proporciona mayor cobertura, siempre que los resultados del negocio queden determinados directamente por la voluntad del sujeto del mismo. Toda discrepancia fundamental de la idea según la cual la voluntad humana es la que ordena los resultados jurídicos del negocio, conlleva una desvalorización del negocio jurídico en favor de más altas conveniencias. Si consideramos la declaración en su aspecto objetivo o el sentido de la declaración como lo decisivo, invariablemente se constreñirá la autonomía del individuo en sus relaciones jurídicas. Sin la libertad del artista para dar forma a la materia jurídica, el individuo solamente podrá proveer supuestos de los que el De-

recho, con independencia de su voluntad, extraerá consecuencias jurídicas (citado por Hattenhauer, 1981: 71).

Como contrapartida, otro gran jurista alemán, Andreas von Tuhr, en su introducción a la parte general del Código Civil, ya muestra el declive de la teoría volitiva y la definitiva aceptación de la teoría declaracionista. En su obra se presentan las siguientes consideraciones:

El Derecho civil parte del supuesto de que los individuos regulan por sí mismos sus relaciones jurídicas del modo más conveniente, lo que permite ampliamente a las personas implicadas encontrar disposiciones reguladoras de sus relaciones jurídicas, finalidad a la que sirve la modalidad más relevante de actos jurídicos: el negocio jurídico... La eficacia del negocio jurídico reside en la sanción de la Ley; pero como quiera que la ley configura dicha eficacia en función de la voluntad declarada por las partes, esta voluntad puede considerarse causa concreta del resultado jurídico, situándose el negocio jurídico en abierta contradicción con otras situaciones de hecho cuya eficacia resulta de la Ley sin consideración a la voluntad de las partes implicadas (citado por Hattenhauer, 1981: 71).

En consecuencia, la autonomía privada pasó a ser considerada como un asunto que involucraba consideraciones de utilidad social y conveniencia estatal. De modo que sólo la Ley podía otorgarle reconocimiento a la voluntad privada, lo que de suyo permitía otorgarle a la misma un valor particular, pero que al mismo tiempo marcaba el predominio de ese Estado y esa Ley sobre la voluntad individual.

A. CRISIS DE LAS TESIS VOLUNTARISTA Y DECLARACIONISTA

El aporte de otro importante jurista alemán, Rudolph von Ihering, permitió hundir definitivamente la tesis volitiva, afectando además a la teoría declaracionista. Este aporte creó las bases para una nueva aproximación sobre el fundamento de los negocios jurídicos. En efecto, Ihering presentó en 1861 la tesis de la *culpa in contraendo*, por la cual se pretendía otorgar soluciones al problema de por qué no se podía exigir responsabilidad culposa cuando aún no se ha producido la celebración del contrato. Si el contrato era nulo por error atribuible a una de las partes, según la doctrina predominante en ese entonces, no era posible exigirse al mismo indemnización alguna por el daño evidente causado a la otra parte. Era pues un supuesto ubicado en una suerte de zona intermedia o zona de penumbra, en donde no podía hablarse de responsabilidad contractual, ya que el contrato no se había celebrado; pero tampoco podía hablarse de responsabilidad delictual, al no cumplirse los presupuestos de ésta.

Ante esta situación, que Ihering calificó de laguna jurídica, dicho autor planteó la necesidad de establecer un supuesto de responsabilidad asimilable a la contractual, en donde la parte que hubiera incurrido en error no pudiera excusarse en la falta de celebración del contrato. Ihering trata entonces de resolver el problema destacando que, a pesar de reconocerse el sentido particular de los deberes contractuales, y su diferencia con los deberes derivados del acto ilícito, era fundamental admitir que los deberes vinculados a la celebración de un contrato no estaban limitados a los que se originaran por su celebración, sino que también era posible reconocer la existencia de deberes extra y precontractuales asimilables en sus efectos a los contractuales, pero que no presuponen la celebración de contrato alguno. En este sentido destaca Ihering lo siguiente:

Quien contrata, transita desde el círculo puramente negativo de deberes del tráfico extracontractual al positivo de la esfera contractual; desde el territorio de la mera culpa in faciendo, al de la culpa in nonfaciendo y al de la diligencia positiva, siendo la primera obligación general que asume con ello emplear ya en la primera contratación la diligencia necesaria. Las reglas sobre la culpa no deben proteger simplemente las relaciones contractuales existentes, sino también las nacientes. Si el tráfico contractual no desea mostrar una especial sensibilidad hacia una de las partes, entonces en todo contrato debe valorarse al menos el peligro de convertirse en víctima de negligencia ajena (citado por Hattenhauer, 1981: 72).

Esta tesis que agregaba una nueva categoría de deber jurídico contractual, el que correspondía a las posibles futuras partes contratantes, derivada de un mero comportamiento exterior, del cual la voluntad individual y por supuesto su declaración se encontraban excluidas. De allí que un acontecimiento particular, en el tiempo y en el espacio, podía generar deberes y consecuentes responsabilidades en el ámbito contractual, sin que la voluntad resultase relevante. Con esto se verifica, según Hattenhauer, la definitiva decadencia del concepto de autonomía privada, como fundamento del negocio jurídico. En efecto, como lo destaca el mencionado autor:

Esto consumaba el hundimiento definitivo de la doctrina de la voluntad soberana en el negocio jurídico. Eficacia similar a la de la declaración de voluntad nunca la tendría ya la voluntad, ni siquiera la declaración, como parte exterior de la declaración de voluntad, sino un comportamiento no querido (involuntario) en el tráfico jurídico. De este modo la declaración de voluntad perdía su carácter monopolístico en la teoría del negocio jurídico, y se sentaban las bases para la futura teoría del "comportamiento típicamente social", del "contrato social" y del "contrato fáctico". Una nueva situación social de hecho vino a sustituir, como punto de partida para el nacimiento de derechos y deberes, al axioma de la libertad y responsabi-

dad. Los negocios jurídicos devenían obligatorios porque el tráfico confiaba en una apariencia jurídica situada en el mundo exterior (Hattenhauer, 1981: 72).

No obstante lo indicado, la significación de la declaración de voluntad no desaparece del todo. Más aún su relevancia queda evidenciada al considerarse a los principios jurídicos que permiten proteger el tráfico de bienes y servicios en todo sistema económico. Así, las exigencias del desarrollo económico devienen en la creación de principios jurídicos como el de la protección del adquirente de buena fe, que debe admitirse como signo evidente de que la teoría declaracionista conserva su relevancia. Dicho principio, entonces, facilita la circulación de riqueza, permitiendo que la misma sea lo más intensa y rápida posible (Galvano, 1992: 499).

II. REVISIÓN DEL CONCEPTO DE NEGOCIO JURÍDICO, A LA LUZ DEL FENÓMENO DE LA CONTRATACIÓN MASIVA

Los cambios observados en la vida económica y social en la sociedad industrial trajeron consigo ajustes que afectaron de manera decisiva al concepto de negocio jurídico. En este sentido, un fenómeno particular que tuvo su origen en esa época y cuya vigencia se mantiene hasta el presente, es el fenómeno de los contratos masivos. En ellos se quitaba toda trascendencia a la soberanía de la voluntad individual, para otorgar carácter protagónico a la demanda comercial, con el desarrollo de las llamadas "condiciones generales del negocio". No obstante lo indicado, en la doctrina no se llegó a prescindir totalmente de la tesis de la soberanía de la voluntad, hasta que en 1941, Gunter Haupt, en su ensayo *En torno a las relaciones contractuales fácticas*, presentó las siguientes consideraciones:

En la moderna organización de la convivencia, el individuo es el más imperativamente obligado a dar prestaciones o recibirlas sin elegir al otro contratante, o sin poder determinar con él individualmente el contenido del contrato. En tal dislocación de la situación objetiva, la coincidencia de voluntades de los afectados pierde su importancia constituyente, reconocida en nuestro sistema de leyes civiles. Así, una compañía de tranvías está obligada a transportar a todo el mundo sin que el viajero tenga que concluir un contrato para que atienda su demanda de transporte... A fin de no originar confusión con una terminología rebuscada, quisiera aplicar a todas estas situaciones de hecho la denominación "relaciones contractuales fácticas", expresando así que éstas no se basan en la conclusión de un contrato, sino únicamente en precedentes factuales. Se diferencian del resto de los contratos civiles en su proceso de gestación, y son fundamentalmente idénticos en su existencia (citado por Hattenhauer, 1981: 73).

La doctrina presentada por Haupt, debe enmarcarse en la teoría de la comunidad nacional, que fue la posición predominante en pleno mandato nacionalsocialista en Alemania. En dicha teoría, el concepto jurídico de persona y la fuerza de su voluntad parecieron convertirse en nociones claramente superadas. Es evidente que en el contexto de la economía de guerra que prevaleció en Alemania en esos años, la autonomía de la voluntad sólo podía jugar papel limitado. Para justificar esa conclusión baste considerar los signos evidentes de la economía de ese entonces. Así, los bonos de racionamiento, el control de precios, la ordenación de mercados y los salarios fijados oficialmente, dejaban al hombre, en tanto miembro de la comunidad, en una situación cercana a un mero objeto del derecho.

Al margen de la economía de guerra, también incidió en la crisis de la soberanía de la voluntad, la creciente importancia de la actividad del Estado, con fundamento en las necesidades vinculadas al concepto de previsión de vida. Ello tuvo su origen en la primera guerra mundial, cuando se planteó la necesidad de establecer una provisión estatal que permitiese atemperar los efectos de la guerra, en particular sobre el acceso a la vivienda, los niveles de empleo y muy señaladamente, los índices de precios. En este orden de ideas, la destrucción de la previsión de vida durante la gran inflación alemana producida después de la guerra, quebrantó la confianza del ciudadano en su propia capacidad. No debe olvidarse que eventos como la hiperinflación generan una transferencia masiva de recursos entre diferentes agentes económicos, por circunstancias extrañas a la voluntad de los mismos. En ese contexto, la autonomía de la voluntad, en tanto concepto jurídico, terminó siendo vista como un auténtico instrumento de explotación de las clases menos favorecidas por aquellas que hubieran resultado beneficiadas por la crisis. La percepción existente sobre los abusos cometidos por los más adinerados contra las masas, sirvió de argumento para limitar el alcance de la autonomía privada.

En no poca medida como reflejo de esta situación, los regímenes políticos que imperaron en Alemania en ese período (socialistas de Weimar y el III Reich), vieron con desconfianza a la doctrina que defendía el predominio de la voluntad privada. En tal virtud, los negocios jurídicos eran reconocidos, en tanto se formularan y ejecutaran en el espacio que les fuera concedido, con carácter revocable, por el Estado. En la doctrina, esta postura condujo a que juristas del nivel de Karl Larenz sostuvieran que el contenido y alcance del contrato eran determinados, en primer término, por el orden general de la nación, y sólo en segundo lugar, por la determinación de las partes. Algunos seguidores de esta postura llegaron a predicar la abrogación del contrato sus-

tentado en el acuerdo de voluntades, para ser sustituido por una "tipología desligada de esa coincidencia volitiva" (Hattenhauer, 1981: 74).

El desarrollo ulterior de esta postura acentúa la tendencia hacia la reducción del papel de la voluntad individual en la conformación de los negocios jurídicos. Ello, por ejemplo, se evidencia con la introducción del concepto de "contratos forzados o de adhesión". En efecto, en dichos contratos se reconoce el fenómeno de la masificación de los actos mercantiles, en donde la voluntad individual tiene poca o ninguna injerencia en la conformación del negocio. De modo que la voluntad individual se ve simplemente sometida a la figura de los contratos de adhesión, esto es, aquellos en donde queda excluida toda posibilidad de regateo y discusión entre las partes, ya que sus cláusulas son establecidas por uno sólo de los contratantes. Aquí, el receptor de la oferta no tiene el poder de introducirle modificaciones al contrato, debiendo aceptar las condiciones que se le impongan o en todo caso renunciar a celebrarlo (Melich, 1997: 63). La importancia económica de los contratos de adhesión, que cubren un marco importante de la actividad comercial contemporánea, particularmente en la oferta de servicios de utilidad pública como el transporte, la luz y el gas, tenía que producir forzosamente un ajuste sustantivo en el tratamiento dogmático del negocio jurídico.

Sin embargo, en contra de esta postura se produjo la firme reacción de un sector relevante del derecho civil alemán, que llegó a ridiculizar los esfuerzos por reconocer lo que en su momento se llamó contratos fácticos, en donde el papel de la voluntad individual era absolutamente irrelevante. En este sentido, quienes defendían el papel de la voluntad individual en los negocios jurídicos destacaban que, lejos de representar un ataque a la categoría de los contratos, la tendencia que pretendía desconocer toda relevancia a la voluntad individual constituía una agresión en contra de la estructura fundamental del ordenamiento jurídico. Allí se encontraba, en consecuencia, el fundamento de su rechazo, el cual quedó evidenciado con el mantenimiento de la tesis voluntarista en el Código Civil alemán, así como el eventual resurgimiento de dicha postura en la doctrina.

8. Propuesta de una definición del negocio jurídico

La evolución del concepto de negocio jurídico, tal como ha sido expuesto en los párrafos anteriores del presente ensayo, servirá de base para elaborar una definición intencional de la referida figura.

En efecto, en un intento por definir al negocio jurídico, distinguiendo sus características definitorias de aquellas características contingentes que pueden

asociarse a dicho nombre, es necesario, en mi concepto, tener en cuenta en primer lugar que el negocio jurídico encuentra como género próximo al acto jurídico, y en segundo lugar que la evolución del papel asignado a la voluntad privada en la conformación de los efectos jurídicos permite apreciar que en última instancia el alcance de la voluntad privada depende de lo que establezca el Estado.

En este sentido, todo intento por definir al negocio jurídico que se base en el criterio "del género próximo y la diferencia específica", debe comenzar por destacar que el negocio jurídico es un acto jurídico lícito por el cual se le otorga una función determinante a la voluntad individual en la configuración de determinados efectos en el ordenamiento.

El hecho jurídico tendría dos especies: el hecho jurídico en sentido estricto, y el acto jurídico. Por su parte, el acto jurídico se divide en dos subespecies: el acto jurídico, en sentido estricto, y el negocio jurídico. La diferencia específica entre los tres casos citados consistiría en que en el hecho jurídico la ley establece ciertos efectos ante la ocurrencia de determinados acontecimientos, de los que se excluye a la voluntad individual; en el acto jurídico, en cambio, la ley establece ciertos efectos jurídicos ante la existencia de situaciones derivadas de la voluntad individual; mientras que en el negocio jurídico, la ley reconoce a dicha voluntad la producción de efectos jurídicos.

Por su parte, las variaciones apreciadas en la evolución del concepto de negocio jurídico, particularmente en lo relativo al alcance de la voluntad negocial, permiten sostener que en definitiva el derecho objetivo fija los límites de la susodicha voluntad individual en lo concerniente a la determinación de efectos jurídicos. En consecuencia, dependerá del contenido de cada sistema jurídico la determinación de si figuras ordinariamente calificadas como negocios jurídicos, como es el caso del contrato, constituyen en realidad tales negocios o son meros actos jurídicos.

Pues bien, los aspectos apreciados en la evolución del concepto negocio jurídico, me permite entonces ensayar la siguiente definición:

El término negocio jurídico se refiere a un supuesto de hecho contemplado en el ordenamiento por el cual se asigna a los actos jurídicos que cumplan con las condiciones legalmente exigidas (elementos constitutivos) la producción de efectos merecedores de la tutela estatal, en razón de la finalidad perseguida por dichos actos.

III. DENOTACIÓN DEL TÉRMINO NEGOCIO JURÍDICO: ¿PERTENECEN A LA MISMA CLASE EL CONTRATO, EL TESTAMENTO Y EL MATRIMONIO?

1. Sobre la denotación de las palabras.

Es posible distinguir dos componentes del significado: designación y denotación. Mientras la designación de un término destaca las características definitorias del mismo, la denotación o extensión enumera las palabras de clase que se incluyen en dicho término. Guibourg ilustra las diferencias entre dichos componentes del significado de la siguiente forma:

La palabra "ciudad", por ejemplo, sirve para referirse indistintamente a cualquier entidad de una larga lista, que incluye a Buenos Aires, Córdoba, París, etc. El conjunto de todos los objetos o entidades que caben en la palabra "ciudad" se llama la denotación de esta palabra (Guibourg, 1988: 42).

De modo que podríamos afirmar que el sentido denotativo de un vocablo se refiere a los supuestos incorporados al mismo, es decir, a los objetos que la palabra denota. Una definición extensional entonces expresa los objetos a los que el *definiendum* hace mención. De nuevo Guibourg sostiene:

Supongamos que nos preguntan por el significado de "planeta" y contestamos: Mercurio, Venus, la Tierra, Marte, Júpiter, Saturno, Urano, Neptuno y Plutón. Habremos proporcionado una definición denotativa o extensional de dicha palabra (Guibourg, 1988: 58).

Cabe destacar que la definición denotativa más común es la llamada definición ostensiva, consistente en la presentación de ejemplos sobre el objeto denotado (Copi, 1992: 167). Sin embargo, una objeción planteada de ordinario al uso de las definiciones denotativas es que podemos identificar ciertas palabras que tienen un significado desde el punto de vista intencional, pero que carecen del mismo desde el punto de vista denotativo o extensional. Así, los ejemplos del ciclope y del unicornio evidencian la existencia de palabras susceptibles de una definición intencional, pero de ninguna manera de una definición extensional.

2. Sobre la denotación de la palabra negocio jurídico

Ahora bien, la distinción entre designación y denotación tiene relevancia al analizar el vocablo "negocio jurídico" porque mientras la primera parece resolverse mediante definiciones en las que se aprecia un cierto nivel de acuerdo entre las diversas legislaciones, en la segunda se presentan mayores difi-

cultades de definición, ante la duda que origina la calificación de ciertos hechos jurídicos.

En otras palabras, ¿qué supuestos cabe entender bajo el vocablo "negocio jurídico"? Indiscutiblemente el contrato merece tal calificación; el testamento, en cambio, aun cuando pudiera calificarse como tal, no representa un supuesto tan claro; el matrimonio, por último, es el caso que mayores reservas despierta. ¿Es un negocio jurídico o un acto jurídico?

A mi juicio, es justamente en la denotación del vocablo "negocio jurídico" de donde surgen las principales críticas al uso de tal figura. Ya que si en definitiva es la disciplina del contrato la que gobierna al negocio jurídico, ¿cuál es la relevancia del término negocio jurídico? ¿se justifica el uso de esta categoría conceptual?

La protección de la voluntad individual es tal vez el elemento clave para entender el reconocimiento del negocio jurídico como fuente del derecho. Sin embargo, la voluntad individual en términos puros y simples no es condición suficiente para lograr la tutela del ordenamiento jurídico. Así, el ordenamiento exige el cumplimiento de ciertos requisitos para otorgarle validez a una manifestación de voluntad determinada.

Cuando se examina al concepto de negocio jurídico en aquellos ordenamientos que no lo admiten directamente, sino que se limita a hacerlo su doctrina, se observan ciertas inconsistencias, que dan lugar a críticas dirigidas a la falta de cohesión interna de dicho concepto. En efecto, el negocio jurídico debe entenderse como un género del cual se aprecian como especies las manifestaciones de voluntad en el ámbito del derecho de familia, como el acto del matrimonio, las del derecho sucesoral, como el testamento, y las del derecho patrimonial, como el contrato o las promesas unilaterales. Pues bien, según destaca cierto sector de la doctrina, el problema con los ordenamientos que no admiten la categoría en su derecho positivo es que el negocio jurídico termina colocando a la doctrina en la posición de justificar la relevancia del concepto, a través de la búsqueda de una disciplina común a los actos jurídicos negociales, es decir a los contratos y declaraciones unilaterales de voluntad (Galgano, 1992: 29-30). Y esto resulta impropio en general porque, según estos autores, las analogías entre las figuras del contrato y el matrimonio, por ejemplo, se limitan al momento de la constitución del vínculo. En este sentido, la relación matrimonial no es la ejecución del acto del matrimonio, mientras que la relación contractual es la ejecución del contrato. De modo que a pesar de que resulte admisible aplicar por analogía al matrimonio algunas

disposiciones referentes al contrato, no es posible concebir a la relación matrimonial como una relación negocial (Galgano, 1992: 512).

De lo expuesto se aprecia el alcance de la polémica planteada con relación a este tema. A mi juicio, la evaluación del escrito exige reconocer la existencia de dos niveles en el análisis: la consideración de los elementos constitutivos del negocio jurídico y la evaluación de los efectos del negocio jurídico.

El análisis de los elementos del negocio jurídico y su relevancia para las diferentes hipótesis comentadas se justifica porque el concepto de negocio jurídico en definitiva pretende reconocer la existencia de una categoría conceptual que permita situar en un marco común al contrato, al matrimonio y al testamento. Ello presenta ventajas en el plano interpretativo y en la mejor comprensión de las mencionadas figuras.

Por su parte, debe reconocerse que, de ordinario, el uso otorgado al término negocio jurídico responde a la consideración de los efectos jurídicos de la voluntad individual. Como se ha dicho con anterioridad, si tales efectos derivan de la ley, estaríamos en presencia de un acto jurídico; si los mismos devienen de la voluntad privada, se trataría de un negocio jurídico.

3. Consideración de ciertos aspectos característicos del negocio jurídico y su relevancia para los casos del contrato, del testamento y del matrimonio.

A. CONSENTIMIENTO

a. Consideraciones preliminares.

El negocio jurídico se presenta esquemáticamente como una manifestación de voluntad que produce efectos jurídicos. El negocio cumple una función práctica y social (causa) que en substancia es su deber ser y en consecuencia no entra en rigor en su estructura negocial, pero que, a pesar de ello, se considera como una parte, o lo que es lo mismo, como un elemento del negocio. La consideración de los negocios jurídicos particulares —nominados o innominados— confirma este aserto. Así, por ejemplo, téngase en cuenta el caso del contrato de compraventa, que no sólo se concreta en una declaración de comprar y vender, sino que realiza un intercambio de cosa por precio y siendo éste, precisamente, su rasgo característico y típico.

Es de destacar que, a menudo, se observan diferencias en el contenido de los negocios jurídicos particulares, apreciándose mayor riqueza en el contenido de cierto tipo de negocio en comparación con otros. Esto ocurre porque las

partes le agregan, por ejemplo, cláusulas con reservas y condiciones especiales, que constituyen a su vez elementos que no se llaman esenciales, sino accidentales del negocio. Se trata de elementos que en general no se encontrarían en los negocios, pero que en determinados tipos negociales terminan siendo parte de su contenido, sino porque las partes así lo desean. Fuera de ciertas excepciones (como por ejemplo, el modo), de la existencia de todos estos elementos, a pesar de su carácter accidental, depende la suerte del negocio, so pena de nulidad, anulabilidad, ineficacia o resolubilidad del mismo.

No obstante lo indicado, cabe señalar que la suerte del negocio queda además sujeta a ciertos hechos, relaciones o situaciones que, aún siendo extrañas a la estructura y al contenido del negocio, deben con más propiedad calificarse como presupuestos del mismo. Sería éste, por ejemplo, el caso de la manifestación tendiente a un fin lícito, que provenga de un incapaz. En tal supuesto, el negocio existe legalmente, por cuanto la capacidad de quién emite la declaración de voluntad no es uno de sus elementos esenciales. Sin embargo, en tal caso, el negocio lleva latente su condición de inválido; reservándose la correspondiente acción de nulidad relativa o anulabilidad en manos del incapaz o de su representante legal. Dicho en otras palabras la condición de incapacidad, como vicio del consentimiento, se convierte en motivo de anulabilidad del negocio jurídico. La existencia de uno de esos vicios, sin embargo, no acarrea la nulidad del negocio, como acontece con los elementos esenciales, sino que hace tan sólo que los mismos sean anulables o ineficaces.

De modo que en conclusión la doctrina tradicional divide a los elementos del negocio jurídico en tres grupos: esenciales, naturales y accidentales. Atendiendo a esta clasificación se entiende por elementos esenciales del negocio jurídico aquellos sin los cuales el negocio jurídico no puede existir, como el precio cierto y la cosa determinada, en la compraventa; por elementos naturales, aquellos que normalmente se encuentran en el negocio, por ser propios de su naturaleza, siendo en consecuencia sobreentendidos, como la garantía por evicción en la venta, que obliga a todo vendedor; y por elementos accidentales, los que se agregan a los anteriores en forma voluntaria, por lo cual tienden a transformar el tipo abstracto del negocio en la especie concreta que se crea, como ocurre con la condición, el plazo, y el modo (Castro y Bravo, 1985: 54).

Califican como elementos esenciales de todo negocio jurídico, la manifestación de voluntad (o las diferentes manifestaciones de voluntad, cuando para la consecución del fin perseguido no sea suficiente la emisión de una sola) y el objetivo práctico al que dicha voluntad está dirigida, que constituye la con-

dición exigida por el ordenamiento jurídico para darle relevancia a la voluntad. A este último elemento se le denomina causa del negocio jurídico. Por su parte, existen elementos esenciales a figuras negociales particulares. Así, por ejemplo, en los negocios patrimoniales, la cosa objeto del negocio; para los negocios bilaterales, el consentimiento otorgado por las partes, etc.

Para propósitos de este ensayo, se examinarán los elementos esenciales de carácter general, esto es, los relevantes a todo negocio jurídico. De esa revisión se pretende derivar la aplicabilidad de tales elementos a los diferentes casos de negocios jurídicos.

Desde el punto de vista metodológico, se adoptará como premisa la aplicación al contrato de los elementos y categorías que se enunciarán a continuación, para así focalizar el análisis en la relevancia de tales elementos para el matrimonio y el testamento.

b. Relación entre la voluntad y los sujetos que la emiten.

Como quiera que no hay negocio jurídico sin voluntad, y esta última presupone la existencia de la persona que la formula, es inobjetable inferir que aquella no puede existir sin ésta. En la relación jurídica, a tales personas se les denomina partes. Ahora, con relación a los sujetos, los ordenamientos de ordinario requieren el cumplimiento de dos condiciones: a) que los mismos tengan capacidad de obrar y b) que estén legitimados, esto es, que tengan el poder jurídicamente tutelado de influir, con su manifestación de voluntad, sobre determinada relación jurídica, bien sea ésta propia, como cuando se dispone de un bien de su propiedad, o ajena, como cuando el representante contrata para otro, mas no para sí.

La presencia de partes es una característica común a todo negocio jurídico. Ello ocurre en el contrato, en el matrimonio y en el testamento. La peculiaridad del testamento es que en el mismo existe una sola parte, configurando un negocio jurídico unilateral, por oposición al matrimonio o al contrato que calificarían como negocios jurídicos bilaterales.

c. La forma de la manifestación de voluntad.

La doctrina ha destacado que para que exista un negocio jurídico es necesario que la voluntad se exteriorice, de conformidad con las siguientes reglas: 1. que la voluntad sea manifestada, 2. que la manifestación sea hecha en forma y tiempo oportunos, y 3. que la voluntad manifestada concuerde con la interna (Ruggiero, 1979: 254). Con relación a la forma, Galgano sostiene que la misma es el modo de exteriorización de la voluntad y a menos que la ley o

la voluntad de las partes imponga una forma especial, la misma es libre. De modo que en materia de negocio jurídico la regla consiste en la libertad de forma. Esta regla, como lo ha señalado cierta doctrina, representa la antítesis del formalismo que había caracterizado al negocio jurídico en la época anterior a las codificaciones modernas (Galgano, 1992: 135).

Es evidente, a mi juicio, que la admisión como regla del principio de libertad de forma da por supuesta la condición aleatoria o contingente de tal principio, por oposición de la necesidad del mismo. En otras palabras, la libertad de forma no es una condición necesaria para la existencia del negocio jurídico.

En un todo de acuerdo con lo indicado, cuando por excepción la forma es obligatoria, el negocio jurídico se califica de formal, considerándose nulo si las partes no observan la forma pactada. Sobre este particular, la forma obligatoria o *ad solemnitatem*, no debe confundirse con la forma *ad probationem*, ya que en esta última, la ley o las partes pueden requerir una forma determinada para exteriorizar su voluntad con fines exclusivamente probatorios. Ello ocurre, por ejemplo, en los casos donde el ordenamiento exige prueba escrita de las obligaciones dinerarias que superen un monto determinado.

El testamento y el matrimonio se sitúan en el ámbito de los negocios jurídicos en los cuales la forma juega un papel significativo. De ordinario, las legislaciones prevén que tanto el matrimonio como el testamento cumplan con determinadas formalidades, no simplemente con fines probatorios sino con fines constitutivos. Más allá de estas diferencias cabe reconocer que las reglas generales atinentes a la forma de la manifestación de voluntad son en general aplicables a los casos del matrimonio, del contrato y del testamento.

d. Diferentes tipos de manifestaciones: expresa y tácita.

Partiendo del principio de que, por regla general, la forma de la manifestación de voluntad es libre, basta con que la misma se haga en forma expresa o tácita. Se está en presencia de una manifestación expresa, cuando se han empleado medios sensibles de uso cotidiano para expresar la voluntad del emisor. Así el uso de palabras (pronunciadas, escritas, indicadas a un intermediario) o ademanes destinados a exteriorizar una voluntad tendiente a un fin determinado, sería considerada una manifestación expresa de voluntad.

En cambio, la manifestación tácita se produce cuando se realizan actos que no se dirigen, en rigor, a exteriorizar una voluntad, sino que la misma puede derivarse del comportamiento observado por su emisor. De modo que en el caso de la manifestación tácita, la voluntad se infiere, indirectamente de "he-

chos concluyentes". En otras palabras, se trata de que el emisor desarrolle una conducta incompatible con una voluntad distinta a la derivada de sus actos. Así sucede, por ejemplo, con el sujeto que pese a no aceptar la herencia expresamente, toma posesión de la misma, pagando las deudas contraídas por el testador.

El silencio, en cambio, no es manifestación de voluntad, ya que en derecho, quien calla, ni niega ni otorga. El silencio, como dice Perelman, no obliga a nada (Perelman, 1988: 125). No obstante, en ciertos casos, el silencio puede interpretarse como una declaración afirmativa. Ello ocurre en lo fundamental cuando dada una relación jurídica determinada, el modo corriente de obrar implica el deber de hablar, ya que en tal supuesto el silencio de una de las partes puede interpretarse como asentimiento. Considérese en este sentido el caso del contrato de arrendamiento en donde las partes están obligadas a manifestar su voluntad de dar por terminado el contrato a su vencimiento, dentro de un lapso previo a la conclusión del mismo. En tal supuesto la ausencia de declaración de cualquiera de las partes tiene por efecto la prórroga del contrato. Ahora, siendo que aquí las partes están sometidas a ciertas obligaciones para que se produzcan o se eviten determinadas consecuencias, el autor italiano Giuseppe Branca sostiene que, en rigor, este caso se ubica fuera del ámbito del negocio jurídico (Branca, 1978: 56).

En mi opinión, lo relevante de esta condición es que la voluntad puede ser expresa o tácita, lo que de suyo se admite para los contratos. En el caso del matrimonio y del testamento, los ordenamientos tienden a requerir una manifestación de voluntad expresa. Pero siendo que el negocio jurídico admite que la manifestación de voluntad sea expresa o tácita, debe reconocerse que en los tres casos bajo estudio se cumplen las condiciones de aplicación del negocio.

e. La representación.

De ordinario, el sujeto del negocio jurídico debe manifestar directamente su voluntad. Ello no obstante, nada impide que dicho sujeto pueda ser sustituido por otro, que emita su voluntad, considerando que ésta se materializa como un mero instrumento de transmisión de la voluntad ajena o que se presenta en lugar de la voluntad del sustituido. Esta circunstancia puede materializarse de dos formas. En efecto, la voluntad puede manifestarse a través de un intermediario que la transmite en idénticos términos de aquellos que se le han indicado, sirviendo de medio mecánico de transmisión de la misma. Por su parte, la voluntad puede ser transmitida a través de un intermediario facultado

para decidir con cierta amplitud las condiciones de la actividad que realice en representación de otro. Así ocurre si se le solicita al sujeto en términos amplios que, por ejemplo, adquiera cualquier bien, al precio que juzgue conveniente. Ambos supuestos son considerados como representación en sentido lato, más técnicamente se califica sólo al primero como representación, reservando el nombre de intermediación para el último.

La representación puede definirse como la institución por la cual una persona realiza un acto jurídico en lugar de otra con la intención de que el acto valga como realizado por esta última, recayendo, en consecuencia, sus efectos sobre la misma (Ruggiero, 1979: 275). La misma se admite en los negocios patrimoniales, con carácter excepcional en los negocios personales y familiares, y se excluye en los negocios personalísimos, como en el caso del testamento. De modo que aquí se puede distinguir al testamento del contrato y el matrimonio, ya que en estos últimos dos casos se admite la presencia de representantes, a través de los cuales se exprese la voluntad de alguna de las partes.

f. La simulación.

El tema de la simulación es uno de los que generan mayores dificultades en la evaluación del negocio jurídico, dado que la simulación permite apreciar cómo en el negocio se plantea un conflicto entre principios básicos del derecho privado. Así, la simulación pone de manifiesto el conflicto entre el principio conforme al cual es nula la adquisición realizada por quien ha tratado con un comprador simulado, por una parte, y el principio con arreglo al cual es necesario tutelar a los terceros de buena fe, por lo que respecta a la adquisición de bienes objeto de la simulación.

En este sentido, la nulidad del acto simulado, como efecto normal de la simulación, encuentra dos excepciones que responden, en lo esencial, al reconocimiento de un nivel mínimo de seguridad jurídica, cuando del tráfico de bienes se trata. Así, en primer lugar, la nulidad no puede invocarse en contra de un tercero de buena fe que haya adquirido derechos del simulado adquirente. En segundo lugar, no puede ser opuesta por las partes en contra de los acreedores del adquirente simulado que, con el propósito de hacer efectivos los derechos patrimoniales, hayan llevado a cabo actos ejecutivos en relación con los bienes materia del negocio simulado. Es de destacar, sin embargo, que en contra de estos acreedores podrá invocarse el interés opuesto de los acreedores del enajenante simulado y la existencia de un crédito anterior de su parte. Los últimos tienen preferencia sobre los primeros, en razón de que aquellos habrían perdido una garantía o, en todo caso, una situación jurídica preexistente, en tanto que los primeros habrían obtenido una

ventaja de la que antes carecían. Con esto no se hace más que aplicar el principio conforme al cual no puede darse una ventaja a uno, con detrimento del derecho anterior de otro (Branca, 1978: 61).

Si bien el concepto de simulación parece, en principio, reservado a los negocios jurídicos bilaterales, cierto sector de la doctrina defiende su aplicación a los negocios unilaterales. En efecto, la simulación en los negocios unilaterales se pone de manifiesto a través de una declaración hecha por una parte a sí misma que, o bien constituye parte de la declaración negocial, o en todo caso representa una reserva mental intrascendente. En relación con este asunto, Francisco Ferrara considera que el concepto de simulación es inaplicable a los negocios unilaterales, en donde en rigor cabría hablar más bien de dolo. En efecto, Ferrara destaca que es infundada la distinción entre simulación bilateral y simulación unilateral, afirmando además que:

Aún se acentúa esa distinción contraponiendo la reserva mental a la simulación unilateral y diciendo que, mientras en la primera el engaño se lleva a efecto porque el declarante guarda en su interior parte de su voluntad, en la segunda el declarante provoca directamente un error en el que recibe la declaración o utiliza la equivocación en que el último cayera espontáneamente... Así, pues, la simulación unilateral no es simulación sino dolo (Ferrara, 1922: 46).

En conclusión, las normas sobre simulación son claramente aplicables al contrato y al matrimonio. En cambio, en lo concerniente al testamento y a la donación, las observaciones anotadas permiten reconocer la existencia de una imposibilidad técnica de que se concrete la simulación.

g. Los vicios del consentimiento.

Cuando la voluntad ha quedado determinada por hechos, sin los cuales ésta no existiría o habría sido diferente, no es posible sostener que el negocio haya sido propiamente querido. Y ello porque en tal caso se aprecia una discordancia entre la voluntad, en su formación particular, y la voluntad que hubiera existido si causas extrañas al sujeto no la hubieran apartado de su curso racional. En consecuencia, en dicho supuesto, el negocio es anulable; pero la anulabilidad queda limitada a tres situaciones especiales: la existencia de error, de dolo o de violencia.

i. El error.

El error es una falsa apreciación de la realidad que ha conducido a una parte a efectuar el negocio jurídico. El conocimiento falso de un hecho o de una norma jurídica se traduce en la ignorancia de la que parte el sujeto de derecho en

la conclusión del negocio. Esta ignorancia puede influir en la determinación interna de la voluntad del sujeto, conduciéndolo a querer un bien distinto de aquel que hubiera querido si la noción falsa no hubiera afectado su juicio. De modo que en el caso del error se pueden identificar dos voluntades: una formada bajo la influencia de la ignorancia del sujeto, de la cual deriva su correspondiente manifestación; y la otra, que ni siquiera se ha formado, por lo que consecuentemente no ha sido declarada, pero que puede estimarse como la voluntad real del sujeto, porque de haberse suprimido el error, esta última, y no la primera, hubiera sido su voluntad definitiva (Ruggiero, 1979: 267).

Ahora bien, cabe destacar que no todo error va a generar la anulación del negocio, ya que tal consecuencia jurídica se encuentra reservada a aquellos errores que puedan catalogarse de esenciales, excluyendo entonces a los errores accidentales. El error es esencial cuando recae sobre los elementos fundamentales del negocio, siendo entonces de tal entidad que si la parte que en él incurre lo hubiere conocido o se hubiera percatado de la falsa apreciación en que incurría, no hubiere celebrado el negocio. Ello sucede, por ejemplo, cuando el error recae sobre el objeto del contrato o sobre una cualidad de la prestación que debe considerarse determinante del consentimiento, o cuando concierne a la identidad o cualidades particulares de la contraparte, en los casos en que tales circunstancias hayan sido la causa única o principal del consentimiento. También se considerará al error como esencial cuando se materialice en virtud de un error de derecho que haya sido su causa principal o única.

Tradicionalmente, en el campo de los errores esenciales, la doctrina distingue entre el error *in negotio*, el error *in corpore*, el error *in substantia*, y el error *in persona*. Otros tipos de error como el error *in quantitate* o el error *in qualitate* pueden estimarse como errores esenciales, cuando el declarante haya considerado a los mismos como elementos indispensables para la determinación de su voluntad. Por último, el error denominado *sui motivi*, ha sido objeto de mayor polémica, ya que mientras algunos lo consideran como un error esencial (Branca), otros, incluso, rechazan que el mismo pueda producir incluso efectos menores o secundarios sobre el negocio (Ruggiero).

Cabe destacar el caso del error denominado *sui motivi*, por el cual se atiende al motivo en que se basan las partes para celebrar el negocio jurídico. Este error es relevante en el testamento y en la donación, cuando el motivo en que se fundan es el único que ha conducido al testador o al donante a disponer de sus bienes de ese modo. En los demás negocios jurídicos, excluyendo al matrimonio y a la transacción, la existencia de este error acarrea la anulación, mas exclusivamente cuando se trate de un error de derecho, esto es, siempre

que se fundamente en la existencia o interpretación de una norma, y la misma sea la razón única o, al menos, la principal del negocio.

En virtud de lo expuesto, en los negocios jurídicos a título oneroso, los errores sólo son vicios del consentimiento cuando se trata de errores de derecho. En todo caso, su admisión como error de hecho en los testamentos y las donaciones encuentra por límite la tutela de la confianza, esto es, la protección de los intereses individuales fundados en la buena fe.

ii. El dolo.

Se define a esta figura como aquella conducta que intencionalmente desarrolla una de las partes con el propósito de hacer incurrir a la otra en un error que lo conduzca a celebrar el negocio. En palabras de Ruggiero, "es toda actitud contraria a las leyes de la honradez dirigida a provocar el engaño en los demás; una voluntad maliciosa que opera mediante engaños para inducir a los demás al error o mantenerlos en el mismo, procurándose con el daño ajeno un provecho" (Ruggiero, 1979: 272). La existencia de dolo en un negocio jurídico permite la anulación del mismo.

Ahora, para que el negocio sea anulable debe estar en presencia de un dolo malo, que es el protagonizado por un agente que conoce la falsedad de la idea que su dolo produce en la otra parte, con la finalidad de engañar a ésta. De modo que, como dice Branca, "cierta malicia, ciertos pequeños engaños, ciertos embustes, son tolerables y por lo tanto lícitos en determinados ambientes o relaciones... Es el caso del famoso dentrífico presentado como el mejor del mundo" (Branca, 1978: 66). En tales casos se habla de dolo bueno y aunque se pruebe que un crédulo ha creído en el mensaje y ha celebrado el negocio, el mismo es válido.

Adicionalmente, se exige que, en el caso de los negocios bilaterales, el engaño provenga del otro contratante, bien sea que éste sea el autor de la conducta que induce a error a la contraparte, o bien se trate de que éste tenga conocimiento del dolo si el mismo proviene de un tercero. En el caso de que el dolo provenga directamente de un tercero y que ninguna de las partes lo conozca y tome provecho del mismo, el negocio es en principio válido, quedando simplemente a salvo la acción indemnizatoria que corresponda en contra del tercero autor del engaño.

De lo expuesto se puede derivar que el dolo sólo resulta relevante para los negocios jurídicos bilaterales. En consecuencia, en el testamento y en la donación sería impropio hablar de dolo como vicio del consentimiento del consentimiento, cuando el dolo provenga del mismo emisor; distinto sería el caso

del dolo provocado por un tercero, que sí merece reconocimiento como vicio de la voluntad.

iii. La violencia.

La definición tradicional de violencia la establece como toda coacción de tipo físico o moral destinada a obtener el consentimiento de un sujeto de derecho a fin de que celebre un negocio determinado.

Ahora bien es necesario distinguir entre la violencia física y la violencia moral o psíquica, por cuanto en la primera se excluye totalmente la voluntad, privando al sujeto de derecho de toda posibilidad de querer, e impidiendo, en consecuencia, el nacimiento del negocio. La segunda, en cambio, consiste en la amenaza de un mal que afectará al amenazado, sus familiares o bienes, y que genera con el temor un estado de libertad incompleta en la persona, pero que no suprime la voluntad, ya que siempre se mantiene la posibilidad de elegir entre lo realmente deseado y lo que se pretende imponer con la amenaza (Ruggiero, 1979: 264). En este caso, la invalidez del negocio deriva del hecho de que no se ha querido libremente. Por ello, las consecuencias de la violencia son las mismas, tanto cuando ésta proviene de la contraparte, como cuando es atribuible a un tercero.

Ahora, no toda amenaza invalida el negocio. Es necesario además que la coacción sea grave, esto es, que el mal con el que se amenaza sea injusto y notable. Injusta se entiende que es aquella amenaza que viola el ordenamiento jurídico y las buenas costumbres; notable, en cambio, es que pueda causar impresión en una persona sensata, infundiéndole el temor racional de exponer a su persona, familiares o bienes a un daño grave. Queda excluida de esta última condición, el llamado temor reverencial, así como el temor ante cualquier peligro imaginario.

Por lo antes expresado es evidente que la violencia como vicio del consentimiento es aplicable por igual al contrato, al testamento y al matrimonio. No hay pues diferencias entre tales supuestos en lo que concierne al concepto de violencia.

B. LA CAUSA

El negocio jurídico es manifestación de voluntad y la misma siempre está determinada por motivos individuales. Por su condición de elementos determinantes de la voluntad, los motivos, aunque nazcan y se inspiren en virtud de situaciones exteriores y objetivas, acaban por subjetivarse y ésta es la razón por la cual la doctrina los estudia como si fuesen elementos de la misma voluntad,

de la que constituyen el impulso que es requisito de todo negocio (Branca, 1979: 68). Pero el requisito de la voluntad, no obstante ser esencial a todo negocio, no resulta determinante para que el legislador le atribuya ciertos efectos jurídicos a determinado negocio. De hecho, en relación con el individuo que manifiesta su voluntad, el ordenamiento se mantiene en una posición indiferente, limitándose a reconocerle lo que se llama autonomía negocial.

En realidad, la razón por la cual el ordenamiento jurídico no se limita a establecer las condiciones para que los sujetos creen negocios jurídicos, sino que además les permite que produzcan efectos jurídicos, colocándose a disposición del individuo y tutelando sus derechos, deriva de la circunstancia de que el negocio desempeña un papel de significación en el ámbito de las relaciones sociales. De modo que cuando un sujeto de derecho compra cualquier objeto, o toma una suma en préstamo, o contrae matrimonio, persigue un interés personal conjugado con una finalidad socialmente útil, porque son socialmente útiles los flujos de bienes patrimoniales que se producen en los dos primeros casos y la unión conyugal que se instaura en el último (Branca, 1978: 68).

La admisión de la causa como elemento esencial del negocio jurídico, conduce entonces a que sea requerida su existencia y licitud, para que el negocio pueda nacer. En consecuencia, será necesario examinar en las manifestaciones de voluntad que persigan una finalidad práctica, si la referida finalidad se corresponde con el cumplimiento de una función social útil. Tal condición se cumple en dos supuestos diferentes. Por una parte, cuando se celebra un negocio en el marco de tipos de negocios regulados por las normas, a los que de ordinario se denominan como negocios típicos o nominados; y, por la otra, cuando se suscribe un negocio fuera de tal marco, pero el interés perseguido en virtud del mismo es, en todo caso, merecedor de tutela. Para estos casos la doctrina ha acuñado el nombre de negocios atípicos o innominados.

Las consideraciones anteriores permiten confirmar la relevancia del concepto de causa para las diversas formas de negocio jurídico. Tanto en el contrato, el testamento y el matrimonio, la presencia de una causa lícita permite comprender y justificar la tutela estatal de las manifestaciones de voluntad orientadas a la producción de efectos jurídicos.

1. Sobre los efectos de la voluntad individual en los casos del contrato, del testamento y del matrimonio

Al margen de las consideraciones efectuadas en la sección anterior, corresponde ahora examinar la aplicación del "negocio jurídico" al contrato, al testamento y al matrimonio, con fundamento en los efectos de la voluntad privada.

Ya he comentado cómo la diferencia entre acto y negocio jurídico deriva del alcance de la voluntad privada en lo concerniente a la determinación de los efectos jurídicos pretendidos. De modo que en el acto jurídico, la voluntad es una mera condición para que se produzcan los efectos que la ley establece; mientras que en el negocio jurídico, la voluntad individual es la que determina dichos efectos.

Ahora bien, cuando se trata de precisar la subsunción del contrato, del testamento y el matrimonio en la palabra de clase "negocio jurídico", en términos de los efectos de la voluntad privada, encontramos que, de ordinario, la doctrina sostiene que si bien el contrato y el testamento pueden calificarse como negocios jurídicos, el matrimonio sería más bien un acto jurídico, o en todo caso, una institución.

Baste para ilustrar el anterior aserto, el siguiente comentario de Eduardo Vázquez Bote:

A diferencia del contrato, negocio jurídico patrimonial, el matrimonio es un acto jurídico con fines transindividuales, los propios de la institución familiar de la que es su fuente creadora legítima (citado por Espasa, 1991: 599).

En mi concepto, las objeciones formuladas al uso de la palabra "negocio jurídico" para calificar al matrimonio pueden responder, en parte, al carácter emotivo de la palabra "matrimonio", para la cual luce inapropiada la calificación como "negocio", en vista de la finalidad de lucro que de ordinario se asigna a esta última. Quienes defienden esta postura afirman que la palabra "matrimonio" designa a una institución, sugiriéndose que el contrato y el testamento no son instituciones o, en todo caso, no de la misma clase que el matrimonio.

Ahora bien, qué debe entenderse por "institución" en el ámbito de la teoría general del derecho. Las consideraciones del profesor español Manuel Atienza pueden contribuir a aclarar el significado de esa palabra.

No es fácil dar un concepto de institución... Por un lado, se habla de "institución" en un sentido muy amplio: el contrato, el matrimonio, el divorcio, la propiedad privada, la presunción de inocencia, el impuesto sobre la renta, los tribunales o la legislación son todos ellos ejemplos de instituciones. Por otro lado, parecería que las instituciones pueden verse como conjuntos de normas: la institución del contrato vendría a ser el conjunto de normas que indican cuándo existe un contrato válido, cuáles son las consecuencias jurídicas —los derechos y deberes— que se derivan de la realización de un contrato, etc. Con todo, el concepto de institución permite dar cuenta de tres aspectos muy importantes del Derecho que pueden pasar inadvertidos desde una concepción puramente normativista. En primer lugar, las normas no existen aisladamente, sino formando constelaciones —instituciones— que

es lo que las dota de sentido; si se quiere, las normas vendrían a ser como los ladrillos del edificio jurídico, mientras que las instituciones serían los diversos elementos (paredes, habitaciones, pasillos, escaleras, etc.) que componen y estructuran el edificio total. En segundo lugar, la noción de institución contiene un elemento funcional que, en cierto modo, falta en las normas: lo que define a una institución son las finalidades, necesidades sociales, valores, etc., a que la misma obedece. Así, el contrato es una forma de conferir a la autonomía de los individuos la satisfacción de diversas necesidades sociales; la legislación permite introducir en el Derecho cambios que no podrían lograrse por vía puramente consuetudinaria; el impuesto sobre la renta persigue redistribuir la riqueza, etc. Esas ideas de fin o de valor vienen a ser como el cemento que permite unir un conjunto de normas para formar una unidad superior. Finalmente, la noción de institución contiene también una idea de permanencia en el tiempo: los cambios normativos —y, por supuesto, los cambios en las personas que detentan los poderes otorgados por las normas— no implican necesariamente un cambio de institución (Atienza, 1993: 49-50).

De las palabras de Atienza se desprende que la calificación del matrimonio como institución no excluye que la misma calificación pueda otorgarse al contrato o al testamento; es decir, todas esas figuras constituyen instituciones. De lo que se trata entonces es de precisar si tales instituciones tienen finalidades tan marcadamente opuestas o incompatibles que resulte insostenible su reunión bajo un marco común.

En este sentido, debe admitirse que el contrato, el matrimonio y el testamento responden a finalidades diferentes. De allí su reconocimiento como instituciones separadas. En efecto, el contrato permite la circulación de bienes en todo sistema económico, por acto entre vivos; el testamento permite la transferencia de una universalidad de derechos y obligaciones por la voluntad de un sujeto de derecho, con ocasión de su muerte; el matrimonio permite establecer el marco de derechos y obligaciones entre dos partes, en un contexto de estabilidad que permita la creación de grupos familiares.

Es de hacer notar que entre las dos primeras figuras y el matrimonio pueden observarse diferencias importantes en lo relativo a la evolución de cada una. Hattenhauer reseña tales diferencias en los siguientes términos:

Mientras que las teorías de la relación obligatoria y de la propiedad regulan los bienes económicos, en el matrimonio se trata de configurar legalmente una situación biológica objetiva: asegurar la descendencia. Contrariamente al Derecho patrimonial, este problema fundamental del Derecho de familia ha sido el mismo en todas las épocas y culturas. El hombre, como el resto de los seres vivos, está dotado para la reproducción, pero como quiera que su capacidad reproductora no se limita, como es el caso de los

animales salvajes, a un corto periodo anual, hasta nuestro siglo ha existido siempre el peligro de una superproducción de descendencia, peligro que era tanto mayor cuanto más éxito tenía el hombre en combatir a sus enemigos naturales y a las enfermedades. Así surgió el problema, siempre latente, de acomodar, por derecho y costumbre, el número de descendientes a las provisiones alimentarias y especialmente de evitar la descendencia no deseada y, en cualquier caso, de administrar el exceso de prole, problema éste cuya solución nunca se dejaría a la discrecionalidad privada (Hattenhauer, 1987: 131).

Las diferencias anotadas entre el matrimonio y los negocios jurídicos patrimoniales (contrato y testamento) conducen a evaluar, tal como antes indiqué, si las mismas son de tal manera incompatibles que resultaría improcedente su ubicación bajo una disciplina común. En mi opinión, la respuesta a esta interrogante debe ser negativa. Y ello porque en rigor el negocio jurídico constituye un instrumento para que la voluntad individual, en atención a las diferentes finalidades y valores que puedan inspirar a las diferentes figuras estudiadas, genere los efectos jurídicos deseados. En consecuencia, bien puede afirmarse que el negocio jurídico configura un instrumento para la manifestación de instituciones diferentes, cuyo denominador común es la existencia de una voluntad dirigida a regular el comportamiento de su emisor.

En relación con este asunto, debo destacar que la presencia de los elementos constitutivos del negocio jurídico en el contrato, el testamento y el matrimonio ha sido suficientemente analizada y apreciada en la sección anterior de este capítulo.

Por su parte, en referencia a los efectos del negocio jurídico, procede realizar una comparación entre el contrato, el testamento y el matrimonio. Así, en el caso del contrato, es evidente que éste constituye el supuesto emblemático de negocio jurídico. Es allí donde la voluntad privada encuentra mayor receptividad, donde los efectos jurídicos son sin duda su consecuencia directa.

No obstante lo indicado, debe reconocerse la existencia de situaciones previstas normativamente que configuran límites a la voluntad privada expresada en el contrato, constituyendo por ello supuestos de efectos jurídicos derivados de la ley y no de la voluntad. Por ejemplo, se trata de casos en los que consideraciones de orden público conducen a atemperar, y en ocasiones, a excluir, toda relevancia a la voluntad privada en la producción de efectos jurídicos. La existencia de límites a la voluntad privada constituye, en mi opinión, un supuesto de determinación normativa por parte del Estado, que se concreta en la definición de la conducta contraria a aquella prevista en el supuesto de hecho de la norma primaria. En tales casos, la consecuencia jurídica

ca de la norma secundaria estará determinada por el orden jurídico, excluyendo toda significación a la voluntad privada.

En el caso del contrato se puede identificar un significativo elenco de excepciones al imperio de la voluntad individual, característico del negocio jurídico. En efecto, entre las limitaciones impuestas a la voluntad privada cabe destacar la licitud de la causa, la prohibición de enajenar sucesiones futuras, las limitaciones para crear títulos valores, y los requisitos de registro para la creación y extinción de ciertas personas jurídicas.

En el caso del testamento, donde también la doctrina sostiene que la voluntad privada es reina, cabe reconocer la existencia de excepciones al principio. Así, no es posible desheredar al sucesor legítimo, el otorgamiento del testamento sólo puede cumplirse si se observan ciertas formalidades, el cónyuge en segundas nupcias no puede recibir por testamento una porción mayor a la otorgada al hijo menos favorecido del matrimonio anterior, etc.

Finalmente, en el matrimonio se aprecia una mayor cercanía a la tesis contraria, con arreglo a la cual la voluntad es una mera condición para que se produzcan ciertos efectos jurídicos. Sin embargo, aquí también se otorga cierto espacio para que la voluntad de las partes determine tales efectos. Esto ocurre, por ejemplo, con el régimen de capitulaciones matrimoniales, por el cual los cónyuges pueden establecer las convenciones que deseen en materia de bienes, siempre que las mismas no contradigan disposiciones de orden público.

Ante las circunstancias descritas, procede destacar que la expresión "negocio jurídico" adolece de cierta vaguedad, lo que trae a la mente la paradoja del continuo, según la cual "las palabras que se refieren a un concepto de orden cuantitativo, pero con cierta imprecisión, expresan una cierta continuidad donde cualquier límite tajante resulta arbitrario" (Guibourg, 1988: 48). ¿En qué medida entonces debería ser determinante la voluntad individual para poder calificar como negocio jurídico a cada uno de estos supuestos? En el contrato, en el testamento y en el matrimonio, la voluntad privada cuenta con un espacio que le otorga la norma. Así, en todas esas figuras, la voluntad permite establecer en mayor o en menor medida el contenido de la norma secundaria, lo que resulta inaplicable en caso del acto jurídico.

En tal virtud, para ser consecuentes con la distinción entre acto y negocio jurídico, habría que colocar bajo la primera categoría a aquellos casos en donde la voluntad se encuentra absolutamente excluida de la producción de efectos normativos. Se trataría de situaciones en donde la voluntad es una mera condición para generar las consecuencias que la norma establece. En consecuencia,

a la expresión "acto jurídico" quedarían reservados casos como el de la intimación al pago, en donde la voluntad ve reducida su relevancia al papel anotado.

Es de hacer notar, que para tales casos, esto es, el de los actos jurídicos en sentido estricto, resultarían inaplicables los elementos esenciales del negocio jurídico a que hicimos referencia previamente en este ensayo. Y aquí se encuentra, a mi juicio, la superación de la tesis que sostiene que el matrimonio es un acto jurídico. Y es que si ése fuera el caso resultaría improcedente la aplicación al matrimonio de los elementos del negocio jurídico, asunto sobre el cual no puede haber duda alguna. En efecto, resulta irrefutable la observación de que las normas aplicables a la constitución del matrimonio responden a idénticos principios que las aplicables a otros negocios jurídicos. Y así, incluso, lo reconocen autores contrarios a la caracterización del matrimonio como negocio jurídico (Galgano, 1992: 512). Por ello, en mi opinión, el contrato, el testamento y el matrimonio merecen la calificación de negocios jurídicos.

CONCLUSIONES

1. La revisión sistemática del negocio jurídico como fuente del derecho ha permitido adentrarse en diversos temas de la teoría general del derecho. Así, la norma jurídica, el sistema jurídico y las mismas fuentes del derecho son capítulos de la teoría general del derecho que han recibido nuestra atención en estas páginas. El examen de tales temas en relación con el negocio jurídico constituye la sustancia del trabajo realizado y, por añadidura, el fundamento de las conclusiones que aquí se presentan.
2. Todo sistema jurídico reconoce la existencia de situaciones que pueden subsumirse en el concepto de negocio jurídico, aunque sólo algunos ordenamientos adoptan esta figura de manera expresa (Zweigert y Kötz, 1992: 349). De ordinario, los sistemas jurídicos regulan al contrato, al matrimonio y al testamento como figuras jurídicas separadas. Pero, la teoría del negocio jurídico pretende justificar la existencia de una categoría genérica que reúna a las diferentes figuras indicadas. Esta aproximación ha permitido el reconocimiento del negocio jurídico en diversos ordenamientos. En este sentido, el orden jurídico alemán constituye el caso más emblemático de la aceptación del negocio jurídico por un ordenamiento. Por su parte, en el ámbito de la familia jurídica romanística, los ordenamientos italiano y español también reconocen la categoría pero de una forma indirecta, esto es, como un instru-

mento del que se vale la doctrina para explicar el reconocimiento normativo de la declaración de voluntad. A estos sistemas jurídicos, habría que agregar aquellos que sin admitir la categoría y sin que su doctrina se apoye en la misma para explicar su derecho positivo, apelan por vía de excepción al negocio jurídico en normas de rango legal o sublegal, como una forma de admisión de conceptos jurídicos desarrollados en ordenamientos foráneos, que pueden estimarse útiles para propósitos de la materia concreta que sea objeto de regulación. Entre estos últimos sistemas jurídicos puede citarse a Venezuela.

De lo indicado se desprende que el negocio jurídico no ha tenido igual receptividad en el derecho comparado. Las razones de tal situación pueden encontrarse en el cuestionamiento que ciertos sectores de la doctrina le hacen a la relevancia del negocio jurídico. Así, por ejemplo, los especialistas en derecho comparado, Zweigert y Kötz, han destacado que, una vez examinado el concepto en las principales familias jurídicas, éste termina constituyendo, más allá de su valor expositivo y sistemático, una construcción artificial del derecho alemán, que carece de real utilidad como herramienta de ordenación social en el derecho privado. Distinto es el caso del contrato, que de inmediato provoca en el observador la sensación de que constituye una institución natural del derecho, una fórmula original sin la cual el derecho no podría existir (Zweigert y Kötz, 1992: 352).

En oposición a esta postura, Martín Pérez, en su prólogo a la obra de Emilio Betti, sobre el negocio jurídico, afirma que al cuestionamiento que se hace al negocio jurídico porque refleja un doctrinarismo vacío y carente de relevancia práctica, debe responderse que no existe una relación de causalidad entre el doctrinarismo y la creación de categorías teóricas generales como las presentes en el concepto de negocio jurídico; aunque debe reconocerse que el doctrinarismo constituye un terreno propicio para ese fenómeno. Pero además, el doctrinarismo parece asociado en derecho a la creación de formas de solución de casos concretos, apelando a métodos primordialmente lógicos, con la analogía como medio principal. Pues bien, son las doctrinas generales las que permiten justamente crear un límite al uso extendido de tales métodos (Betti, 1959: XVIII).

Desde otra perspectiva, pero con similar orientación, Manick, señala que no ha sido nunca convenido que todos los negocios jurídicos estén subordinados a las mismas reglas, por lo cual dicha subordinación no debe entenderse como esencial a su concepto. Por ello son otras las notas unificadoras del concepto de negocio jurídico, siendo las mismas las que en verdad permiten justificar la existencia de esta figura. (Citado por Betti, 1959: XIX).

Para respaldar este punto de vista, Emilio Betti concluye:

Y prescindiendo de la solución legislativa, siempre se nos planteará a los juristas el problema del valor científico y práctico de una teoría general del negocio jurídico, que, sin desconocer las diferencias de naturaleza entre las diferentes categorías de negocios en la vida privada, trate de proporcionar a la jurisprudencia criterios y puntos de orientación que deban tenerse en cuenta al resolver las controversias que a aquellos negocios conciernen. Una teoría así construida se justifica, no ya con argumentos metodológicos extrínsecos a ella, sino con la visión superior de conjunto y el mejor y más preciso conocimiento que objetivamente nos puede ofrecer (Betti, 1959: 4).

3. Si bien a la interrogante genérica que subyace a este estudio, relativa a si el negocio jurídico puede considerarse como fuente del derecho, debe responderse afirmativamente, mi propósito en esta sección es presentar las conclusiones particulares a las que he llegado en las diferentes secciones del texto.

Así, la primera sección giró en torno a la cuestión de si ¿constituyen fuentes de derecho las formas de expresión de normas de efectos particulares que tiene todo ordenamiento? Esta interrogante exigió plantear si las normas particulares y concretas son en verdad normas jurídicas, lo cual es necesario porque asumimos aquí la acepción de fuente de derecho que corresponde a fundamento de validez de normas jurídicas. En este sentido, si en el sistema jurídico, las normas deben tener su fundamento de validez en otras normas de mayor rango, ¿puede considerarse a las formas de expresión de normas particulares como fundamento de validez de los actos de mera ejecución normativa, que aparecen al final de la estructura de todo ordenamiento y que son actos de simple aplicación y no creación normativa?

El presente estudio cubrió aquí el debate planteado entre aquellos que sostienen que sólo las normas generales y abstractas pueden constituir normas jurídicas, considerando a las normas individuales como meras aplicaciones de las normas generales, y aquellos que identifican en la noción de norma jurídica y, por añadidura, en la de fuente de derecho, características definitorias que permiten estimar como tales a las normas individuales y concretas de todo ordenamiento. Para dilucidar la cuestión planteada, se examinó la noción de norma jurídica, la de fuente de derecho y los criterios de pertenencia de toda norma al ordenamiento jurídico. De la revisión de estas nociones se desprende que existen diversos grados de determinación de conductas en las normas de un ordenamiento, sin que tal diferencia afecte la condición jurídica de las mismas. Por ello, a pesar de que algunos alegan que las normas jurídicas se caracterizan por las notas de generalidad y abstracción, es admisible la exis-

tencia de normas con un mayor grado de precisión en sus efectos. Así ocurre con el acto administrativo, la sentencia judicial y el negocio jurídico que indiscutiblemente son fuentes de derecho por lo que concierne a los actos de ejecución de los derechos y obligaciones que de los primeros se derivan. Por ello, la respuesta a la interrogante arriba planteada debe ser afirmativa.

4. La conclusión anterior permitió avanzar en la segunda sección en el análisis del alcance de la condición de fuente del negocio jurídico. ¿Se limita éste a servir de fundamento de validez de los actos de exclusiva ejecución normativa o puede tener efectos generales? Para responder a esta cuestión, se han revisado los fundamentos de la creación normativa derivada de la voluntad privada. Dicha revisión conduce inicialmente a negar la posible consideración del negocio jurídico como fuente de normas generales. En la teoría general del derecho, la mayor parte de los autores suscribe esta posición.

Cabe destacar que la consideración de ciertos casos limítrofes, concretamente el caso de los convenios colectivos, las condiciones generales de contratación y los contratos de adhesión, permite evaluar la fortaleza de la conclusión anterior. Sin embargo, una vez efectuada esta revisión, la respuesta a la interrogante sigue siendo negativa. Y ello porque en todo caso en las situaciones limítrofes no se cumplen las condiciones para la creación de normas generales y abstractas. Se trata de casos en donde el sujeto de derecho a quien se presenta como forzosa la aceptación de las condiciones generales de contratación, se adhiere a las mismas al suscribir el contrato respectivo, lo cual ratifica que el consentimiento sigue siendo necesario para afectar la esfera jurídica de tal sujeto. De modo que técnicamente no hay aquí una norma externa al sujeto que éste deba observar. El sujeto siempre contará con la facultad de no suscribir el contrato, y por ende no sujetarse al respectivo convenio. Es esta realidad formal la que prevalece en el análisis del sistema jurídico, y los condicionamientos externos a la norma, vinculados a la aplicación de la misma sobre los sujetos de derecho, constituyen en última instancia materia para un análisis situado en la órbita de una disciplina diferente, posiblemente de orden sociológico.

Ligeramente distinto es el caso de los convenios colectivos en donde la afectación de sujetos de derecho en principio extraños a la empresa, pero que eventualmente se incorporen a ella, pudiera encontrar fundamento, a mi juicio, en la ley general que rige la contratación colectiva. De modo que aquí tampoco cabe atribuir al convenio colectivo efectos generales, sino más bien a la ley que rige a tales convenios.

Para finalizar esta sección se procedió a identificar las características definitorias del término negocio jurídico. Para ello se siguió un enfoque histórico, concentrado en la polémica entre la tendencia voluntarista y la tendencia declaracionista en la definición del negocio jurídico. Así, la evolución de la idea del negocio jurídico, permite apreciar el predominio de la tesis declaracionista, con importantes objeciones y agregados. Todos esos elementos me han permitido desarrollar una definición del negocio jurídico.

5. Por último, la tercera sección giró en torno a la siguiente interrogante: ¿Cubre el término negocio jurídico a los casos del contrato, el testamento y el matrimonio? Sobre este punto, encontramos una posición que podríamos calificar de mayoritaria que admite la condición de negocio jurídico del contrato y el testamento, pero rechaza tal calificación para el matrimonio. El argumento para descartar la calificación del matrimonio como negocio jurídico se contrae a la circunstancia de que en el matrimonio la voluntad juega un papel muy limitado, contrario a lo que caracteriza al negocio jurídico.

Ahora bien, en mi criterio, el matrimonio participa de las características del negocio jurídico. Para llegar a esa conclusión me apoyo en dos argumentos: en primer lugar, la voluntad privada juega un papel fundamental en la creación del contrato, del testamento y del matrimonio, según se evidencia de la revisión de los elementos constitutivos del negocio jurídico que, en líneas generales, son aplicables a los tres casos. Por ello, debe estimarse que el negocio jurídico constituye un instrumento que permite explicar la creación de las tres figuras normativas, sin que tal conclusión se vea afectada por que las mismas respondan a finalidades diferentes o incluso contrapuestas; y en segundo lugar, la producción de efectos jurídicos por la voluntad privada no puede considerarse como absoluta en el contrato o el testamento, ni puede estimarse como inexistente en el matrimonio. En consecuencia, en todos esos casos la voluntad juega un papel mayor o menor, lo que justamente permite calificar a los mismos como supuestos de negocios jurídicos, y no como actos jurídicos, en donde la producción directa de efectos jurídicos por la voluntad privada está absolutamente excluida.

Por todos estos argumentos, considero que es perfectamente admisible la aplicación del término negocio jurídico al matrimonio, de igual forma como se admite dicho término para el contrato y el testamento.

BIBLIOGRAFÍA

- AFTALIÓN, ENRIQUE y VILANOVA, JOSÉ: *Introducción al Derecho*, Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1988.
- ARANGIO-RUIZ, VINCENZO: *Instituciones de Derecho Romano*, Depalma. Buenos Aires, 1986.
- ATIENZA, MANUEL: *Tras la Justicia: Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*, Editorial Ariel. Barcelona, 1993.
- BETTI, EMILIO: *Teoría General del Negocio Jurídico*, Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1959.
- BOBBIO, NORBERTO: *Teoría General del Derecho*, Editorial Temis. Bogotá, 1987.
- BRANCA, GIUSEPPE: *Instituciones de Derecho Privado*, Editorial Porrúa. México, 1978.
- CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ: *Derecho Civil Español Común y Foral*, Tomo 1, Volumen II, REUS S.A. Madrid, 1987.
- CASTRO Y BRAVO, FEDERICO: *El Negocio Jurídico*, Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1985.
- COPI, IRVING; BURGESS-JACKSON, KEITH: *Informal Logic*, Macmillan Publishing Company. New York, 1992.
- COUTURE, EDUARDO: *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1958.
- DROMI, JOSÉ ROBERTO: *El Acto Administrativo*, Instituto de Estudios de la Administración Local. Madrid, 1985.
- ENNECERUS, LUDWIG; NIPPERDEY, HANS CARL: *Derecho Civil (Parte General)*, Volumen Segundo, Bosch. Barcelona, 1950.
- Espasa-Calpe: *Diccionario Jurídico Espasa*. Madrid, 1991.
- FERRARA, FRANCESCO: *La simulación de los negocios jurídicos*, Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1922.
- FRIED, CHARLES: *Contract as a Promise*, Harvard University Press. Cambridge, 1981.
- GALGANO, FRANCESCO: *El negocio jurídico*, Tirant lo blanch. Valencia, 1992.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO: *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la revolución francesa*, Alianza Universidad, Madrid, 1994.
- GUIBOURG, RICARDO: *Fuentes del Derecho. Incorporado a la obra colectiva El Derecho y la Justicia*, editado Ernesto Garzón Valdés y Francisco Laporta, Editorial Trotta, Madrid, 1996.
- GUIBOURG, RICARDO; GHIGLIANI, ALEJANDRO; GUARINONI, RICARDO: *Introducción al Conocimiento Científico*, EUDEBA, Buenos Aires, 1988.
- HATTENHAUER, HANS: *Conceptos fundamentales del Derecho Civil*, Ariel Derecho, Barcelona, 1987.
- KELSEN, HANS: *Teoría Pura del Derecho*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1960.
- _____. *El Contrato y el Tratado*, Editora Nacional, México, 1979.
- _____. *Teoría General del Derecho y del Estado*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1983.
- LARENZ, KARL: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel Derecho, Madrid, 1994.
- LATORRE, ÁNGEL: *Introducción al Derecho*, Ariel, Barcelona, 1976.
- LE PERA, SERGIO: *Cuestiones de Derecho Comercial Moderno*, Astrea, Buenos Aires, 1979.
- LUMIA, GIUSEPPE: *Principios de Teoría e Ideología del Derecho*, Debate, Madrid, 1979.
- MARTIN ARMENGOL, RAÚL: "Teoría contemporánea del deber jurídico". *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, N° 108, Caracas, 1998.
- MARTÍN VALVERDE, ANTONIO; RODRÍGUEZ-SAÑUDO, FERMÍN; GARCÍA MURCIA, JOAQUÍN: *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 1996.
- MELICH-ORSINI, JOSÉ: *Doctrina General del Contrato*, Editorial Jurídica Venezolana - Marcial Pons, Caracas, 1997.
- MOUCHET, CARLOS Y ZORRAQUÍN, RICARDO: *Introducción al Derecho*, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1967.

- MOZOS, JOSÉ LUIS DE LOS: *El negocio jurídico (estudios de derecho civil)*, Editorial Montecorvo, S.A. Madrid, 1987.
- NINO, CARLOS SANTIAGO: *Introducción al Análisis del Derecho*, Ariel Derecho, Madrid, 1983.
- PERELMAN, CH.: *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1988.
- PLANITZ, HANZ: *Principios de Derecho Privado Germánico*, Bosch, Barcelona, 1957.
- POSNER, RICHARD: *Overcoming Law*, Harvard University Press, Cambridge, 1995.
- REZZÓNICO, JUAN CARLOS: *Contratos con Cláusulas Predispuestas*, Astrea, Buenos Aires, 1987.
- ROMERO, FRANCISCO: *Lógica*, Espasa Calpe Argentina, Buenos Aires, 1964.
- ROSS, ALF: *Sobre el Derecho y la Justicia*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1974.
- RUGGIERO, ROBERTO DE: *Instituciones de Derecho Civil*, Tomo I, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1979.
- SORIANO, RAMÓN: *Compendio de Teoría General del Derecho*, Ariel Derecho, Barcelona, 1993.
- TOSTA, MARÍA LUISA: *Introducción al Derecho*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1996.
- ZWEIGERT, KONRAD Y KOTZ, HEIN: *Introduction to Comparative Law*, Clarendon Press, Oxford, 1992.

Rango o jerarquía de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico de Venezuela (1999)

Larys Hernández Villalobos *

INTRODUCCIÓN

Los tratados internacionales constituyen hoy en día la fuente más importante del Derecho Internacional Público, debido al carácter dinámico y mutable de esta disciplina, la cual debe adaptarse a la realidad internacional que nos rodea, puesto que es precisamente esta realidad la que representa su esfera o radio de acción .

En este sentido, el Dr. Fermín Toro Jiménez expone que un tratado internacional es "todo consenso de voluntades entre sujetos de Derecho Internacional Público expresado en forma explícita y por escrito, no sometidos por éstos, ni expresa ni tácitamente, al ordenamiento jurídico de uno de ellos en los casos en que ello fuere posible, dirigido a producir entre ellos efectos jurídicos, es decir, crear, modificar o extinguir, derechos y obligaciones" (Toro Jiménez, F.: 1982, p. 140).

* Abogada, Doctora en Derecho (Universidad del Zulia). Profesora de Derecho Internacional Público de la Escuela de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad del Zulia. Adscrita al Departamento de Derecho Internacional. Maracaibo, Venezuela.

Es menester señalar que referirnos al rango o jerarquía de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico venezolano, es un tema que nos permite aclarar una serie de interrogantes, entre éstas ¿qué posición ocupan éstos dentro del ordenamiento jurídico venezolano? ¿qué norma se aplica en un caso de colisión o antinomia normativa entre una Ley y uno de estos instrumentos internacionales?, las cuales serán abordadas mediante estas breves notas que esperamos sean de provecho para el lector.

1. RANGO O JERARQUÍA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE VENEZUELA (1999)

Esto constituye un problema cuya solución no es fácil, debido a que son muchas las dudas que existen, por la escasa regulación Constitucional y legal sobre la materia, sin embargo, al preguntarnos por la posición que ocupan los tratados internacionales dentro del ordenamiento jurídico positivo venezolano, se hace necesario recurrir a los diversos criterios doctrinales y jurisprudenciales emitidos al respecto, siendo preciso estudiar separadamente a los "Tratados frente a las Leyes" y por otra parte a los "Tratados frente a la Constitución Nacional".

1.1. *Los tratados frente a las leyes*

En primer lugar, debemos señalar que la actual Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, contempla en su artículo 154, al igual que el derogado texto constitucional de 1961 en su disposición 128, que los tratados internacionales celebrados por la República deben ser aprobados por el órgano legislativo del Estado, —antes Congreso de la República, ahora Asamblea Nacional—, de allí que el artículo 187 de la actual Constitución señala: "Corresponde a la Asamblea Nacional: *Aprobar por Ley los tratados o convenios internacionales que celebre el Ejecutivo Nacional...*" (énfasis nuestro)

El autor José Peña Solís (1997), estudioso del Derecho Administrativo, sostiene que en Venezuela la Constitución otorga rango legal a los tratados internacionales, equiparándolos a las leyes formales ordinarias, pero cabría plantearse la siguiente interrogante: ¿acaso dicha equiparación es similar a la que se configura entre dos leyes propias del ordenamiento interno, o si por el contrario el tratado, pese a tener un origen legal derivado de la incorporación a nuestro Derecho Interno por medio de una *Ley Especial Aprobatoria*, adquiere rango normativo superior a la ley?

A nuestro modo de ver es una problemática compleja, puesto que en caso de colisión o antinomia normativa presentada entre un tratado y una ley interna, nos preguntamos ¿cuál debe aplicarse para resolver el caso planteado? Si admitiéramos que existe una neta equiparación entre el tratado y la ley, considerando que tienen el mismo rango jerárquico¹, debemos resolver el problema acudiendo a la aplicación de los principios del Derecho Interno: "*ley posterior deroga ley anterior, ley Especial deroga ley General*" (énfasis nuestro).

Otros autores patrios, entre los que destaca Eloy Lares Martínez (1998), sustentan opiniones diferentes, todo ello amparándose en el artículo 8 del Código de Procedimiento Civil venezolano, que señala:

En los casos de aplicación del Derecho Internacional Privado, los Jueces atenderán primero a los tratados públicos de Venezuela con el Estado respectivo, en cuanto al punto en cuestión; en defecto de tales tratados, aplicarán lo que sobre la materia dispongan las leyes de la República o lo que se desprende de la mente de la legislación patria; y en último lugar se regirán por los principios de dicho Derecho aceptados generalmente.

La mayoría de los estudiosos del Derecho Internacional Privado, sostienen que "en caso de conflicto de legislaciones entre Venezuela y otro Estado, por aplicarse en el territorio nacional las leyes de un país extranjero, por expresa disposición de este artículo deberá observarse el tratado vigente que tenga celebrado Venezuela con el Estado extranjero correspondiente" (Calvo Vaca, E.: 2000, p.25)

En este sentido, algunos autores opinan que por virtud de tal disposición que proclama la prevalencia de la ley especial sobre la general, es preciso reconocer que todos los tratados, sea cualquiera la materia regulada por ellos, tienen valor preferente sobre las leyes. (Lares Martínez, E.; 1998, p.72).

Como bien lo afirma la doctrina patria, la disposición 8 del CPC (antes transcrita) es exclusiva para los tratados celebrados en el ámbito del Derecho Internacional Privado que tienen preferente aplicación a las leyes internas, por lo que sería un grave error interpretativo y conceptual aplicarla a los tratados de Derecho Público (que son la gran mayoría), puesto que en este caso la hermenéutica debe ser restrictiva, lo que excluye toda posibilidad de interpretación analógica, (Peña Solís, J.:1997, p.176-177), incluso compartimos la opinión citada, debido a que el novedoso texto constitucional de 1999 (salvo ciertos cambios, como la Constitucionalización de los Tratados sobre Derechos

¹ Véase (Peña Solís, J.: 1997, p. 175)

Humanos) no contempla de manera expresa la superioridad de los tratados internacionales sobre las leyes internas.

No obstante lo expuesto, debemos hacer mención de ciertas disposiciones contempladas en leyes internas venezolanas que expresamente permiten la aplicación preferente de los tratados internacionales a las leyes internas, en esas materias, así es menester citar el artículo 1 de la Ley de Aviación Civil que reza: "*La presente Ley regirá lo relativo a la aviación civil, sin perjuicio de que se observe preferentemente lo estipulado en tratados y convenios internacionales celebrados por la República...*" (énfasis nuestro), en esta norma podemos constatar el rango supralegal que tienen los tratados internacionales en materia aeronáutica.

Otra disposición, es la consagrada en el novedoso texto constitucional en su artículo 153, que señala: "*...Las normas que se adopten en el marco de los acuerdos de integración serán consideradas parte integrante del ordenamiento legal vigente y de aplicación directa y preferente a la legislación interna...*" (énfasis nuestro). Aunque esta norma no se refiere a los tratados propiamente dichos, sino a los acuerdos tomados en el seno de las organizaciones supranacionales en aras de fortalecer la integración, podemos notar un rango supralegal de estas decisiones sobre las leyes internas del ordenamiento jurídico positivo venezolano.

Por lo antes expuesto pareciera que tanto la derogada Constitución Nacional de 1961, como la nueva de 1999, consagran como regla: "el carácter legal de los tratados internacionales", salvo la excepción de los Tratados sobre Derechos Humanos que explicaremos más adelante, como uno de los cambios más significativos, contemplado en el artículo 23 de la citada Constitución Bolivariana.

Sin embargo, en mi opinión ésta pudiera ser una concepción compartida por los estudiosos del Derecho Administrativo, puesto que tienen una visión estatista e interna del Derecho; pero bajo la noción del Derecho Internacional Público, aquél que trasciende las fronteras de los Estados, y las voluntades particulares de los mismos, y tomando en cuenta la globalización del mundo actual, nos atrevemos a decir, que los tratados internacionales aún teniendo un rango legal, deberían ser aplicados con preferencia a las leyes internas de los Estados (excepto sobre la Constitución Nacional, como soporte del ordenamiento jurídico de los Estados), porque estos documentos internacionales son el producto de una conjugación o grupo de voluntades entre varios sujetos del DI, entonces mal podría un Estado de manera unilateral dejar de cumplir una norma internacional basándose en la colisión de éste con una

norma interna, ya que podrían surgir conflictos en el plano internacional (aunque es difícil que ocurran este tipo de situaciones, no podemos descartarlas totalmente). Sin embargo, existe la reserva que se define como la posibilidad que tiene un sujeto de Derecho Internacional Público para excluirse del cumplimiento de determinada disposición del tratado, la cual es de carácter expreso, pero que puede no estar contemplada en el mismo, siendo imposible recurrir a ella. Es por ello que estos sujetos deben tener sumo cuidado a la hora de formalizar la aceptación de un tratado, custodiando la conformidad de éste con el orden legal y constitucional interno, ya que en definitiva serían sus relaciones internacionales las que resultarían perjudicadas.

Es de recordar que, cuando un Estado es parte de un tratado está obligado a cumplirlo de buena fe (*Regla Pacta Sunt Servanda*), lo que quiere decir "que las partes están comprometidas a cumplir las obligaciones que asumen y a tomar las medidas necesarias para hacer efectivo ese cumplimiento (Sierra, M.: 1947, p. 330), esto lo señala también el artículo 26 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Acudiendo al Derecho comparado, es preciso dejar asentado que la Constitución Española en su artículo 96.1 prescribe que "las disposiciones de los tratados sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en las formas previstas en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional". Debido a esto, el criterio doctrinal y jurisprudencial español admite que los tratados están ubicados en un escalafón superior al de las leyes. (Peña Solís, J.: 1997, p.178).

Consecuencialmente, debemos dejar claro que un tratado genera una obligación en el plano internacional, por lo que un Estado cuando admite formalizar su incorporación en un instrumento de esta naturaleza debe realizar un análisis exhaustivo, las consultas requeridas, el estudio de su realidad económica, política, etc, a fin de evitar que por no cumplir dicha obligación surja responsabilidad internacional para él, que en el peor de los casos pudiera desencadenar un conflicto internacional con graves consecuencias.

Ahora bien, también debemos resaltar que ningún Estado está obligado a formar parte de un tratado si no puede o no quiere, porque existen los mecanismos para retirarse o extinguir el mismo, entonces si el Estado requiere desvincularse del tratado tendrá que acudir a éstos, ya sea por medio de la denuncia, renegociándolo, aunque no siempre podrá hacerlo fácilmente, porque dependerá del propio tratado o de que las normas del Derecho Internacional en general le permitan efectuarlo. (Gutiérrez Espada, C.: 1995, p. 403).

Consideramos que esta es una materia muy delicada, y por eso no comprendemos la falta de definición legal de muchos países a este respecto, y Venezuela no escapa a ello, debido a la escasa o muy poca regulación constitucional y legal que existe, pareciera para algunos autores, que el Derecho Internacional ocupara un segundo lugar con respecto al Derecho Interno, y pensamos que no es así, debido a que uno se nutre del otro (en ámbitos diferentes), pero juntos contribuyen a mantener el orden público internacional, lo cual se refleja en el propio orden interno de los Estados.

Pudiera haberse aprovechado la reciente reforma Constitucional —aunque no se hizo— para consagrar normas expresas sobre el rango o jerarquía de los tratados frente a las leyes, y como sostienen autores patrios “debe existir dentro del texto Constitucional una disposición que expresa o implícitamente, le confiera una fuerza pasiva especial a los tratados que impida su derogatoria por leyes posteriores, o sea que manteniéndoles el rango legal les imprima esa connotación especial”. (Peña Solís, J.: 1997, p. 177).

Pensamos que la Asamblea Nacional Constituyente debió acoger —en la reforma realizada recientemente (1999)— una posición similar a la que expone la Constitución de Francia cuando señala: “*Los tratados o acuerdos regularmente ratificados tienen, desde su publicación, una autoridad superior a la de las leyes*”.

1.2. *Los tratados frente a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*

Con respecto a la posición o rango jerárquico de los tratados frente al texto Constitucional, no existe duda acerca de la supremacía de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela sobre los tratados internacionales, (a excepción de los Tratados relativos a los Derechos Humanos) puesto que aquella es la base del orden jurídico y no puede válidamente ser violada o desconocida por norma o acto alguno, que han de ser necesariamente de jerarquía inferior a ella. (Lares Martínez, E.: 1998, p. 71).

La regla general, es admitir la supremacía del texto constitucional sobre los tratados, de allí que exista un control previo de la constitucionalidad de éstos, hasta el punto de que la nueva Constitución de 1999 expresa en su artículo 336 “Son atribuciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia: ordinal 5to. Verificar a solicitud del Presidente o Presidenta de la República o de la Asamblea Nacional, la conformidad con esta Constitución de los tratados internacionales suscritos por la República, antes de su ratificación” (énfasis nuestro), esto puede hacerse en nuestro país antes de que el tratado

genere obligaciones jurídicas internacionales para el Estado, y por lo complejo de esta materia, somos del criterio que deberían realizarse estas consultas, cada vez que existieran fundados motivos, evitando los problemas internacionales, que surgirían después que se haya ratificado el tratado, y posteriormente se pretenda la declaratoria de nulidad por razones de inconstitucionalidad.

Sin embargo, sobre el control de la constitucionalidad de las leyes aprobatorias de tratados debemos mencionar el criterio sostenido por la Corte Suprema de Justicia de fecha 29 de abril de 1965 (estando vigente la Constitución Nacional de 1961), publicada en *Gaceta Oficial* No. 958, Extraordinaria de 21 de mayo de 1965, en el caso de la sentencia dictada en un recurso de inconstitucionalidad de un artículo de la Ley Aprobatoria del Tratado de Extradición suscrito entre Venezuela y los Estados Unidos de Norteamérica, donde:

...la Corte no sólo se declaró incompetente para conocer de los recursos de inconstitucionalidad de las Leyes Aprobatorias de Tratados Internacionales, sino para conocer de recursos intentados contra actos dictados en ejercicio de atribuciones privativas de las Cámaras Legislativas, salvo los casos de “extralimitación de atribuciones”; y para conocer de recursos intentados contra los actos de gobierno del Presidente de la República (Consultada en Brewer Carias, A.: 1977, p. 25s)

Este fue un precedente peligroso, como lo demostró el voto salvado del magistrado J.G. Sarmiento Núñez, quien señaló: “no ha debido la sentencia dejar establecido que existan actos del Poder Público que, en su concepto no están, sometidos a revisión por inconstitucionalidad, debido a que ello implica comprometer el criterio de este Supremo Tribunal...”²

Con respecto a la citada sentencia el Doctor Allan Brewer-Carias (1977, p. 48) señaló:

...la consideramos atentatoria contra el ordenamiento constitucional venezolano, construido sobre el principio de la supremacía constitucional y del control de la constitucionalidad a cargo de la propia Corte Suprema, que impiden que existan actos estatales excluidos de dicho control. Por tanto una Ley Aprobatoria de un Tratado —no el tratado en sí mismo— siempre es susceptible de ser impugnada de inconstitucionalidad, independientemente de los efectos —responsabilidad internacional del Estado y denuncia del tratado— que puedan resultar de la anulación total o parcial de la Ley.

² Véase (Brewer-Carias, A.: 1977, p. 25), donde se establecen algunas consideraciones sobre el control de la jurisdicción constitucional de los actos estatales en el Derecho venezolano.

Ahora bien, la Corte Suprema de Justicia (actual Tribunal Supremo de Justicia) cambió radicalmente este criterio en sentencia dictada por la Sala Política Administrativa de fecha 10 de julio de 1990, referida a la solicitud de inconstitucionalidad de una disposición de la Ley Aprobatoria del Acuerdo de Cartagena, según la cual, las decisiones de la comisión del acuerdo que incidan en materia de reserva legal no son de aplicación inmediata sino que requieren de la aprobación, mediante ley, de las Cámaras Legislativas. La sentencia en comento señaló:

*... en orden a la admisibilidad de esta solicitud, la Corte observa:
... Aun cuando en sentencia del 29 de abril de 1965, ... la Corte declaró que carecía de competencia para conocer y declarar la nulidad total de la Ley Aprobatoria del Tratado de Extradición que tiene celebrado Venezuela con los Estados Unidos de América, ese pronunciamiento se justifica por cuanto se pretendía la invalidez absoluta de esa Ley y, consecuencialmente, del Tratado mismo, pero en el caso de autos la acción se dirige contra una disposición de la Ley Aprobatoria que por su índole y alcance: la limitación a la vigencia y eficacia en Venezuela de las Decisiones que se adopten por el Órgano del "Acuerdo de Cartagena", lo que quiere decir es que no se persigue la nulidad del tratado en sí ni la descalificación, como Ley formal de la República, del acto aprobatorio, en razón de lo cual la acción es perfectamente admisible y no se contraría el criterio sustentado en la dicha sentencia del 29 de abril de 1965. (Énfasis nuestro). (Consultada en RDP, No. 44, octubre-diciembre de 1990, p. 96s).*

Debe resaltarse que la sentencia reseñada denota un cambio de jurisprudencia radical, y como lo expresa el Doctor Allan Brewer-Carías (1990, p. 226) no tiene ningún sentido ni relevancia la "justificación" que la Corte Suprema conigna en su sentencia para entrar a conocer de la inconstitucionalidad parcial de la Ley Aprobatoria del Tratado del Acuerdo de Cartagena, señalando que la sentencia de 1965 se justificaba por cuanto en ella se pretendía la nulidad absoluta de la Ley Aprobatoria del Tratado de Extradición, lo cual es falso e inexacto, como lo indica el Magistrado Trejo Padilla (ponente de la sentencia de 1965), en su voto salvado a la sentencia de 1990, puesto que en aquella oportunidad se había demandado la nulidad parcial del ordinal 14° del artículo II de la Ley Aprobatoria y consecuencialmente del tratado mismo, y que en cambio, en el caso de 1990, la acción se dirigió contra una disposición de la Ley Aprobatoria, con lo cual no se perseguía la nulidad del tratado en sí.

En este sentido, la Corte deduce que la nueva acción es admisible, sin que ello contraría el criterio sostenido por la sentencia del año 1965, lo cual no es cierto, como lo afirma el Magistrado Trejo Padilla (citado por Brewer Carías, A, 1990, p. 227) al señalar que este argumento es "gravemente censurable" además de

"irrelevante", pues el criterio de "la falta de jurisdicción y de competencia, en la esfera internacional, del máximo órgano judicial de un Estado para anular o modificar un tratado internacional y para imponer coercitivamente ese dispositivo, rige tanto en el caso de que se solicite la nulidad total de la Ley Aprobatoria del mismo, como en el caso de que se pretenda la nulidad parcial de dicha Ley".

Lo cierto del caso, es que aun cuando la Corte pretendiera fundamentar el criterio sostenido en la sentencia de 1990 en el hecho de que este caso es diferente al anterior (el de 1965) y que en ella no se contraría la doctrina..., "lo evidente es que se abandonó el antiguo criterio sin decirlo expresamente...". Así observamos que la sentencia de 1990 tiene una importancia trascendental por cuanto ella genera el cambio de doctrina en torno al control de la constitucionalidad de las leyes aprobatorias de tratados internacionales.

Hoy en día la propia Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, expresa en su artículo 7: "La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución". De allí que, somos del criterio que actualmente ningún acto de los Poderes Públicos, pueden sustraerse del control de la constitucionalidad, y esto debe extenderse a las Leyes Especiales Aprobatorias de los tratados internacionales, que al ser aprobados por el poder legislativo, son leyes, y por tanto deben ser considerados como jerárquicamente inferiores a la Constitución Nacional de 1999, el mismo tratamiento contemplaba la derogada Constitución de Venezuela de 1961.

Por lo antes expuesto, compartimos la opinión del autor José Peña Solís (1997) cuando afirma "que no abriga dudas acerca de la plena vigencia del principio de supremacía constitucional, lo que conduce a postular categóricamente la superioridad normativa de la Constitución sobre los Tratados" a excepción de los Tratados sobre Derechos Humanos, esta postura se evidencia de la competencia que tiene el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional para "Declarar la nulidad total o parcial de las leyes nacionales y demás actos con rango de ley de la Asamblea Nacional, que colidan con esta Constitución" (artículo 336, ordinal 1°). Para el caso de una Ley especial Aprobatoria de un tratado internacional, la situación obligaría a nuestro país a buscar la manera de ponerle fin a ese tratado, a través de los mecanismos de extinción o retiro, ya sea la denuncia, cambio de contexto, etc, lo que pueda estimarse procedente, en el caso concreto.

1.2.1 *Constitucionalización de los tratados sobre Derechos Humanos*

Por lo trascendental del tema, el mismo ha sido considerado como una de las innovaciones más significativas de la novedosa Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999.

En este sentido, es preciso destacar la tendencia que existe actualmente en el Derecho Constitucional comparado de hacer referencia expresa al Derecho Internacional de los Derechos humanos y a la significación de éstos en la política exterior del Estado.

Esta realidad se fundamenta en la dinámica que existe actualmente en el área internacional, lo que ha permitido que las normas sobre "Derechos Humanos" hayan adquirido renovado peso, lo cual les posibilita que en vez de ser un simple Derecho ideal "*Ius Naturalismo*" establezcan la base de un sistema normativo con una gran proyección expansiva, dirigido no sólo a promover sino a luchar y proteger los derechos de la persona humana.

Tal y como lo expresa la "Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados", constituye un principio básico del Derecho Internacional, "la obligación de cooperar para promover el respeto universal a los Derechos Humanos y a las libertades fundamentales de todos y a la efectividad de tales derechos y libertades para eliminar todas las formas de discriminación racial y todas las formas de intolerancia religiosa."

En efecto, como lo señala Herrendorf D. Y Bidart Campos, G. (1990), la "universalización, o universalidad de los derechos, quiere decir, entonces, que se vuelven general en el mundo"; esto ha contribuido a que poco a poco los Estados que conforman la Comunidad Internacional hayan incluido en sus textos constitucionales tales derechos, comenzando a fines del siglo XVIII con la consagración de los derechos civiles y políticos, llamados también de primera generación, para continuar con el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales a comienzos del siglo XX, presentes en la Constitución de México de 1917 y la Constitución Alemana de Weimar de 1919 y, más recientemente, de los llamados derechos de la tercera generación o de solidaridad, dentro de los cuales cabe mencionar el derecho al desarrollo, a la paz, a la preservación del medio ambiente y de los recursos naturales, entre otros. (Rincón Eizaga, L.: 2000, p. 66-67).

A este respecto el autor Pedro Nikken (1993) sostiene que "la protección de los derechos humanos se convertiría así en un capítulo fundamental del Derecho Constitucional, ya que el reconocimiento de la intangibilidad de tales

derechos sin duda impone limitaciones al ejercicio del poder del Estado, al cual le está vedado impedir el goce pleno de aquellos derechos".

En este sentido la exposición de motivos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, manifiesta que "inspirada por las principales tendencias que se han desarrollado en derecho comparado y en los tratados internacionales sobre derechos humanos, la Constitución reconoce expresamente el principio de progresividad en la protección de tales derechos, conforme al cual el Estado garantizará a toda persona natural o jurídica, sin discriminación alguna, el respeto, el goce y el ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los mismos".

En base a ello, el novedoso texto Constitucional expresa en su artículo 23 que "**Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional** y prevalecen en el orden interno, en la medida que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorable a las establecidas por esta Constitución y las leyes de la República..." (énfasis nuestro).

Concretando, debemos reconocer que las normas expresadas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) son de importante proyección lo "que representan un gran avance en cuanto al derecho internacional de los derechos humanos y el derecho constitucional, los cuales se vienen enriqueciendo mutuamente en una simbiosis que nos permite hablar de una rama del derecho: el derecho de los derechos humanos".³

La novedosa Constitución Venezolana de 1999, ha consagrado a estos instrumentos internacionales sobre Derechos humanos una jerarquía especial, que se traduce en el otorgamiento de rango constitucional, lo que significa que las normas consagradas en estos tratados prevalecerán en el orden interno y consecuentemente serán aplicadas con preferencia a las leyes internas, y de igual manera contempla un orden Supraconstitucional, en el sentido de que estos Tratados sobre Derechos Humanos tendrán una aplicación preferente a nuestra Constitución Nacional, en la medida que consagren disposiciones con mayores garantías en cuanto al goce y ejercicio de estos derechos que las contenidas en el propio texto Constitucional; esto es lo que el autor Carlos Ayala denomina "**el fenómeno de la Constitucionalización de los derechos humanos reconocidos en los Tratados Internacionales**" (énfasis nuestro).

³ Véase Ayala Corao, C.: 1998, p.8.

Compartimos ampliamente esta innovación, puesto que los Tratados sobre Derechos Humanos tienen características especiales y distintas frente a los otros tratados internacionales, ya que poseen un contenido y una proyección política y humana que constituyen en la época actual la piedra angular que garantiza la supervivencia y desarrollo de la democracia. En este sentido debemos citar lo expresado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la opinión consultiva 2/82, del 24 de septiembre, que señala lo siguiente:

La Corte debe enfatizar, sin embargo, que los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y su fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los Estados contratantes. Al aprobar estos Tratados sobre Derechos Humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su protección.⁴

La posición asumida por la novedosa Carta Magna en cuanto al otorgamiento de rango constitucional (e incluso Supraconstitucional) a todos los instrumentos internacionales contentivos de los derechos humanos, es semejante a la posición asumida por la Constitución de Perú del año de 1978, en su capítulo V: "De los Tratados", contemplado en los artículos 101 al 109.

Dicha Constitución señala en su artículo 105: "Los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos tienen jerarquía constitucional. No pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución".

Similar es la posición asumida por la Constitución de Argentina de 1994; si bien le otorga a los tratados en general una jerarquía "superior a las leyes", a los tratados y declaraciones vigentes sobre derechos humanos que enumera y expresa taxativamente en su artículo 75, inciso 22, les otorga la "jerarquía constitucional".⁵

⁴ Véase Gros Espiell, H.: 1988, p. 307.

⁵ Véase Brewer-Carías, A.: 1999, p. 89. En su libro *Debate Constituyente* aparecen reseñadas las comunicaciones dirigidas a la Comisión de Derechos Humanos y Garantías Constitucionales, entre las cuales se exponen algunos ejemplos de Derecho Comparado que consagran en sus Constituciones la jerarquía constitucional para los Tratados sobre Derechos Humanos; tal es el caso de Perú y Argentina.

Con respecto a los derechos humanos, la derogada Constitución Nacional de 1961 señalaba en su artículo 50 que: "La enunciación de los derechos y garantías contenida en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ella. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos".

Aunque esta disposición no estipulaba la jerarquía constitucional de los Tratados sobre Derechos Humanos, sirvió de base a la Corte Suprema de Justicia (ahora Tribunal Supremo de Justicia) para fundamentar su criterio sobre el rango constitucional de estos tratados, puesto que en nuestro país la Constitucionalización de los tratados sobre derechos humanos estuvo presente en reiteradas oportunidades bajo la vigencia de la Constitución Nacional de 1961; tal es el caso de la sentencia mediante la cual se declaró la inconstitucionalidad de la Ley de Vagos y Maleantes, de fecha 14 de octubre de 1997 en Sala Plena, que estableció:

Al quedar constitucionalizados los derechos humanos, conforme a la disposición contenida en el artículo 50 de la Constitución de la República, la Ley sobre Vagos y Maleantes vulnera "ipso iure" convenciones internacionales y tratados sobre los derechos del hombre, en la medida que dichos instrumentos adquieren jerarquía constitucional.

La Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José) se ha incorporado a nuestro Derecho interno como norma ejecutiva y ejecutable reforzada por la jurisprudencia, la cual le ha dado el carácter de parámetro de constitucionalidad.

Ello entraña la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico interno del régimen previsto en convenciones internacionales. (Consultada en Brewer Carías, A.: 1999, p. 91)

La situación descrita fue superada totalmente por la novedosa Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su artículo 23, antes señalado, donde deja claramente expresado el rango constitucional de los Tratados sobre Derechos Humanos.

Ahora bien, el vigente texto Constitucional acoge en su artículo 22 una disposición parecida a la del derogado artículo 50 de la Constitución Nacional de 1961, donde se mantuvo inalterable la cláusula abierta de los derechos humanos al establecer "La enunciación de los derechos y garantías... no debe entenderse como negación de otros...", lo cual significa que los derechos humanos garantizados y protegidos conforme a la Constitución y otros instrumentos internacionales, no son sólo los enumerados en esos textos, sino todos los demás, que sean inherentes a la persona; es lo que se conoce como

derechos tácitos o implícitos que son los que están "ligados necesariamente al concepto de persona y dignidad humana". (Rincón Eizaga, L.: 2000, p. 63).

Del análisis comparativo de las dos disposiciones se observan las siguientes modificaciones:

- La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (Art.22) agrega "...y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos" (énfasis nuestro), vemos cómo se amplía el reconocimiento de los derechos humanos; abarcando no sólo a los derechos enumerados en el texto constitucional, sino a todos aquéllos establecidos en instrumentos internacionales, tales como: tratados, declaraciones, concordatos, etc., celebrados y ratificados por Venezuela.
- Con respecto al párrafo que establece "...siendo inherentes a la persona humana", el nuevo texto Constitucional eliminó la palabra "humana", lo que significa que incluyó dentro de tal protección a los derechos inherentes a las personas jurídicas; eliminando la distinción que hacía la Constitución del 61, la cual agrupaba únicamente los derechos inherentes a la persona humana.

En definitiva, podemos observar que nuestra nueva Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece una jerarquía distinta para los tratados internacionales; así tenemos:

- a) Rango Constitucional (o Supraconstitucional), si se refiere a Tratados sobre Derechos Humanos.
- b) Rango de Ley en los demás casos, salvo las excepciones establecidas en leyes ordinarias de la República, por ejemplo, la Ley de Aviación Civil.

Con respecto al rango de los Tratados sobre Derechos Humanos el Tribunal Supremo de Justicia se pronunció, en sentencia de la Sala Político-Administrativa el 13 de abril del año 2000, señalando:

Sin embargo, estima la Sala que la adecuada y razonable interpretación de estas disposiciones debe estar orientada por el principio de extensión en cuanto al efectivo alcance y disfrute de los derechos humanos fundamentales, el cual encuentra expreso reflejo en el texto del artículo 23 constitucional, que ordena hacer prevalecer, en el orden interno, a las disposiciones contenidas en tratados, convenios o acuerdos internacionales suscritos válidamente por la República, en la medida que contengan normas sobre el goce y ejercicio de estos derechos que sean más favorables a las establecidas por la propia Constitución y por la ley, imponiendo su aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás Órganos del Poder Público. (Consultada en Pierre Tapia, O.: 2000, Tomo IV, p. 127-133).

1.2.1.1 AUTOEJECUTIVIDAD

Otra innovación, consecuencia de la Constitucionalización de los Tratados sobre Derechos Humanos, es la contemplada en la parte final del citado artículo 23 de la CRBV que expresa: "Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela... son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público" (énfasis nuestro).

No señalaba la Constitución Nacional de 1961 ninguna disposición que estableciera expresamente el carácter auto-ejecutivo de estos instrumentos internacionales sobre derechos humanos⁶, pero debido a la naturaleza especial de los mismos, autores como Molina Vega, J. (1992) (citado por Rincón Eizaga, L.: 2000, p.79) sostenían que "los derechos reconocidos por el Estado venezolano en los tratados internacionales sobre derechos humanos deben considerarse operativos en cuanto de ellos surjan facultades, expectativas, obligaciones y principios jurídicos directamente aplicables como base para la acción de amparo, recursos de inconstitucionalidad o para la actuación de los particulares y la administración pública".

Ante la falta de previsión legal y constitucional que existía en Venezuela sobre el tema, muchos autores consideraban que, en la legislación venezolana, sólo era necesario que el tratado hubiera sido incorporado al ordenamiento jurídico interno, mediante la aprobación legislativa y ratificación del mismo, para que los derechos contenidos en éste pudieran hacerse valer por los ciudadanos que habitan en el territorio venezolano.

En este sentido el autor Pedro Nikken (1991, p. 52) señala:

...la Ley Aprobatoria de un tratado sobre derechos humanos proporciona, pues, un sustrato legal suficiente para que el juez pueda dictar las providencias requeridas para hacer efectiva la garantía debida a esos derechos. Para ello basta, en principio, con el reconocimiento de la vigencia actual del derecho de que se trata, aun sin regulación de las condiciones generales para su ejercicio, pues tales requisitos pueden ser suplidos, en el caso concreto, por decisión judicial.

En efecto, como lo sostiene la autora Rincón Eizaga L. (2000, p. 80-81) expresa que:

...las obligaciones que asumen los Estados partes de respetar y de garantizar los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales sobre

⁶ Véase (Rincón Eizaga, L.: 2000, p. 78s) Con respecto a la auto-ejecutividad de los Tratados sobre Derechos Humanos estando en vigencia la Constitución Nacional de 1961.

derechos humanos son inmediatamente exigibles, en virtud de que precisamente la violación de los derechos protegidos en ellos constituye infracción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Ello ocurre a pesar de que esta clase de convenciones generalmente incluyen, además de la obligación de respetar y de garantizar los derechos reconocidos en su texto, la de adoptar medidas de Derecho interno que permitan efectivizar tales derechos, lo que ha sido interpretado como desproveyendo a estas convenciones de su carácter auto-ejecutivo.

Sin embargo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) en su disposición 2, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 2.2), suscritos y ratificados por Venezuela, consagran la obligación para los Estados partes de garantizar por disposiciones legislativas la efectividad de tales derechos y libertades, sin que ello —a nuestro modo de ver— pueda interpretarse como cercenamiento del carácter auto-ejecutivo de las mismas, ya que la falta de tales medidas legislativas en el orden interno del Estado no podrían conllevar a la no aplicación de tales instrumentos internacionales.

En efecto, el autor Pedro Nikken (1991) sostiene que "sería inconcebible que la exigibilidad de los compromisos contraídos por los Estados partes en función de esa protección internacional de los derechos humanos, tuviera que esperar la adopción de las medidas legislativas o de otro carácter a las que se refieren los artículos 2 de la Convención Americana de los Derechos Humanos y 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ya que es precisamente la carencia o la insuficiencia de dichas medidas la que explica y justifica la salvaguarda internacional". De esa manera funcionaba en el régimen constitucional venezolano anterior la auto-ejecutividad de los Tratados sobre Derechos Humanos.

Lo cierto del caso es que el vacío legislativo existente en la Constitución Nacional de 1961 sobre la materia, fue superado al consagrarse en la parte final del artículo 23 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela la auto-ejecutividad de los Tratados sobre Derechos Humanos; de allí que los derechos reconocidos en los tratados internacionales son automáticamente justiciables en el Derecho interno, por lo que en el caso de la violación de alguno de estos derechos, el particular puede intentar su acción por ante los Tribunales de la República y demás órganos del Poder Público que se hayan destinado al efecto, los cuales están obligados a sentenciar conforme al Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

CONCLUSIÓN

En la idea de que las relaciones internacionales son vitales para el desarrollo de cualquier Estado, ya que ningún miembro de la Comunidad Internacional puede permanecer aislado, debido a que carece de medios para autoabastecerse, experimentando gran retroceso en esta sociedad en donde son evidentes los principios integracionistas y por una tendencia a la globalización; no entendemos la falta de regulación, a nivel legal y Constitucional, que existe en Venezuela acerca de los tratados internacionales, es decir, tenemos una legislación sumamente lacónica e imprecisa en este tema.

La insuficiencia normativa, que a nivel legal existe en Venezuela acerca de la regulación de los tratados internacionales constituye ineludiblemente un gran compromiso para la Asamblea Nacional, como máximo representante del Poder Legislativo, la cual —pensamos— debe sancionar una "LEY PARA LA CELEBRACIÓN DE TRATADOS INTERNACIONALES", tal como ocurre en otras regiones del mundo europeo y latinoamericano; tal es el caso de España, Francia, México, etc.

Entre los objetivos que deben fijarse en esta Ley, consideramos trascendental la unificación de criterios sobre la jerarquía o rango de los tratados en el Derecho venezolano, por cuanto actualmente ciertos instrumentos jurídicos consagran la preferencia de los tratados sobre las leyes; entre éstas la Ley de Aviación Civil, los acuerdos de integración, los tratados sobre derechos humanos, etc. y, por otra parte, el común de las normas legales y constitucionales le otorgan a los tratados el rango de ley, sin ningún tipo de connotación especial, lo cual nos parece una interrogante digna de resolver, por cuanto estos acuerdos internacionales van más allá de la esfera del Derecho Interno extrapolándose a la Comunidad Internacional; de allí que pensamos que éstos ameritan un tratamiento exclusivo y especializado, por lo tanto, en nuestra opinión debe adjudicárseles en el Ordenamiento Jurídico Venezolano una autoridad o rango superior a la de las leyes, todo ello en aras de fortalecer las relaciones internacionales, brindándoles una mayor estabilidad jurídica.

No obstante la nueva Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, aprobada mediante referéndum el 15 de diciembre de 1999, consagró significativos avances en materia de tratados internacionales, y como una de las innovaciones principales, señalamos la Constitucionalización de los tratados sobre derechos humanos y su auto-ejecutividad, concebida como uno de los

progresos trascendentales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual observamos con gran optimismo, y con seguridad, contribuirá a cristalizar y fortalecer el tan vulnerado estado de derecho en nuestro País, garantizándose de esta manera el respeto universal a los derechos y libertades fundamentales del hombre con una protección que trascenderá más allá de las fronteras del Estado.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

AYALA CORAO, C.: *Del Amparo Constitucional al Amparo Interamericana como institutos para la protección de los Derechos Humanos*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, San José, 1998.

BREWER-CARIAS, A.: *La Constitución de 1999*. Editorial Arte. Caracas-Venezuela, 2000.

_____: *Debate Constituyente*. Editorial Jurídica Venezolana. Tomo II (9 de septiembre – 17 de octubre de 1999). Caracas, 1999.

_____: *Los Derechos Humanos en Venezuela: casi 200 años de historia*. Serie Estudios. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas-Venezuela, 1999.

_____: *Jurisprudencia de la Corte Suprema (1930-1974) y Estudios del Derecho Administrativo. Primera Parte: Estudios: "Algunas Consideraciones sobre el Control Jurisdiccional de la Constitucionalidad de los Actos Estatales en el Derecho Venezolano"*. Tomo IV. Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1997.

CALVO VACA, E.: *Código de Procedimiento Civil de Venezuela* Ediciones Libbra. Caracas Venezuela, 2000.

GUTIÉRREZ ESPADA, C.: *Derecho Internacional Público*. Editorial Trotta, S.A. España-Madrid, 1995.

HERRENDORF, D. y BIDART CAMPOS, G.: *Principios de Derechos Humanos y Garantías*. Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera (EDIAR). Buenos Aires, 1990.

LARES MARTÍNEZ, E.: *Manual de Derecho Administrativo*. Décima Primera Edición. Universidad Central de Venezuela. Caracas-Venezuela, 1998.

NIKKEN, P.: *Código de Derechos Humanos*. Colección Textos Legislativos No.12. Editorial Jurídica Venezolana y Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico de la UCV. Caracas, 1991.

PEÑA SOLÍS, I.: *Lineamientos de Derecho Administrativo: El Derecho Administrativo y sus Fuentes*. Volumen II. Universidad Central de Venezuela. Caracas-Venezuela, 1997.

RINCÓN EIZAGA, L.: *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su incorporación en el Derecho Interno Venezolano*. Universidad del Zulia, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Maracaibo-Venezuela, 2000.

SIERRA, M.: *Tratado de Derecho Internacional*. México, 1947.

TORO JIMÉNEZ, F.: *Manual de Derecho Internacional Público*. Universidad Central de Venezuela. Volumen I. Caracas, 1982.

Artículos científicos

NIKKEN, PEDRO: "Sobre el Concepto de Derechos Humanos". *Revista Tachirense de Derecho* No. 3. San Cristóbal, Universidad Católica del Táchira. Enero-Junio de 1993.

VARGAS CARREÑO, EDMUNDO: "La recepción del Derecho Internacional en el ordenamiento Jurídico Venezolano. La Constitución de 1961, ¿dualista o monista? Estudio sobre la Constitución". *Libro Homenaje a Rafael Caldera*. Tomo III. Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, 1979.

Legislación

Constitución de la República de Venezuela. (1961). *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*, N° 3.357 (Extraordinario).

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, N° 5.453 (Extraordinario). Marzo del 2000.

Congreso de la República de Venezuela. *Ley de Aviación Civil de Venezuela*. *Gaceta Oficial*, No. 24.766 del 09-06-55.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Hecha en Viena, el 23 de mayo de 1969.

Jurisprudencia

CSJ: Sentencia dictada en un recurso de inconstitucionalidad de un artículo de la Ley Aprobatoria del Tratado de Extradición suscrito entre Venezuela y los Estados Unidos de Norteamérica, de fecha 29-4-65, *Gaceta Oficial* N° 958, Extra. 21-5-65

Revista de Derecho Público. Sentencia de la Sala Político Administrativa, de fecha 10-7-90. p. 96-101.

BREWSTER-CARÍAS, A.: *Debate Constituyente*. Sentencia de fecha 14 de octubre de 1997 en Sala Plena. p. 91.

OSCAR PIERRE TAPIA: Sentencia de la Sala Político Administrativo el 13 de abril del año 2000. Tomo 4, abril 2000. p. 117-133.

La Cláusula Enunciativa de los Derechos Humanos en la Constitución venezolana

Agustina Yadira Martínez*
Innes Faria Villarreal**

INTRODUCCIÓN

El artículo 22 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, encuentra su antecedente mediato en la enmienda IX de la Constitución de los Estados Unidos de América de 1791, incluido, con ciertas modificaciones, en los textos constitucionales venezolanos desde la Constitución de 1909 en su artículo 25.

En la referida disposición normativa, se reconoce de manera expresa la existencia de derechos humanos, inherentes a la persona humana no reconocidos directamente en el texto constitucional y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos encuentran su principal fuente, de acuerdo a la doctrina tanto nacional como extranjera, en los tratados o acuerdos internacionales, a saber: el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos perteneciente al sistema universal de protección de los derechos humanos; y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos conocida también como el Pacto de San José, en el sistema interamericano.

Sin embargo, en la práctica jurídica venezolana aún se presentan problemas e inconvenientes en torno a la protección de los derechos constitucionalmente implícitos, debido a las dificultades interpretativas que plantea la norma contenida en el artículo 22. La disposición al contemplar "*derechos inherentes a la persona*", sin fijar cuáles son sus parámetros para determinarlos, deja impreciso su alcance, por lo tanto ha sido labor de la doctrina y de la jurisprudencia emanada del Máximo Tribunal de la República, llámese Corte Suprema

* Doctora en Derecho. Docente e Investigadora adscrita al Instituto de Estudios Políticos y Derecho Público. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad del Zulia.

** Doctora en Derecho. Profesora de la Universidad Rafael Urdaneta

de Justicia o Tribunal Supremo de Justicia, señalar los alcances del referido artículo.

Con el propósito de intentar responder al asunto planteado analizamos básicamente los siguientes puntos: el primero, configurado por el origen, interpretación y principales consecuencias de la inclusión en las cartas constitucionales de cláusulas enunciativas que permitan establecer una carta abierta de derechos humanos; el segundo, la determinación del criterio capaz de conceptualizar y caracterizar los derechos inherentes a la persona humana y el tercero, mostrar el pronunciamiento del Tribunal Supremo de Justicia venezolano sobre este criterio.

A tales fines, se utilizan las estrategias de investigación descriptiva y documental sustentadas en el método analítico, las fuentes para la recolección de información atienden a tres niveles de profundidad, vale decir: nivel doctrinal, legal y jurisprudencial. Y se tiene en cuenta, la doctrina nacional y extranjera en torno al tema, y las normas contenidas en tratados o acuerdos internacionales sobre derechos humanos.

1. LA CARTA ABIERTA DE LOS DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

En la actualidad, la tutela de los derechos del ser humano, se caracteriza por insertar en el seno de los documentos constitucionales amplios catálogos que enumeran las posiciones subjetivas tuteladas, es decir, se muestra su especificación y positivización. En este sentido, Rolla (1997:48), expresa que, "...basta con leer los textos de las constituciones para darse cuenta de que los elencos de los derechos de las personas tienden a ser cada vez más articulados y minuciosos, diferenciándose de la esencialidad de la Constitución norteamericana y de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. De la misma forma que es posible destacar que la tendencia a una amplia codificación de los derechos, se manifiesta, sobretudo, en las constituciones que se han formado sobre la base de una ruptura política institucional, como respuesta a la crisis de regímenes autoritarios

Tal situación caracteriza a las constituciones de los países de América Latina, donde se han establecido nuevos ordenamientos democráticos y la especificación detallada de los derechos reconocidos como fundamentales, lo cual induce a subrayar en las cartas constitucionales los perfiles de la dignidad y de la libertad de la persona, conculcados repetidamente por los regímenes autoritarios.

Esta amplia y analítica positivización de los derechos de la persona, no es por sí sola, índice de una tutela efectiva y sustancial de esos derechos, porque por muy necesario e importante que sea la inserción de estos grandes catálogos en el texto de las constituciones, no permite según Rolla (1998: 49), determinar con inmediatez su nivel de efectividad que sólo puede ser reconstruido verificando la presencia de otras opciones constitucionales y la previsión de específicos remedios procesales.

Por tal razón, en los países latinoamericanos se ha puesto en boga, sobretudo a partir de la segunda mitad del siglo XX, introducir fórmulas constitucionales que permiten una ampliación de la carta de derechos reconocidos en el ámbito nacional, tanto por la vía normativa como jurisprudencial.

Estas normas constitucionales otorgan por interpretación evolutiva incorporar a la constitución de cada país las normas internacionales sobre los derechos fundamentales, o bien reconocen a dichas normas una fuerza superior a la de la ley ordinaria. Las técnicas constitucionales utilizadas en esta materia para incorporar los derechos humanos al rango constitucional, son diversas: por vía de someter la interpretación de los derechos a los instrumentos sobre derechos humanos; al declarar el reconocimiento expreso de los derechos humanos, contenidos en diversos instrumentos internacionales; y por las cláusulas abiertas (no taxativas) de los derechos constitucionales (Ayala Corao, 1998).

Las constituciones del continente americano, en su gran mayoría, hacen referencia a otros derechos humanos, garantizados y protegidos, fuera de aquellos previstos en la constitución, pues tal como lo afirma Brewer-Carías (1996) prevén una declaración supletoria por los derechos que puedan omitirse, considerando que ello no significa una negación de su existencia, estableciéndose así un sistema *numerus aperturus* de las libertades públicas o de derechos y garantías implícitas.

Un claro ejemplo de esta tendencia se encuentra en el artículo 22 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cuyo antecedente inmediato lo constituye el artículo 50 de la Constitución de 1961, el cual en su primera parte revela que, los derechos y garantías enunciados en esa constitución no debe entenderse como negación de otros inherentes a la persona humana, no expresos en su texto.

El texto constitucional vigente, dispone de una norma muy similar al artículo *in comento*, agregando a diferencia de aquel, "y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos", con lo cual se admiten expresamente en

el texto constitucional los tratados internacionales¹, tal disposición expone que “la enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos”.

La Constitución de Colombia de 1991, contiene en su artículo 94 una norma similar a la contenida en el citado artículo 22 de la Constitución venezolana vigente que el texto venezolano incluyendo además de los derechos enumerados en el texto constitucional, los contenidos en los convenios internacionales, dicho artículo expresa que “la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”.

En este mismo sentido, aunque con ciertos matices, pues no siempre se hace referencia a los derechos inherentes a la persona humana o su dignidad, se expresan varias constituciones latinoamericanas, entre las cuales se encuentran: la Constitución de Brasil, artículo 5 —LXXVII— 2; la Constitución de Argentina, artículo 33; la Constitución de Bolivia, artículo 35; la Constitución de Costa Rica, artículo 74; Constitución de la República Dominicana, artículo 10; Constitución de Ecuador, artículos 19 y 44; la Constitución de Guatemala, artículo 4; la Constitución de Honduras, artículo 63; la Constitución de Nicaragua, artículo 46 que menciona explícitamente varios instrumentos internacionales; la Constitución de Paraguay, artículo 80; la Constitución del Perú, artículo 4; la Constitución de Uruguay, artículo 72.

Estas cláusulas enunciativas de derechos humanos son de enorme importancia, por cuanto cuando una constitución las incorpora a su texto está llamando la atención para hacer comprender que no es indispensable que cada derecho disponga de una norma expresa que le sea favorable porque, y tal como lo señala Bidart (1994: 15), aunque no la haya, existe un espacio abierto con suficiente amplitud donde se puede y se debe brindar hospitalidad a derechos que no están enumerados en el conjunto normativo de la constitución.

¹ A propósito de tal situación, y en virtud de la convocatoria del poder constituyente para elaborar el vigente texto constitucional, veníamos insistiendo en trabajos anteriores sobre la conveniencia de consagrar tales derechos de manera expresa, así como la institución del Ombudsman a nivel nacional. Al respecto ver: Martínez, Agustina. 2000 en *Revista Cuestiones Políticas* Nº 24.

2. ANTECEDENTES DE LA CLÁUSULA ENUNCIATIVA DEL ARTÍCULO 22 DE LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA

En la segunda mitad del siglo XX la constitucionalización de los derechos humanos ha venido ganando terreno. La Constitución venezolana de 1999 posee varias referencias que apuntan hacia esa dirección. Muestra de tal afirmación, lo constituyen la exposición de motivos, el Preámbulo y principalmente el artículo 22 de la Carta Magna, el cual amplía la consagración constitucional de los derechos humanos mas allá de lo taxativo a condición de que se trate de derechos “inherentes” a la persona humana, recogiendo de esta forma su carácter progresivo, el cual, debe ser enfatizado por muchas razones, y esencialmente, porque demuestra la posibilidad de su expansión y su desarrollo.

Ante la característica de progresividad de los derechos humanos, la tendencia del constitucionalismo americano moderno, ha sido la de establecer en las constituciones, una carta abierta de derechos, en la cual se realiza una enumeración expresa de derechos de diversa índole, conocidos como *derechos constitucionales expresos*, y se establece una norma que abre la posibilidad de reconocerle rango de derechos constitucionales a todos aquellos derechos inherentes a la persona humana, que no constaban a la conciencia colectiva en los momentos de formulación del texto constitucional (Kirchhof, 1991: 254), y a su pesar tendrán una respuesta fundada en el mismo.

Esa norma recibe diversos calificativos tales como: cláusula enunciativa de derechos, cláusula *numerus aperturus* y cláusula enunciativa de derechos implícitos, y con ella el constituyente advierte que el sistema de derechos no se reduce a los que se hallan enumerados, por cuanto existen otros, a los que cada constitución les atribuye una ascendencia superior. Los derechos reconocidos en esas cláusulas son denominados en la doctrina *derechos constitucionales tácitos o implícitos*, y para saber cuáles son, se alude al origen que da nacimiento a estos últimos, con remisiones diferentes en su vocabulario, pero de similar sustrato filosófico: la forma republicana, la soberanía popular, la naturaleza humana y la dignidad del hombre (Bidart Campos, 1994 y 1997), siendo esta última la terminología más empleada. Estos derechos son conceptualizados, como aquellos inherentes a la persona humana carentes de norma expresa en el texto constitucional, pero, reconocidos como constitucionales por ser inherentes a la persona humana.

Esta práctica usual del constitucionalismo americano, de establecer una carta abierta de derechos, fue recogida por la Convención Americana sobre Dere-

chos Humanos de 1969, en su artículo 29, literal c, el cual establece que, "ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de excluir o limitar el efecto que pueda producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre o excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno".

El antecedente mediato de esta tendencia se encuentra en la enmienda IX de la Constitución de los Estados Unidos de 1791 para la cual, *"la enumeración de la Constitución, de algunos derechos, no puede ser interpretada como negación de otros pertenecientes al pueblo"*.

La citada disposición influyó en el constitucionalismo latinoamericano siendo recogida por primera vez en el artículo 33 de la Constitución Argentina de 1853, en los siguientes términos: *"las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y la forma republicana de gobierno."*

En Venezuela, esta corriente es aceptada por primera vez en la Constitución de 1909 en su artículo 25, el cual expresamente establece que, *"la precedente enumeración de derechos no debe entenderse como una negación de cualesquiera otros derechos que puedan corresponder a los ciudadanos y que no estén comprendidos en este título."*

Posteriormente, esta norma se contemplada con pocos cambios en los textos constitucionales de los años 1925, 1928, 1929, 1931 y 1936, mostrando una leve variación en la Constitución de 1945, la cual en su artículo 34, establecía que, *"la enunciación de derechos expresada en los artículos que anteceden no debe entenderse como una negación de cualesquiera otros que puedan corresponder a los venezolanos y que no estén comprendidos."*

Es de resaltar la disposición contenida en el artículo 2 de la Constitución de 1946, el cual estaba limitado a los derechos políticos, excluyendo las otras categorías de derechos. Dicha norma expresaba, que *"la enunciación de los derechos políticos que anteceden no deben entenderse como una negación de todos los otros que correspondan a los venezolanos en su condición de hombres libres y dignos y que no le habían sido suspendidos ni limitados"*.

En 1947, se volvió a la fórmula original que no discriminaba entre los derechos políticos y el resto de los derechos humanos. Dicha norma, sin embargo se omitió en los textos constitucionales de 1904, 1922 y 1953, siendo esta úl-

tima la más notoria, ya que antecede a la Constitución de 1961, cuyo artículo 50 dispone que *"la enunciación de los derechos y garantías contenidas en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que siendo inherentes a la persona humana, no figuran expresamente en ella. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos."*

El citado artículo 50 constituye un aporte de suma importancia a la jurisdicción constitucional en el ámbito de los derechos humanos, su importancia se deriva del carácter enunciativo que tiene para los derechos humanos, "como inherentes al ser humano", y de permitir inferir derechos inherentes al ser humano que Venezuela reconoce en los tratados internacionales ratificados en la materia, producto de formar parte de la comunidad internacional y de ser miembro de diferentes organizaciones, entre ellas la ONU, con carácter universal y la OEA, como organización regional (Martínez, 2000: 128).

La disposición transcrita es objeto de un análisis específico y detallado en el presente trabajo, por cuanto ella es la predecesora e inspiradora del artículo 22 de la Constitución de 1999.

3. EL ARTÍCULO 22 DE LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA

La Constitución venezolana de 1999, se une a la tendencia del constitucionalismo moderno al dejar, en su artículo 22, abierta una puerta para reconocer como derechos constitucionales todos aquellos derechos inherentes a la persona humana no contenidos en su texto de manera expresa; e incluye en dicho precepto legal a los tratados internacionales sobre derechos humanos, razón por la cual no debe entenderse el catálogo de derechos en ella contenido y en los tratados internacionales como absoluto o definitivo. Así el artículo 22 de la Carta Magna, señala textualmente que, *"la enunciación de los derechos y garantías contenidas en esta Constitución y en los tratados internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ella. La falta de Ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos"*.

La disposición citada, extiende los efectos de los derechos y garantías que la Constitución enuncia a otros que "siendo inherentes a la persona humana" no están estipulados literalmente ni en su cuerpo normativo, ni en los tratados internacionales sobre derechos humanos.

Surge en este punto, la interrogante, sobre ¿qué se debe entender por derecho inherente a la persona humana? Para dar una respuesta, a la pregunta planteada, es necesario adentrarse en el fundamento filosófico jurídico de los derechos humanos, específicamente la *tesis iusnaturalista*. Para los seguidores de esta corriente filosófica, al hombre, por naturaleza y esencia, le corresponden ciertos derechos que le son indispensables para vivir una vida cónsona con su categoría de persona, la cual lo eleva por encima del resto de los habitantes de la Tierra.

Conforme a esta escuela, el hombre se encontraba en estado de naturaleza pleno de libertad, manifestada por derechos naturales innatos y mediante un contrato social pasa a la sociedad política o Estado. Al celebrarse el pacto, los derechos le son reconocidos, pero con las limitaciones necesarias para la convivencia social (Monroy, 1981), pues, los derechos no son independientes de la sociedad sino inherentes a la misma, ellos, constituyen, en realidad, "...las condiciones de la vida social, sin las cuales no puede ningún hombre perfeccionar y afirmar su propia personalidad..." (Laski en Monroy 1981:1).

El hombre, es pues, un ser racional, dotado de capacidad y entender, a él no le está dado de ante mano nada, él es libre de decidir en cada instante de su vida los actos que va a realizar y la postura que va a asumir, todo dentro de un marco moral que el acepta con cierta libertad. Esta capacidad de construir su vida y ajustarla a determinados valores morales, hace del hombre un ser digno, merecedor de respeto, y al mismo tiempo hacen de la libertad el valor supremo de la libertad humana (Verna, 1980).

Esa dignidad intrínseca a cada hombre, conlleva a que cada ser humano posea una serie de derechos fundamentales, que deben serle reconocidos universalmente y que su desconocimiento acarrea su desnaturalización y su degradación en su calidad de hombre. Estos derechos básicos e inalienables son los derechos humanos.

De tal forma, que los derechos humanos, de acuerdo a la tesis sostenida y defendida por la Escuela del Derecho Natural, pueden ser considerados inherentes a la persona por ser innatos a su esencia. En este sentido, el más alto Tribunal Venezolano los ha fundamentado, aun cuando autores como (Bobbio, 1991: 63-64) encuentran que el problema grave de nuestro tiempo respecto a los derechos humanos, se encuentra en su protección y no en su fundamentación, este mismo autor considera el problema del fundamento no como inexistente, en un cierto sentido, resuelto, y llama la atención a no preocuparnos más de su solución. En nuestro caso, es esencial resolver todos estos dilemas con el propósito de darles garantía y aplicabilidad, por lo tanto, y al

respecto se ha pronunciado el más Alto Tribunal Venezolano sentando el fallo que establece:

...que los derechos inherentes a la persona humana son las facultades de hacer o de no hacer que se deben considerar inseparables del ser humano en cuanto tal y como totalidad no desintegrable en sus fines fundamentales ni respecto a los medios que sean necesarios para la consecución de estos últimos. Los derechos inherentes al ser humano, se caracterizan pues, por un marcado acento subjetivo e individual cuyos fines no pueden ser confundidos con los que atañen a otros entes como el Estado. Es por ello que Carlos Sánchez Viamonte, en Argentina, ha expresado que aquellos derechos existen en función del individuo y que nacen y mueren con el titular o sujeto del derecho, siendo calificados como subjetivos, cualitativos, intrínsecos, inalienables, intransferibles e indelegables...”, agregando además que, "...de acuerdo a la concepción doctrinaria más avanzada, a la conformación de dicha totalidad concurren no solamente los derechos individuales, sino también los políticos, los sociales y los económicos, habida cuenta de que el ser humano no puede conservar su unidad como tal en funciones de plenitud respecto a sus fines humanos y sociales fundamentales, si carece de alguna de las vertientes de derechos señalados..." (CSJ/SPA², 11-1993, en Pierre Tapia N° 11: 57).

Esta posición, sin embargo, no es del todo aceptada por la doctrina, ya que existen sectores que plantean, muy por el contrario, que los derechos humanos son conquistas históricas de la humanidad, dentro de este grupo se ubican los *materalistas* y *historicistas*.

Encontrándose por otra parte, a los *sociologistas* quienes condicionan la existencia de los derechos humanos a las circunstancias sociales; para ellos, los derechos humanos no son parte del hombre por serlo, sino por pertenecer a una sociedad en un tiempo determinado.

Se considera que estas dos últimas tesis, pueden equipararse en el sentido de que las conquistas históricas de la humanidad a las cuales hacen referencia, no pueden ocurrir en otro lugar distinto de la sociedad, acaecen en un momento determinado y llegan a ser históricas, porque ocurren en diferentes periodos de tiempo. Aceptar estas tesis tal y como han sido expuestas, puede llegar a poner en duda la existencia misma de los derechos humanos.

² Las siglas y abreviaturas que se utilizan en este trabajo son: CN: Constitución Nacional de Venezuela de 1961; CSJ/SPA: Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa; CSJ/SCC: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, CRBV: Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999.

En efecto, si bien los derechos son innatos al ser humano y están con él desde su nacimiento, éstos no han sido identificados y reconocidos como tales, en un solo momento, sino que por el contrario dependiendo de las circunstancias históricas en una u otra etapa, unos fueron reconocidos primeros que otros, así las declaraciones norteamericana y francesa, recogieron en principio los derechos civiles y políticos, llamados también derechos de primera generación, y los derechos económicos sociales y culturales de segunda generación, se reconocieron cronológicamente mucho después, este proceso histórico enmarca las consecuencias de las circunstancias propias de la época en la cual surgieron, por ejemplo: los primeros están destinados a garantizar la libertad frente al Estado y por lo tanto en "...*ambas declaraciones comparten el mismo objetivo, de proteger a los ciudadanos del absolutismo...*" (Martínez, 1995:138), estableciendo límites a la actuación del soberano.

Efectivamente, tras el reconocimiento de los derechos individuales, con la entrada del siglo XX, el nacimiento de un nuevo constitucionalismo y los movimientos obreros generó una nueva visión de los derechos del hombre, emprendiendo la defensa de los derechos humanos desde una perspectiva colectiva, mucho más amplia. La Revolución Mexicana y la Rusa de 1917, constituyen hechos históricos determinantes para la consagración jurídica de estos derechos colectivos que han sido denominados derechos económicos, sociales y culturales en las legislaciones internas.

La cronología histórica demuestra que el enjambre de derechos que hoy acumula el derecho constitucional comparado y el derecho internacional de los derechos humanos no es igual al que a los albores del siglo XVIII se daban por satisfecho el contenido del Estado democrático, pues al concluir el siglo XX existen derechos que antes "*o, con una terminología que nos es muy cara, hay nuevos derechos y contenidos nuevos en derechos viejos*" (Bidart, 1997: 68).

Significa, que los derechos no han sido producto de circunstancias específicas, sino que esos acontecimientos impulsaron su positivización, los cuales por ser innatos han acompañado al género humano desde siempre, sólo que el hombre fue reconociéndolos con el devenir histórico y la fuerza de los acontecimientos. Destaquemos aquí además, se han desarrollado en un sistema de valores a ser realizados como derechos positivos.

Castán Tobeñas (1986:136), al analizar los aspectos negativos y positivos de las declaraciones de derechos, afirma que "*...las declaraciones de derechos tienen una significación circunstancial y efímera porque responden a momentos en que los pueblos, por mutaciones políticas o acontecimientos extraordinarios, sienten la necesidad de abrir una nueva etapa y hacer pública la*

manifestación de sus convicciones ideológicas...", tesis sostenida en las líneas anteriores, referente a la influencia que han ejercido los acontecimientos políticos, económicos y sociales, para que en un momento específico se reconozcan jurídicamente como derechos humanos, facultades que anteriormente no gozaban de ese rango.

Por lo tanto, resulta superfluo aceptar netamente el carácter histórico de los derechos humanos. En la actualidad, se reconoce el carácter histórico de tales derechos, y el principio de progresividad, según el cual la formulación del contenido de los derechos humanos es perfectible, en la medida que se van desarrollando los pueblos y se van generando necesidades que deben ser satisfechas, y se amplía también el ámbito de protección de los derechos humanos, para ceder el paso al proceso evolutivo de la humanidad.

Del igual modo, es importante destacar en este análisis que la norma del artículo 22 de la Constitución venezolana de 1999, resalta como jurídicamente importante el carácter o no de "*inherente a la persona humana*", siendo esto determinante a la hora de establecer si gozan de tutela jurídica al respecto, Nikken (1991:44) plantea que "*es por esa razón y no por el hecho de figurar en el articulado de la constitución, que esos derechos deben ser considerados como atributos inviolables que por fuerza de la dignidad humana, deben ser objeto de protección y garantía del Estado*".

La distinción, en cuanto al tratamiento y régimen jurídico de los derechos basada en el criterio de que figuren o no literalmente en el texto de la constitución, en cierto sentido es conveniente, sin embargo lo relevante para determinar si se está frente a un derecho que merezca la protección que la constitución acuerda para los expresamente enumerados en ella, no es tanto que figuren en tal enunciado, sino que puedan ser considerados como inherentes a la persona humana. De tal forma, que del artículo 22 de la Constitución de 1999, resulta que los derechos humanos merecen protección más por ser atributos innatos a la persona humana, que por figurar expresamente en el enunciado constitucional o en un instrumento internacional.

Ahora bien, establecida la trascendencia de calificar un derecho como inherente a la persona humana, es necesario fijar el criterio que debe seguirse para determinar cuando un derecho debe ser tenido como derecho "*inherente a la persona humana*". Ante tal dificultad interpretativa, bajo la vigencia de la derogada Constitución venezolana de 1961, tanto la doctrina como la jurisprudencia patria aportaron soluciones similares dejando sin solucionar el problema por completo, tal y como se mostrará en adelante.

4. Los Derechos Inherentes a la Persona Humana: su criterio calificador

Desde el punto de vista doctrinario, al determinar que los derechos deben ser entendidos como inherentes a la persona humana, surgen a propósito "...la circunstancia de que determinados derechos sean proclamados internacionalmente como inherentes a la persona humana, lo cual constituye un término de referencia objetivo basado en patrones universales..." (Nikken en Ayala Corao, 1996: 760); se trata de verificar diferentes convenciones internacionales referidas a los derechos humanos las cuales los califican como inherentes a la persona humana, tal es el caso de los Preámbulos del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; del Pacto Internacional de Derechos Cíviles y Políticos, de la Convención Internacional sobre la Eliminación a todas las Formas de Discriminación Racial, de la Convención contra la Tortura y Tratos y Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; y el de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los cuales los definen como atributos a la persona humana; y, porque además de hacer estas menciones expresas de los derechos humanos como "inherentes" o "atributos", el mismo principio figura conceptualmente en la generalidad de la convenciones internacionales sobre la materia. Varios autores comparten este criterio Nikken (1991), Ayala Corao (1996) y Rondón de Sansó³ (1998).

La tesis anterior, elaborada bajo la égida del artículo 50 de la Constitución de la República de 1961 configura un régimen particular, dentro del derecho interno venezolano, para los derechos humanos reconocidos por tratados en los cuales Venezuela forma parte, por cuanto el artículo 50 permite, concluir que los derechos humanos recogidos en tales instrumentos tienen en todo caso, rango constitucional, y que además fuera de toda duda, son justiciables ante los tribunales internos. Los derechos humanos internacionalmente protegidos gozan en el derecho interno, de la protección judicial propia de los derechos constitucionales. Esa conclusión es una consecuencia de lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 50 de la Constitución del 61, que eleva esos derechos a un rango constitucional y los hace merecedores de todos los medios de defensa constitucionales.

Sin embargo, la anterior concepción encuentra cierta oposición, en el citado artículo 22 del texto constitucional vigente (1999), por cuanto el mismo prescribe de forma implícita, que inclusive los derechos humanos consagrados en

³ "...la metodología que hace algunos años sugiriera para determinar el alcance de la noción (inherentes a la persona humana), fue la de escoger un ejemplo paradigmático de enunciación de los derechos humanos en una de las tantas convenciones universales sobre la materia..." (Rondón, 1998:181)

los tratados internacionales no deben ser considerados como absolutos, dejando en tal sentido una puerta abierta para considerar como derechos inherentes a la persona humana, incluso aquellos derechos que no se encuentran explícitamente consagrados en la constitución, y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

Lo descrito obedece a la evolución que el concepto de derechos humanos ha tenido, tanto en el derecho constitucional como en el derecho internacional. En la actualidad, no se alberga duda alguna de que el contenido de los derechos humanos es progresivo, en el entendido de que avanzan con el desarrollo de la humanidad. En la medida que transcurre el tiempo, las declaraciones y cartas sobre derechos humanos, cada vez incluyen en su contenido un número mayor de derechos reconocidos como inherentes a la persona humana, de los cuales no se tenía ni la menor idea en épocas anteriores, aun cuando este proceso no ha sido continuo.

Afirmar que los derechos inherentes a la persona humana, son aquellos reconocidos como tales en los tratados o acuerdos internacionales, es aceptar que los mismos son inmanentes o innatos a los seres humanos, y por otro lado, implica reconocer que existen otros derechos inherentes, aún no contemplados en los tratados o acuerdos internacionales. Esta situación, abre un compás en el círculo de las fuentes de estos derechos, permitiendo incluir algunas no consideradas tradicionalmente, tales como la práctica administrativa, por otro lado, la concepción iusnaturalista toma un nuevo aire y un mayor impulso, frente a la acérrima oposición positivista.

En tal sentido, el Tribunal Supremo de Justicia puede tutelar como constitucional un derecho no contenido ni en la Constitución Nacional, ni en los tratados internacionales sobre derechos humanos, por considerar que el mismo es inherente a la persona humana, incorporándolo al catálogo de derechos constitucionales implícitos.

4. INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL SOBRE LA DEFINICIÓN DE LOS DERECHOS INHERENTES A LA PERSONA HUMANA

La jurisprudencia de la extinta Corte Suprema de Justicia, hoy Tribunal Supremo de Justicia, al interpretar el artículo 50 de la derogada Constitución venezolana de 1961 equivalente al artículo 22 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, han manejado el mismo criterio sostenido por la doctrina. De tal forma, la jurisprudencia del referido tribunal,

es conforme en considerar que los derechos inherentes a la persona humana son derechos naturales o universales, contenidos normalmente en instrumentos internacionales o nacionales. Esto se extrae del fallo de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa de fecha treinta y uno de enero de 1991, Caso: "Diputado Anselmo Natale vs. Presidente de la Cámara de Diputados", en la cual la *a quo* expresó:

...Se denuncia por último, la lesión del derecho adquirido que tiene el accionante de ejercer la presidencia de la Comisión Permanente de Vigilancia y Atención de Asuntos Vecinales de la Cámara de Diputados durante el actual periodo de sesiones, el cual dice se constitucionaliza como un derecho inherente a la persona humana de conformidad con el artículo 50 de la Constitución. A este respecto la Corte observa que el señalado artículo 50 tiene por objeto constitucionalizar los derechos inherentes a la persona humana, consagrando la existencia de derechos implícitos que pueden ser igualmente amparados aunque no se encuentren expresamente consagrados en el Texto Fundamental. Tales derechos inherentes de la persona humana son derechos naturales, universales, que tienen su origen y son consecuencia directa de las relaciones de solidaridad entre los hombres, de la necesidad del desarrollo individual de los seres humanos y de la protección del medio ambiente. Dichos derechos comúnmente están contemplados en Declaraciones Universales y en textos nacionales o supranacionales y su naturaleza y contenidos como derechos humanos no debe permitir duda alguna por ser ellos de la esencia misma del ser y, por ende, de obligatorio respeto y protección. La Corte es del criterio que el pretendido derecho que alega tener el accionante a presidir la Comisión Permanente de Vigilancia y Asuntos Vecinales, no es uno de esos derechos inherentes a la persona humana a los que alude el artículo 50 constitucional. Por tanto no puede entenderse como un derecho constitucional implícito, susceptible de convertirse en un derecho subjetivo constitucional a ser amparado por este medio judicial, y así finalmente se declara..." (CSJ/ SPA, 31-01-1991, en Pierre Tapia, No.1: 54).

Se considera, entonces, a los derechos humanos inherentes a la persona humana, por ser ellos de la esencia misma del ser, y por tanto de obligatorio respeto y protección. En este mismo sentido, se ha pronunciado la Corte en fallo del quince de diciembre de 1998 donde ha afirmado que, "...la norma contenida en el artículo 50 de la constitución hace que se consideren incorporados al sistema garantístico venezolano los principios consagrados en los tratados internacionales suscritos por la República..." (CSJ/ SPA, 15-12-1998 en Pierre Tapia N°12:163).

6. ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 22 DE LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA

Al analizar e interpretar el referido artículo 22, y en aras de un mejor y mayor entendimiento de la norma, es necesario considerar algunas conclusiones, sobre el artículo 50 de la Carta Magna de 1961.

Al respecto Nikken (1991), afirma que en primer lugar, en virtud de esta disposición normativa el catálogo de derechos constitucionales e internacionales debe entenderse de carácter enunciativo y no taxativo o limitativo, de lo que se infiere, que aparte de los expresamente allí disciplinados existen otros, no especificados en esos cuerpos normativos. En segundo lugar, los derechos enumerados, en los textos constitucionales e internacionales, no agotan los que deben considerarse como "inherentes a la persona humana". En tercer término, colige que, todos los derechos contenidos en la constitución y en los tratados de manera expresa, son considerados como "inherentes a la persona humana". Aceptando de esta forma que los derechos humanos son consustanciales con el ser humano, argumento central de tesis iusnaturalista, y en cuarto y último lugar, la circunstancia de no figurar expresamente en los referidos textos no debe entenderse en desmedro de la protección que merece, siempre que haya sido admitido que es un derecho inherente a la persona humana.

A la par de estas conclusiones, se deben agregar otras que se infieren igualmente de la norma in comento. Del artículo 22, sin lugar a dudas se desprende, que la constitución prevé expresamente la posibilidad de existencia de lagunas constitucionales. En este mismo sentido, y con antelación a la Constitución de 1999, se ha expresado la Corte Suprema de Justicia, al apuntar que:

...es importante destacar que el artículo 50 consagra expresamente la posibilidad de la laguna constitucional, en el sentido de que una exigencia de derecho, fundamentada objetivamente por las circunstancias, sociales, políticas, y económicas dadas, no encuentren satisfacción en la Constitución misma. Pero cuando el artículo 50 habla de derechos no enumerados o implícitos es la propia Constitución la que consagra la posibilidad de la laguna, no siendo esta el resultado de una decisión del interprete..." (CSJ/ SPA, 11-11-1992, en Pierre Tapia N°11:164).

Esta tesis aceptada por la Sala Político Administrativa de la Corte ha sido reiterada, en fallo de fecha 13 de mayo de 1998, en cuya oportunidad expresó que:

...para esta Sala, atendiendo a los principios del Derecho Natural que impone una situación justa a una solución concreta, la formulación de la nor-

ma no puede reflejar todas las situaciones especiales que se presentan, ya que ello supondría el conocimiento previo de cada uno de los casos susceptibles de regulación. Dicho de otro modo, la Ley perfecta podría encerrar tantas normas como situaciones particulares, lo cual es un imposible, tanto porque ésta sería la obra más sabia e inteligente de los legisladores..." (CSJ/ SPA, 13-05-1998, en Pierre Tapia N° 5: 263).

Otra premisa que se infiere de la analizada disposición normativa, es aquella según la cual en Venezuela serían aplicables directamente, y en todo momento todas las Convenciones en materia de derechos humanos, incluso las no ratificadas⁴, por ejemplo, el Convenio Europeo de los Derechos del Hombre, y también las normas relativas a dichos derechos consolidadas a nivel internacional, posición esta defendida por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos con sede en San José de Costa Rica, y citada por Rolla (1998) para quien esta significativa ampliación del parámetro ha sido motivada con el argumento de que el fin que debe ser logrado por los diferentes ordenamientos, incluido el venezolano, consiste en todo caso en la exigencia de asegurar la mejor y más amplia tutela de los derechos de la persona.

Debe agregarse que los derechos civiles y políticos, pueden y deben ser tutelados por todos los tribunales de la República, independientemente de encontrarse en tratados o acuerdos internacionales suscritos por Venezuela pudiéndose ejercer para su defensa y protección todos los medios jurídicos previstos para la tutela de los derechos constitucionales expresos, dentro de los cuales se encuentran, del amparo constitucional, el Hábeas Corpus, la excepción de inconstitucional, la nulidad por inconstitucionalidad, la reserva legal nacional, y la nulidad absoluta del acto que los viole.

CONCLUSIONES

Gran parte de las constituciones latinoamericanas hacen referencia a otros derechos humanos garantizados y protegidos, fuera de aquellos previstos en la constitución, a lo que hemos denominado "la cláusula enunciativa de los derechos humanos".

La constitución venezolana promulgada en 1999, no escapa a esta realidad en su artículo 22, y a diferencia de la derogada constitución, amplia su cam-

po de protección de manera expresa a los derechos que se encuentran en los instrumentos internacionales referidos a la materia.

Deja esta cláusula enunciativa sobre derechos humanos un espacio amplio para tutelar derechos no expresos en el texto constitucional. Precisamente, esta es una de las características de la progresividad que dificulta definirlos como absolutos o definitivos. Por otro lado, y aún teniendo en cuenta estos instrumentos, conviene señalar que la mencionada disposición extiende los efectos de los derechos y garantías que la Constitución enuncia a otros que derechos que "siendo inherentes a la persona humana" no están estipulados literalmente ni en su cuerpo normativo, ni en los tratados internacionales sobre derechos humanos.

Al respecto de su definición, y aun cuando existen diversas doctrinas con enfoques diferentes: los materialistas, historicistas, y sociologistas entre otros, y algunos autores consideren su fundamentación ya resuelta, en el caso venezolano el más alto Tribunal los ha fundamentado, como derechos naturales o universales, siendo esto una de las condiciones esenciales para su protección. Y como consecuencia, este órgano puede tutelar como constitucional un derecho no contenido ni en la Constitución Nacional, ni en los tratados internacionales sobre derechos humanos, por considerar que el mismo es inherente a la persona humana, incorporándolo al catálogo de derechos constitucionales implícitos, y no debe sorprendernos, tal situación también puede llevarnos a considerar fuentes del derecho no consideradas tradicionalmente, quizás puedan ser la práctica administrativa, entre otras. Por otro lado, de la interpretación que se hace de la cláusula enunciativa y teniendo en cuenta el argumento central de la tesis iusnaturalista, nos lleva a inferir, la inclinación de la Constitución hacia la tesis iusnaturalista la cual toma un nuevo aire y un mayor impulso, frente a la acérrima oposición positivista. Sin embargo, es preciso apuntar que estos derechos, se desarrollan dentro de un sistema de valores a ser realizados como derechos positivos. Se proyecta pues el texto fundamental venezolano, como una carta abierta de los derechos humanos, cerrarla, sería condenar y negarle a la humanidad su proceso evolutivo.

⁴ Este criterio no es aceptado unánimemente por la doctrina y por la jurisprudencia.

BIBLIOGRAFÍA

- AYALA CORAO, CARLOS: "La Jerarquía de los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos". En *El Nuevo Derecho Constitucional Latinoamericano*, Volumen II, Talleres de Editorial Texto. Caracas, 1996.
- BIDART CAMPOS, GERMÁN: "La Interpretación del Sistema de los Derechos Humanos". En *Revista IIDH*. San José, Costa Rica, 1994.
- _____ : "La inserción de la Persona Humana en el Estado Democrático". En *Revista Tachirensis de Derecho*, N° 9, Fundación Editorial UCAT. San Cristóbal, 1997.
- BREWER-CARÍAS, ALLAN: *Derechos y Garantías Constitucionales*, Tomo IV de Instituciones Políticas y Constitucionales, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas-San Cristóbal, 1996.
- BOBBIO, NORBERTO: *El Tiempo de los Derechos*, Editorial Sistema. Madrid, 1991.
- CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ: *Los Derechos del Hombre*, Tercera Edición, Reus, S.A. Madrid, 1991.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*, N° 36,860, 30 de diciembre de 1999. Reimpresa por error material del ente emisor. *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, N° 5453 Extraordinario, 24 de marzo de 2000.
- Constitución de la República de Venezuela (1953) *Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela*, N° 372 Extraordinario, 15 de abril de 1953.
- Constitución de los Estados Unidos de Venezuela (1936) *Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela*, N° Extraordinario, 21 de julio de 1936.
- Constitución Nacional (1945) *Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela*, N° 131 Extraordinario, 5 de mayo de 1945.
- Constitución Nacional (1947) *Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela*, N° 194 Extraordinario, 30 de julio de 1947.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, EDUARDO: "La Convención Interamericana de Derechos Humanos como Derecho Interno". En *Revista IIDH*, enero/junio. San José, Costa Rica, 1988.

- KIRCHHOF, PABLO: "La Jurisprudencia Constitucional de los Derechos Fundamentales". En *La Garantía Constitucional de los Derechos Fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*. Civitas. Madrid, 1991.
- Ley Aprobatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*, Extraordinario N° 31.256 del 14-6-77.
- MARTÍNEZ, AGUSTINA YADIRA: "Concepción Moderna de los Derechos Humanos". En *Frónesis*. Vol 2, No.2, Ediciones Astro Data. Maracaibo, 1995.
- _____ : "La Justicia Constitucional de los Derechos Sociales en Venezuela". En *Cuestiones Políticas*, N° 24, Ediciones Astro Data. Maracaibo, 2000.
- MONROY CABRA, MARCO: *Los Derechos Humanos*, Editorial Temis. Bogotá, 1981.
- NIKKEN, PEDRO: *Código de Derechos Humanos*, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1991.
- ROLLA, GIANCARLO: "Las Perspectivas de los Derechos de la Persona a la Luz de las Recientes Tendencias Constitucionales". En *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 54, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1998.
- PIERRE TAPIA, OSCAR (Compilador): *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Repertorio Mensual de Jurisprudencia*, Tomo 11, Editorial Jurídica Pierre Tapia. Caracas. 1992.
- _____ : *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Repertorio Mensual de Jurisprudencia*, Editorial Jurídica Pierre Tapia, Tomo 11. Caracas, 1993.
- _____ : *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Repertorio Mensual de Jurisprudencia*, Tomo 5, Editorial Jurídica Pierre Tapia. Caracas, 1998.
- _____ : *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Repertorio Mensual de Jurisprudencia*, Tomo 12, Editorial Jurídica Pierre Tapia. Caracas, 1998.
- VERNA DE BRICEÑO, ELIZABETH: *Presencia de los Derechos Humanos*. Italgáfica. Caracas, 1992.

La nueva Constitución venezolana y su incidencia en el procedimiento cautelar¹

Rafael Ortiz-Ortiz²

SUMARIO

Introducción • A. La Justicia, o la soberana preocupación del constituyente venezolano • B. La jerarquía constitucional y su efecto en el proceso judicial • C. El fracaso del proceso ordinario y la necesidad de una tutela diferencia-

¹ El presente trabajo constituye la versión escrita de la Conferencia dictada por el autor en el marco de las VII Jornadas Lic. Miguel José Sanz del Colegio de Abogados del Estado Carabobo, en homenaje al Dr. Román José Duque Corredor, en ella expresamos sobre nuestro homenajeado: "No puedo dejar de advertir que me une al Dr. ROMÁN JOSÉ DUQUE CORREDOR no sólo la condición de haber sido su alumno durante mi formación profesional como abogado en la Universidad Católica Andrés Bello, sino también por esa huella indeleble que dejan en las generaciones, los grandes hombres que lo son, por la grandeza de su corazón, la nobleza de sus sentimientos, y la claridad de su inteligencia. Siento enorme orgullo de ser su tutelado en mi memoria de Doctorado en Derecho en mi Alma Mater, y contar, humildemente, con su amistad. Es por ello que, particularmente, estas Jornadas no sólo constituyen per se un honor compartir con este maravilloso foro valenciano, sino una oportunidad para rendir tributo de mi generación al Dr. DUQUE CORREDOR".

² El autor es abogado, egresado de la UCAB, con especialización y maestría en Derecho Procesal. Estudios doctorales en Derecho (UCAB) y Ciencias Políticas (UCV). Ex Magistrado de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo. Profesor de pre y postgrado en la UCAB y UCV.

da • D. Proceso preventivo y proceso cautelar • E. Aspectos del procedimiento cautelar y la visión a la luz de la nueva Constitución: 1. Inconstitucionalidad sobrevenida del artículo 602 del Código de Procedimiento Civil. 2. Establecimiento del recurso de oposición de terceros contra todas las medidas cautelares. 3. La inconstitucionalidad sobrevenida del artículo 112 de la Ley sobre el Derecho de Autor. 4. Inconstitucionalidad sobrevenida del artículo 213 del Código Orgánico Tributario. 5. Responsabilidad judicial en la tramitación del procedimiento cautelar • E. Al final del cambio legislativo: los hombres y mujeres...

INTRODUCCIÓN

Abordaremos este tema tocando fundamentalmente cinco aspectos: la justicia como una legítima preocupación del soberano y que, durante el proceso constituyente, generó no menos discusiones que el resto del articulado constitucional; en segundo lugar, es preciso caracterizar la jerarquía constitucional y su primacía con respecto del ordenamiento jurídico vigente. La tercera área de esta exposición será reflexionar sobre el futuro del Derecho procesal y, en general, de la ciencia del proceso, para arribar a la necesidad de instaurar una 'tutela diferenciada'. Inmediatamente analizaremos nuevas perspectivas de 'relación' (esto es, semejanzas y diferencias) entre la 'tutela cautelar' y la 'tutela preventiva', y culminaremos esta breve exposición con algunas innovaciones que deben plantearse en el procedimiento cautelar bajo la vigencia de la nueva Constitución venezolana.

El objetivo general de nuestra intervención será mostrar los eventuales caminos por donde debe transitar el "nuevo" procedimiento cautelar venezolano, y como objetivos específicos tenemos: a) La insuficiencia de los mecanismos de impugnación de las distintas medidas cautelares; b) La inconstitucionalidad sobrevenida de algunas modalidades cautelares en el proceso; c) La necesidad de establecer las responsabilidades del juez y los abogados por abuso de la institución cautelar; y, por último, d) La necesidad de una tutela anticipada no cautelar.

Con este esquema pretendemos cumplir el honroso cometido que me fijaran los organizadores de estas VII Jornadas Lic. Miguel José Sanz dedicadas, acertadamente al tema "Constitución y Proceso", y en lo que respecta de este humilde servidor, el tema de "Constitución y Proceso Cautelar".

A. LA JUSTICIA, O LA SOBERANA PREOCUPACIÓN DEL CONSTITUYENTE VENEZOLANO

¿Qué es la Justicia? —se preguntaba HANS Kelsen— y señalaba: "Ninguna otra cuestión se ha debatido tan apasionadamente, ninguna otra cuestión ha hecho derramar tanta sangre y tantas lágrimas, ninguna otra cuestión ha sido objeto de tanta reflexión para los pensadores más ilustres, de PLATÓN a KANT. Y, sin embargo, la pregunta sigue sin respuesta. Parece ser una de esas cuestiones que la sabiduría se ha resignado a no poder contestar de modo definitivo y que sólo pueden ser replanteadas".

Creo que no existe mandato más hermoso pero que, al mismo tiempo, nos deje más pasmado, que la contenida en el artículo 257 constitucional "*El proceso constituye el instrumento fundamental para la realización de la justicia*", norma que, muy seguramente, en estas jornadas será objeto de diversos análisis. Lo que sí es cierto es que esa norma recoge el ardor, la ilusión, la esperanza, la pasión, el sueño inconcluso eterno de un pueblo: la necesidad de justicia. Pero no es la "justicia" del poeta griego SIMÓNIDES y que, erróneamente, se le atribuye a ULPIANO, es decir, no se trata de "darle a cada quien lo que le corresponde", esta noción medieval debe ser —como lo afirmaba Kelsen— replanteada, contextualizada y, fundamentalmente, 'sentida'. No se trata entonces de un "dare" como si la justicia se refiriese exclusivamente a obligaciones, y concretamente a 'obligaciones de dar' con lo cual, si seguimos la tradición romana, del 'du ut des' (del doy para que des), la justicia se convertiría en una suerte de ¡toma y dame que no tiene conciencia ni corazón!

Luego, la vieja y eunuca sentencia de ULPIANO de 'dar a cada quien lo suyo' forma parte de esos esqueletos sin piel, sin carne, sin sangre... estéril fósil que nos aparta de las necesidades de nuestra gente.

Pero, ¿cómo re-definimos la justicia?, ¿cuáles son los elementos a tomar en cuenta?, ¿cómo solventamos el atractivo camino de la relatividad, es decir, la de pensar que 'lo que es justo para mí, no lo es para ti'. A mi manera de ver, creo que el centro del debate en el marco de la "Constitución y el Proceso" es, precisamente, el entendimiento de la significación que, en el ámbito constitucional, adquiere la justicia.

Por muy tentador que es el tema, no quiero merecer la crítica de Uds. de lucir fuera de contexto, para ello le ofreceré la conclusión, parcial o temporal como deben ser las conclusiones: la justicia no existe en estado de 'pureza' o 'aisladamente considerada', se trata de un 'valor' que siempre se va a 'deposi-

tar' o 'cualificar' una actitud, una sentencia, un hecho, etc. Es decir, es necio hablar de 'la justicia' o 'la verdad', cuando lo cierto es que lo 'verdadero' o 'lo justo' lo es *con relación* a una sentencia, un hecho, un acto, una situación, es decir, un objeto *distinto de sí mismo*.

Las varias direcciones por las cuales puede discurrir el pensamiento en torno a lo que 'es' la justicia, pueden ser:

1. Si se asume que la ley (como manifestación del interés general) es justa, entonces el concepto de justicia se conecta con lo que 'es legalmente debido', ello es, la justicia se definiría en términos de la propia Ley y, ésta en función de la propia Constitución. Sería muy fácil el esquema: si la ley está acorde con la Constitución, entonces la ley es justa; por el contrario la injusticia de la ley, se dará sólo cuando sus normas sean 'contrarias' a las normas constitucionales. ¿Cómo pensar que una ley que sea acorde con la Constitución puede ser injusta?, y en tal caso, ¿no sería 'injusta' la misma Constitución?

Por muy tentadora que pueda ser la oferta de la llamada 'justicia legal' el tiempo ha mostrado sus insuficiencias. En efecto, identificar lo 'justo' con lo 'debido legalmente', y medir la justicia sobre la base de la correspondencia de la ley con respecto de la Constitución es muy sugestivo... pero se advierte inmediatamente que la 'medición constitucional de la ley no siempre es radical', es decir, *no es verdad que todas las leyes (entendiendo por ley 'todos los artículos' de 'todas las leyes')* pueden medirse en 'términos constitucionales', al contrario, muchos de ellos constituyen regulaciones propias que *no consiguen esa correspondencia*. Así por ejemplo, si la norma establece que la contestación de la demanda se presente al día 20, o se presente dentro del tercer día, o dentro de los cinco días siguientes, éste es un típico caso, dentro de los muchos que existen, donde las regulaciones legales no se *corresponden con normas constitucionales*.

Visto desde otro ángulo de visión: lo que es *inconstitucional* (y bajo esta óptica: 'injusto') *sólo son aquellas normas que quebrantan expresamente el Texto Fundamental*, y no simplemente cuando no haya 'correspondencia'. Lo cual apareja una conclusión fundamental: la inconstitucionalidad de las leyes *no es un problema que compete a la justicia sino al Derecho positivo*, y la 'inconstitucionalidad' se mide —en términos racionales— no con criterio de justicia sino con criterio jurídico-material de Derecho positivo.

2. Una segunda posibilidad para entender lo que es la justicia, tiene una base 'natural', esto es, que la justicia se mide en función y en términos —no del Derecho positivo— sino en función de los derechos naturales del hombre, los

cuales son aquellas normas cuya validez y sanción viene dada por la *naturaleza humana*, válida en todo tiempo y en todo espacio, escrita en el corazón de los hombres con tinta indeleble.

Sin embargo, si antes era difícil hallar en el Derecho positivo la fundamentación de la justicia, es indudable que si nos volcamos a un iusnaturalismo exacerbado, el cual todavía hoy día está buscando su 'racionalización', la solución sería mucho más peligrosa. Por nuestro acostumbrado abuso de las palabras y de los términos, asumiendo este camino, afirmaremos que 'todo derecho es un derecho natural', y si todo derecho es 'natural' será también 'fundamental', lo cual nos conduce a callejones sin salida.

Hemos estimado desde nuestro libro *Introducción a la teoría general de los valores y a la axiología jurídica*, que "la justicia" no existe, es sólo una entelequia; ese *valor* —como todos— necesita un objeto sobre el cual adherirse como cualidad extensa, es decir, lo que hay y existe es una *sentencia justa o injusta*, una *conducta justa o injusta*, una conclusión consecencial *justa o injusta*. Desde otro punto de vista: sólo en un objeto diferente de la justicia es posible *captar* el valor justicia; lo que supone indagar el marco referencial donde ese objeto diferente se surge y se desenvuelve.

Por ahora debemos suponer que la justicia se recoge como sinonimia de la propia Constitución, de tal modo que una sentencia, un acto, una conclusión, un mandato, una ley, etc., será justa en la medida en que mejor desarrolle las normas constitucionales. Si la Constitución es injusta entonces debemos reparar en nuestro "modelo" de justicia sobre el cual se hace la comparación.

La justicia es entonces una 'cualidad' que acompaña, en nuestro caso, al proceso o a la sentencia judicial. Lo cual significa que debemos adoptar un 'modelo' de justicia, para luego determinar si un ente "x" cualquiera se *adapta* a ese modelo y, en consecuencia, será justo o no. Nuestro modelo de justicia a los efectos judiciales es, desde luego, el *texto constitucional*, y dentro de sus normas lo que he llamado 'valores normativos fundamentales', es decir *aquellos bienes jurídicos establecidos por el Constituyente y sobre los cuales se fundamenta todo el ordenamiento jurídico restante*. De modo que con respecto del tema de la justicia, la misma debe desarrollarse con, al menos, las siguientes herramientas:

1. Una 'sentencia' será justa *cuanto mejor desarrolle los preceptos constitucionales fundamentales*, es decir, la 'interpretación' y la 'aplicación' del Derecho logra la 'justicia' cuando ella *desarrolle de mejor manera los valores constitucionales fundamentales*.

2. Si la Constitución es la articulación de los valores de un pueblo, producto de un ejercicio concreto de la soberanía, entonces la justicia se acerca a la interpretación y aplicación de las normas que mejor convengan a ese interés general o de pueblo, sus valores, sus necesidades, sus anhelos y esperanzas;
3. La tercera orientación para la interpretación de la justicia es tomar en cuenta que en el proceso siempre hay que tomar en cuenta la presencia de todas las partes, es decir, la tutela judicial es efectiva tanto para quien la solicita como contra quien es solicitada; y tanto derecho al debido proceso tiene quien demanda, como derecho a la defensa tiene el demandado. De este modo, los derechos fundamentales de *todas* los intervinientes en el proceso será el canal donde debe correr la interpretación de lo que es justo o no.

Pues bien, el tema de la 'justicia' constituyó para el Constituyente venezolano tema de especial y preponderante interés y preocupación. Fue una preocupación recurrente, fue un tema, privilegiado digamos, con la virtud de no hacer uso de su 'soberanía' para encasillar el concepto, ni para crear 'paradigmas' prefijados y preestablecidos. Esta 'justicia' núcleo central de las preocupaciones del soberano, se reflejó en el Texto Fundamental, entre otros, en los siguientes aspectos:

1. Preámbulo: "con el fin supremo de refundar la República para establecer una sociedad democrática, participativa y protagónica, multiétnica y pluricultural en un Estado de justicia" (...) "asegure el derecho a la vida, al trabajo, a la cultura, a la educación, a la justicia social".
2. Artículo 1º "La República Bolivariana de Venezuela es irrevocablemente libre e independiente y fundamenta su patrimonio moral y sus valores de libertad, igualdad, justicia y paz internacional en la doctrina de Simón Bolívar, el Libertador (...)".
3. Artículo 2º: "Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia (...)".
4. Artículo 26. "Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia (...)", "El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles".

5. Artículo 156. "Es de la competencia del Poder Público Nacional: (...) 31. La organización y administración nacional de la justicia, del Ministerio Público y de la Defensoría del Pueblo".
6. Artículo 178. "Son de la competencia del Municipio (...), la aplicación de la política referente a la materia inquilinaria con criterios de equidad, justicia (...); 7. (...) Justicia de paz, prevención y protección vecinal y servicios de policía municipal, conforme a la legislación nacional aplicable".
7. Artículo 253. "La potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos y ciudadanas y se imparte en nombre de la República por autoridad de la ley. (...) "El sistema de justicia está constituido por el Tribunal Supremo de Justicia, los demás tribunales que determine la ley... los medios alternativos de justicia".
8. Artículo 257. "El proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia. (...) No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales".

Como diría nuestro profesor HERMANN ESCARRÁ MALAVÉ, no se trata de un problema lingüístico sino de un ejercicio de soberanía. Soberanía delegada, pasión transmitida, querencias reprimidas de un pueblo. La preocupación constitucional por la justicia constituye una página de buenas intenciones, se recoge, sin duda alguna, la expresión callada y silenciosa de un pueblo que ha esperado tanto... y que aún espera. Generaciones van, generaciones vienen, y ambas tienen el mismo sentir, la impotente rabia de un sistema de justicia que, hasta ahora, había privilegiado la corrupción, las influencias, la factura; olvidado se encuentra ese hermoso juramento que hicimos el día de nuestra graduación de abogados: juro cumplir la Constitución y las leyes de la República!. Juramento frente a nuestros respectivos claustros universitarios, frente a nuestros padres y amigos, frente a nuestros profesores y, paradójicamente, frente al pabellón de la patria...

B. LA JERARQUÍA CONSTITUCIONAL Y SU EFECTO EN EL PROCESO JUDICIAL

El segundo aspecto sobre el cual centramos nuestro análisis, es en la primacía constitucional que no significa otra cosa que privilegiar la Constitución, esto es, preferir la aplicación e interpretación de la Constitución sobre cualquier mandato del ordenamiento jurídico; y la llamada 'primacía constitucio-

nal' deriva por ser producto del ejercicio de la soberanía de un pueblo, y nada más que la voluntad nuestro pueblo puede mandar sobre la voluntad de 'ese' pueblo. El artículo 7° constitucional nos establece no sólo una 'primacía objetiva' sino también 'subjetiva', es decir, las normas constitucionales se aplican preferente y privilegiadamente en todos los hechos o casos, y sobre todas las personas, sin excepción alguna.

Este análisis nos permite establecer que si la Constitución es 'norma suprema', con primacía sobre cualquier hecho y sobre todas las personas, y si además —como vimos— la justicia es un desideratum constitucional, sobreviene entonces por necesidad lógica, que la justicia deba ser privilegiada *sobre todas las cosas y sobre todas las personas*.

C. EL FRACASO DEL PROCESO ORDINARIO Y LA NECESIDAD DE UNA TUTELA DIFERENCIADA

¿Qué ha ocurrido con nuestra 'justicia'? La respuesta es muy sencilla y es por todos conocida: nuestra justicia entró en crisis; pero si tratamos de enumerar sus causas, necesitaríamos una resma de papel y no terminaríamos; creo que sería aventurado y hasta irresponsable decir que 'ésta' o 'aquella' fue la causa 'determinante' o más importante, porque tampoco sabemos si no fue más que la colaboración de todas las causas al mismo tiempo. Que nuestros errores comienzan en la universidad, eso es verdad. Nuestros profesores se acostumbraron a hacer lo que sus profesores le enseñaron, a repetir sin mucha conciencia, lo que otros han dicho, y nos convertimos en simples cuenteros de lo que han dicho los autores...; pero es que, como estudiantes también nos acostumbramos a hacer lo mismo, el profesor que se empeña por enseñar a pensar, el que se exige a sí mismo, y exige a sus alumnos; quien no se conforma con los 10 temas del programa sino quince o más, entonces 'ese' profesor es un abusador y un fastidioso.

Como abogados también nos acostumbramos a repetir. Procuramos citar y copiar a cuanto autor nos pase por la cabeza en los libelos de demanda, y somos cultores apasionados de lo que "dice la jurisprudencia"; lo que "diga el Tribunal Supremo es la verdad absoluta, inquebrantable" y será fariseicamente tratado quien ose a pensar de manera distinta, y se olvidan que quienes están en la posición de juez fueron, hasta ayer, abogados como cualquiera de nosotros. Acaso que una "designación" como jueces o como "Magistrados", aun del Tribunal Supremo, nos otorga mayor capacidad de pensar, y nos 'convierte' en poseedores de la verdad y la justicia...

También como jueces nos acostumbramos a repetir y a no pensar. A la "jurisprudencia" le hemos dado 'vida propia', la ponemos a hablar: 'dice la jurisprudencia que...'; muy frecuentemente confundimos una 'sentencia' con 'la jurisprudencia', y cuando no sabemos si la jurisprudencia dice o no, simplemente señalamos la 'jurisprudencia mayoritaria y reiterada de la Corte o el Tribunal Supremo...'

Estos factores no son menos importantes que otros acumulados durante años: desde la insuficiencia del número de tribunales, hasta la escasa o nula preparación de los operadores de justicia (escribientes, asistentes de tribunales, secretariado), la ignorancia de los jueces que alcanza, hoy en día, niveles realmente deplorables; las condiciones materiales donde se presta el servicio de justicia... entre otros muchos factores.

Hoy quiero detenerme sobre un factor que, a nuestra manera de ver, ha contribuido en mucho con la crisis de nuestro sistema de administración de justicia, y es a nuestro *juicio ordinario*.

Hablar de juicio 'ordinario' es hoy en Venezuela y, en general, en todos los países de Iberoamérica, es hablar de lentitud, ineficacia, insuficiencias, formalismos, caminos enrevesados, múltiples vericuetos, larguísima trámites, complejas y múltiples modalidades procedimentales, etc. Si bien el Código de Procedimiento Civil trató de unificar los lapsos, sin embargo hoy encontramos procedimientos especiales en todas las áreas del Derecho, hay en efecto un procedimiento laboral, mercantil, agrario, contencioso administrativo, tributario, penal, y así en cada rama del Derecho se establece un procedimiento distinto del ordinario.

El proceso venezolano presenta, a nuestro ver, dos profundas deficiencias de orden externo y de orden interno. Externamente, sin duda que, en muchas ocasiones la lentitud se debe a la ineptitud de los jueces que por ignorancia, desidia, dejan acumular los juicios. No puede ser eficiente un juez que empiece a trabajar a las diez de la mañana y a las dos de la tarde se retire del Tribunal. Ese es el primer enemigo del procedimiento ordinario.

Internamente, es el más grave, el proceso se ha llenado de múltiples fórmulas complejas que enrevesan de tal modo el discurrir normal del proceso que, si se cumpliera el diseño establecido, no debería pasar de los 20 días para la contestación, 15 para promoción y 20 para evacuar pruebas, y luego los 60 días para sentenciar la causa, es decir, un proceso pensado para 115 días se convierte en varios años de espera. Nuestra Constitución ha tomado cartas en el asunto, y por ello en el artículo 257 se ordena al legislador el establecimiento de la 'sim-

plificación, uniformidad y eficacia' de los trámites, y eso se logra, en principio y teóricamente hablando, con un procedimiento breve, oral y público.

De modo que, grosso modo, puede señalarse que el mayor defecto de nuestro proceso es la 'lentitud', y esa es una tarea que hay que atacar con urgencia y ponderación. A más de uno de nosotros le habrá pasado que el cliente pregunta: ¿Cuánto tiempo va a durar eso?, ¿en cuánto tiempo tendremos sentencia?, y qué difícil es la respuesta, es más, quien se atreva a pronosticar está siendo mentiroso con su cliente, y adoptando una conducta contraria a la ética profesional. De los juicios sabemos cuando se inician, pero no podemos nunca aventurar cuando será publicada la sentencia definitiva.

Este anquilosamiento del proceso ordinario no es, en modo alguno, una creación vernácula, fijémonos como en Brasil el excelente Código del Proceso de 1973 proyectado por ALFREDO BUZUID, tuvo que ser reformado en diciembre 1994; el extraordinario Código de Procedimiento Civil de Italia, proyectado por PIERO CALAMANDREI, tuvo que ser objeto de una reforma urgente en 1993; la Ley de Enjuiciamiento Civil española que data de 1881, tuvo que ser objeto de una reforma urgente en 1984 después de la entrada en vigencia de la Constitución de 1978; Uruguay tuvo que redactar un nuevo Código en 1989, y así sucesivamente para no aburrirlos con tantas referencias.

Obsérvese además que, en la Exposición de Motivos del Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay, se señala: *"En nuestro país y en concepto de los que, sea dentro o fuera del ámbito del Poder Judicial laboran en el quehacer jurídico, se ha llegado a un grado de ineficiencia jamás conocido; naturalmente que por múltiples y variadas razones y, entre ellas, se señala, como una de las de mayor incidencia, la que dice relación con nuestro actualmente defectuoso procedimiento"*.

¿Cómo minimizar los efectos perniciosos de la lentitud de los procesos? Esta es una respuesta que urgentemente los científicos del proceso tienen que apresurarse a responder. Si no lo hacemos, será hora que quienes nos dedicamos a esta ciencia nos propongamos organizar unos excelsos funerales a la madre de todos los Derechos...

D. PROCESO PREVENTIVO Y PROCESO CAUTELAR

Estimamos que una manera de minimizar o evitar, si se quiere, los efectos de la dilación del tiempo de la justicia, es a través de la búsqueda de una 'justicia alternativa' y el mejoramiento de la 'tutela preventiva'. El mandato conse-

titucional al legislador ordinario es claro, el artículo 258 dispone: "La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de los conflictos", es decir, la necesidad de establecer nuevas instancias o nuevos espacios de administración de justicia es una manera para efectivamente minimizar los perniciosos efectos de una justicia colapsada. Así por ejemplo, deberíamos explorar la posibilidad de establecer en Venezuela la llamada 'audiencia preliminar' que incorporó a la legislación positiva el nuevo Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay, que es una institución heredada del régimen procesal norteamericano y del de Puerto Rico, y que existe desde hace muchos años en el ordenamiento procesal austriaco y en otros países del viejo continente.

En la estructura que se proyectó en la hermana República de Uruguay, se establece un sistema en el que luego de la demanda y contestación, ambas escritas, las partes y el juez se reúnen; y allí, frente a frente los litigantes y sus abogados y con la presencia e intervención activa del Juez, se trata de llegar prioritariamente a una conciliación (total o parcial) y, en su defecto, se realiza el debate y se fijan los puntos en disputa de manda clara y concreta. Dicen los uruguayos que "asi se logra la verdadera justicia y se hacen efectivos los principios de oralidad y consecuente inmediación, concentración y publicidad".

Este sistema, bueno es decirlo, se ha implementado en España, México, Argentina, Brasil, entre otros países. En cuanto a nuestro país, tenemos una tímida e incipiente disposición en nuestro Texto procesal según el cual "En cualquier estado y grado de la causa, antes de la sentencia, el Juez podrá excitar a las partes a la conciliación tanto sobre lo principal como sobre alguna incidencia, aunque ésta sea de procedimiento, exponiéndoles las razones de conveniencia". Esta norma contenida en el artículo 257 del Texto Procesal también es un catálogo de buenas intenciones pero completamente inaplicable, no sólo porque los litigantes no estamos dados a conciliar (pretendemos siempre que el demandado 'convenga', o que el actor 'desista') pero nos resistimos a abrir un diálogo de búsqueda de soluciones; en segundo lugar, los jueces tampoco son dados a conciliar tal vez por el temor de emitir opinión sobre el fondo, y ser objeto de una recusación sobrevenida, sobretodo porque no se entiende muy bien la expresión "exponiéndoles las razones de conveniencia" empleada en la última parte del artículo 257 señalado.

Ni hablar de la disposición conciliatoria en los procedimientos laborales que patronos, trabajadores ni jueces del trabajo hacen caso alguno. De hecho la celebración de audiencia conciliatoria en los procedimientos del trabajo se ha convertido en un displicente saludo a la bandera.

Creo que en una futura reforma del proceso civil venezolano se deberían reforzar las disposiciones en aras de explorar nuevas formas alternativas de justicia que incluya el sistema de la audiencia preliminar con carácter obligatorio, y con mayores posibilidades judiciales para activar la participación del juez.

En segundo lugar, es necesario desarrollar nuevas maneras de 'tutela diferenciada', esto es, nuevas formas y nuevas fórmulas en la tramitación de los procesos; esta tutela diferenciada de justicia debe forzarnos a la creatividad y a la adopción de experiencias foráneas que pueden ayudarnos en la tarea; de modo que nos resultan atractivos los siguientes aspectos:

1. La adopción de los 'procesos' urgentes —como el amparo constitucional— en salvaguarda de intereses generales;
2. La expansión del amparo constitucional como una orden de tutela por ante todos los órganos del Poder Público, es decir, así como el procedimiento de amparo constitucional puede ser conocido y decidido por tribunales incompetentes, ¿por qué no pensar en que la protección de derechos fundamentales es una verdadera obligación para todos los órganos del Poder Público (artículo 19 constitucional) y, en consecuencia, el amparo pueda solicitarse 'también' por ante cualquier órgano del Poder Público?
3. La implementación de la tutela anticipada, en todo tipo de proceso, en el cual se encuentren involucrados derechos fundamentales; y
4. Adaptar el procedimiento cautelar a los nuevos mandatos constitucionales.

A propósito del título de este epígrafe, debo compartir con Ustedes una tesis que hemos venido delineando desde hace algún tiempo. Estimamos que al lado de las clásicas funciones del juez relativas a la cognición, decisión y ejecución —todo esto como parte indiscutible del proceso— se encuentra una *función preventiva*. Función ésta que no le pertenece en *exclusiva* a los órganos de administración de justicia, antes por el contrario *la preservación del Estado de Derecho y la tutela de los derechos fundamentales* es una tarea que le compete al Estado, es decir, a cada uno de sus órganos.

Es así entonces que las diversas funciones esenciales del Estado moderno, la administración, la legislación y la administración de justicia, tienen *el deber* y la *posibilidad* de intervenir preventivamente en la salvaguarda de ese Estado de Derecho que a todos nos concierne.

De esta manera, nadie duda que la disposición contenida en el artículo 38 de la Ley para la Protección de Depositantes y Regulación de la Emergencia

Financiera por la cual se prohibía la enajenación y el gravamen de bienes muebles e inmuebles de los directivos del Banco Latino, es una *medida preventiva dictada por la propia ley*, y donde no es necesario la *voluntad del juez* para completar la norma; por otro lado, nadie duda que la disposición por la cual se 'suspenden automáticamente' los efectos de un acto administrativo en materia tributaria, en materia de ordenación urbanística, en el objeto de la Ley para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, y en materia electoral, constituyen *verdaderas medidas preventivas adoptadas por el propio legislador*.

Por otro lado, en el campo de la Administración, Nacional o Local, nada impide que los órganos administrativos puedan dictar *medidas preventivas*, esto es, actos administrativos que comportan una prevención de situaciones lesivas al Estado de Derecho, al ordenamiento jurídico y, en general, a los derechos fundamentales. Tal es el caso en materia de sanidad, agrícola, tránsito, en el sector bancario y financiero, en el mercado de capitales, en materia de seguros, y así sucesivamente.

Mientras que, en lo que respecta de la función jurisdiccional, es ostensible la posibilidad de la intervención preventiva de sus órganos en aras de evitar un perjuicio a algún ciudadano o a la sociedad misma; piénsese, en el retardo perjudicial (que no es otra cosa que la intervención judicial ante el peligro de perderse un medio de prueba); en la materia interdictal por obra nueva y obra vieja (que no es más que la intervención judicial ante el temor de daño por la construcción de una obra nueva, o por la destrucción de una obra vieja); piénsese que en materia del juicio de alimentos, el juez puede acordar una medida satisfactiva de alimentos mientras dure el juicio, y se determina finalmente si el acreedor de alimentos lo es efectivamente, así como la condición de deudor de los mismos. Y por último, piénsese en la multiforme gama de posibilidades de prevenir que la futura ejecución del fallo y la efectividad misma del proceso, sea ilusoria, y éste es el campo específico de las medidas cautelares.

Es así entonces que la tutela cautelar no es más que una modalidad de tutela preventiva que sólo puede ser decretada por los jueces en tanto que la 'cautela' tiende a preservar la futura ejecución de una sentencia. Todos los demás ejemplos que vimos son *medidas preventivas* de cara a la 'tutela preventiva' que pueden adoptar todos los órganos del Poder Público, dentro de ellos, por supuesto, los órganos jurisdiccionales.

Pues bien, lo que planteamos es la necesidad de ampliar la gama de posibilidades preventivas llegando incluso a implementar la *tutela anticipativa*, como forma de tutela diferenciada, frente a supuestos específicos: la presencia de

un derecho fundamental, y el peligro de lesión a situaciones constitucionales, pero en cualquier tipo de proceso y no solamente en materia de amparo constitucional.

E. ASPECTOS DEL PROCEDIMIENTO CAUTELAR Y LA VISIÓN A LA LUZ DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN

Todo este bagaje teórico, dejaría de tener sentido si no lo conectamos con nuestra realidad cotidiana; ya basta de llenar los discursos, las charlas y conferencias con un cúmulo de buenas intenciones, porque de ellas se llena el camino hacia el infierno. Estimamos que, con reforma legal o no, hay aspectos del procedimiento cautelar, o mejor de las diversas medidas cautelares, que revisadas bajo el crisol de la nueva Constitución resultan francamente insostenible.

1. Inconstitucionalidad sobrevinida del artículo 602 del Código de Procedimiento Civil

Concretamente, nos referimos a la oportunidad en que puede interponerse el recurso de oposición contra las medidas cautelares típicas. En efecto, el artículo 602 de nuestro Texto Procesal civil establece: "*Dentro del tercer día siguiente a la ejecución de la medida, si la parte contra quien obre estuviere ya citada; o dentro del tercer día siguiente a su citación, la parte contra quien obre la medida podrá oponerse a ella, exponiendo las razones o fundamentos que tuviere lugar. (...)*".

Hasta ahora la doctrina mayoritaria y la tradición de nuestra jurisprudencia, ha convenido en que esta 'oposición' es un verdadero 'mecanismo de impugnación' (esto es un recurso), que opera dentro de los tres días siguientes contados a partir de la ejecución de la medida. Esta regla se rompe en caso de las medidas cautelares innominadas pues, contra ellas, el recurso de oposición opera contra el decreto *sin necesidad de esperar la ejecución de la medida*.

Si pensamos que el Derecho de defensa es el alma y el cuerpo del derecho al debido proceso, y por otro lado, convenimos en que los recursos, o los medios técnicos de impugnación posibilitan el ejercicio del derecho de defensa, debemos concluir que *en la interpretación y aplicación del derecho a la defensa debe ser 'aquella que mejor desarrolle el precepto constitucional'*, es en caso como éste, donde la noción de justicia entra en juego, y si justicia es *precisamente interpretar y aplicar el ordenamiento de la manera que mejor convenga a los derechos constitucionales*, entonces también debe concluirse

que en materia del recurso de oposición a las medidas cautelares típicas *debe interpretarse y aplicarse de la manera que mejor convenga a los preceptos constitucionales*, lo cual es una manera de hacer realidad la abstracción de la justicia.

En este sentido nos preguntamos: ¿Qué necesidad hay de esperar la 'ejecución' de la medida de embargo, secuestro y prohibición de enajenar y gravar, para luego interponer el recurso de oposición? Sabemos que ni en Venezuela ni en ninguna parte del mundo, dentro de los limitados conocimientos que uno siempre tiene en esta materia, el recurso de oposición tiene efectos 'suspensivos'. al contrario, independientemente de la oposición, la medida se ejecuta. Luego si a una parte procesal se le decreta una medida de embargo, *debe esperar que el juez la ejecute a los efectos de la oposición*, sin contar los graves problemas que suscita, por ejemplo, en saber ¿cuándo se entiende que una medida de prohibición de enajenar y gravar se ha ejecutado?

Estimamos que una manera de proteger, desarrollar y extender el derecho a la defensa, al debido proceso —como derechos fundamentales que son— es establecer de una vez que la oposición a estas medidas opera desde el momento mismo de su decreto, sin necesidad de esperar a la ejecución. Así entonces, a la parte afectada se le daría más expeditas posibilidades de enervar la medida que contra él se solicita, y a su vez, el solicitante tendría bases más sólidas para defenderse de una eventual solicitud de daños y perjuicios.

La conclusión fundamental en este aspecto es considerar que la previsión contenida en el artículo 602 debe entenderse que la 'oposición' a la medida cautelar debe operar desde el mismo momento de su 'decreto' sin necesidad de esperar a su ejecución.

2. Establecimiento del recurso de oposición de terceros contra todas las medidas cautelares

Hasta ahora, en Venezuela se entiende que es perfectamente posible la 'oposición de terceros' a la medida de embargo, sin embargo no sucede así con respecto de las medidas de secuestro, prohibición de enajenar y gravar, y contra las medidas cautelares innominadas, y ello por las previsiones contenidas en el artículo 370, 549 y 592 del Código de Procedimiento Civil, llegándose a afirmar que con respecto del resto de las medidas opera el juicio de tercería y no el recurso de oposición. Esta ha sido la opinión de la doctrina mayoritaria y la permanente doctrina de la Casación sobre esta materia. Incluso quien les habla en los dos libros que tengo escrito sobre esta materia *también lo hemos afirmado*.

Debemos agregar que afirmar que el tercero sólo puede intervenir en materia de secuestro, prohibición de enajenar y gravar, y medidas cautelares inno-minadas, a través del juicio de tercería, supone que ese tercero —aun cuando posea un título público de propiedad sobre el objeto secuestrado u objeto de una prohibición— tendría que tramitar un largo y costoso procedimiento ordinario para que, al cabo de tres o cuatro años, el juez le diga: *Ud. tiene razón, hay un documento fehaciente que prueba su propiedad!*

Para que lo vean y lo sientan más claramente: imaginense que estando Uda. en estas Jornadas, se presenta a su casa un Tribunal Ejecutor de medidas, practicando una medida de secuestro dictada en un juicio entre dos fulanos que Ud. ni siquiera sabe quienes son. Usted acude presurosamente, y decide 'oponerse' a la medida por cuanto tiene un título de propiedad incuestionable, de carácter público además, y el juez le señalará que contra la medida de secuestro *no hay oposición de terceros, sino que tiene que acudir al juicio de tercería.* Ud. cae en cuenta que el Juzgado Superior le dirá lo mismo, y revisa el libro de quien les habla sobre la jurisprudencia y encontrará que esa ha sido la posición de la Casación Civil en reiteradas oportunidades. Obviamente, la desesperación de ver como lo sacan de su casa, buscar donde ir, con todas las complicaciones que eso trae, desde el colegio de los niños, hasta la distancia con su lugar de trabajo, no impide que Ud. intente el juicio de tercería contra los dos fulanos que secuestraron su casa. Al cabo de tres años le darán la razón, y lo peor que para solicitar daños y perjuicios, Ud. tiene que intentar un nuevo juicio de responsabilidad civil contra los fulanos o contra el juez. Eso no puede ser tutela judicial efectiva. Si por la mente de ustedes pasara que pueden acudir al procedimiento de amparo, les diré que los tribunales le dirán que el amparo es extraordinario, y no suplanta los mecanismos ordinarios previstos en las leyes, como es el juicio de tercería.

Obviamente, mis queridos amigos, no podemos aplaudir. ¿De qué manera puede evitarse esta injusticia? Es aquí donde entra en juego el análisis y la interpretación constitucional de la justicia, es decir, si como hemos dicho un aspecto de la justicia es interpretar las normas de la manera que mejor convengan y mejor desarrollen los preceptos constitucionales, entonces debemos asumir el artículo 604 del Código de Procedimiento Civil y darle una mayor extensión, a saber:

Ni la articulación sobre estas medidas, ni la que origine la reclamación de terceros, suspenderán el curso de la demanda principal, a la cual se agregará el cuaderno separado de aquellas, cuando se hayan terminado.

Resulta que no está previsto en norma alguna esta 'reclamación de terceros' (como no sea el recurso de reclamo que se intenta ante el juez comitente por actuaciones del juez comisionado); luego, ¿por qué no pensar que esa 'reclamación' pueda referirse a una 'oposición' que puedan hacer los terceros a cualquiera de estas medidas? ¿Qué daño a las partes puede hacer que los terceros puedan oponerse, si de todos modos, la oposición no suspende la ejecución de la medida? Nos percatamos que esta posibilidad deja incólume el derecho de las partes a obtener una protección cautelar y a los terceros afectados el cabal ejercicio del derecho a la defensa.

La conclusión fundamental será entonces que si la protección del goce y ejercicio de los derechos fundamentales es una obligación para los órganos del Estado (artículo 19 constitucional), si además el derecho a la defensa es un derecho fundamental (artículo 49 *et usdem*), y el recurso de oposición posibilita el ejercicio del derecho a la defensa, entonces es obvio que la aplicación e interpretación debe ser aquella que mejor desarrolle, es decir, permitir el recurso de oposición de terceros con las mismas posibilidades, extensión y procedimiento que el recurso de oposición de partes, en el procedimiento cautelar.

3. La inconstitucionalidad sobrevinida del artículo 112 de la Ley sobre el Derecho de Autor

Como se sabe esta norma permite que puedan decretarse medidas cautelares de embargo y secuestro *sin la existencia de un juicio pendiente entre partes*, pero la segunda parte de la norma establece que contra tales medidas no hay impugnación del propietario, poseedor, responsable, administrador u ocupante del lugar donde deban efectuarse. Esto significa, ni más ni menos, que aunque Ud. sea propietario indiscutible de unos bienes embargados según esta disposición, *debe esperar que transcurran 30 días en la espera de que su futuro actor inicie el juicio, sin que pueda oponerse o apelar de la decisión cautelar.* El intérprete debe preguntarse inmediatamente ¿Qué impide que el afectado por la medida pueda oponerse a ella? Es necesario tener siempre presente que la oposición a la medida *no suspende su ejecución*, de modo que el solicitante obtiene su providencia cautelar, pero luce francamente inconstitucional que el afectado no pueda hacer uso de su derecho a disentir, probar, alegar, contradecir, e impugnar. Si el proceso, de verdad, es un medio de realización de la justicia, ¿Cómo se explica que en este procedimiento *la parte afectada no pueda ejercer ningún recurso?*

A nuestra manera de ver, esta última disposición, concretamente, la segunda parte del artículo 112 luce francamente inconstitucional; salvo que se entienda

que la disposición lo que *realmente quiere decir* es que, si se ejerce oposición, la misma no suspende la medida, lo cual es de Perogrullo; lo cierto es, y refleja nuestra conclusión sobre este aspecto, que contra la medida de embargo o secuestro dictada de conformidad con los artículos 112 y siguientes devino en inconstitucional por preeminencia del derecho a la defensa como valor supremo de nuestro Texto Fundamental.

4. Inconstitucionalidad sobrevinida de 213 del Código Orgánico Tributario

Ciertamente el artículo 211 del vigente Código Orgánico Tributario permite al juez de lo contencioso dictar medidas cautelares de embargo de bienes muebles, retención o secuestro de bienes muebles, y la prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles *sin la necesaria existencia de un juicio contra el afectado por la medida*, se trata —igual que en materia de derecho de autor— de medidas cautelares *extra litem*, con la peculiaridad de que estas medidas pueden tener una vigencia hasta de noventa días, con una prórroga de noventa días adicionales, sin que exista para la Administración Tributaria la obligación de iniciar el respectivo procedimiento de cobro de tributo alguno.

Esta situación significa que *durante 180 días*, es decir, *durante seis meses*, puede estar vigente una medida cautelar de embargo, secuestro o prohibición de enajenar y gravar, y aún no existe la obligación de iniciar el juicio principal. La eterna pregunta: ¿Qué o cuáles mecanismos de impugnación tienen los administrados contra esta situación? La respuesta de la escasa doctrina en este campo se bifurca en tres sentidos: aceptar el recurso de oposición, utilizando para ello el artículo 602 del Código de Procedimiento Civil; en segundo lugar, admitir 'apelación' (a un solo efecto) contra el decreto cautelar; y en tercer lugar, se ha llegado a sostener en algunas decisiones de los Juzgados Superiores en lo Contencioso Tributario, que contra tales medidas no opera 'recurso alguno'.

Lo que nos parece sumamente grave, en todo caso, es la posibilidad de que cualquiera de estas medidas pueda estar vigente durante seis (6) meses sin la existencia de un juicio previo, lo cual supone —a nuestra manera de ver— que tal lapso luce atentatorio contra el derecho de defensa de los administrados, lo cual se resolvería considerando que la posibilidad de prórroga es inconstitucional, o que los seis (6) meses aludidos suenan *desproporcionados* y en consecuencia aplicar, por analogía, el tiempo permitido por la ley sobre el Derecho de autor, que son treinta días para iniciar el juicio principal, con la necesaria existencia y aceptación del recurso de oposición.

5. Responsabilidad judicial en la tramitación del procedimiento cautelar

Por último, pero no por ello menos importante, debemos señalar que la nueva Constitución hace reiterado hincapié en la responsabilidad del juez o magistrado por el error, retardo u omisión injustificada en cualquier procedimiento, es así que el numeral 8 del artículo 49 constitucional dispone:

Toda persona podrá solicitar del Estado el restablecimiento o reparación de la situación jurídica lesionada por error judicial, retardo u omisión injustificados. Queda a salvo el derecho del o de la particular de exigir responsabilidad personal del magistrado o de la magistrada, del juez o de la jueza; y el derecho del Estado de actuar contra éstos o éstas.

Mientras que por otra parte, la última parte del artículo 255 constitucional, inserto en el Capítulo sobre El poder judicial y del sistema de justicia, en la sección correspondiente a las 'disposiciones generales', establece:

Los jueces o juezas son personalmente responsables, en los términos que determine la ley, por error, retardo u omisiones injustificados, por la inobservancia de las normas procesales, por denegación, parcialidad y por los delitos de cohecho y prevaricación en que incurran en el desempeño de sus funciones.

Resulta realmente lamentable observar como en la gran mayoría de los casos, como litigantes, solicitamos medidas cautelares y el juez guarda silencio. Reiteramos la solicitud por diligencias y escritos... y el juez guarda silencio. Hablamos personalmente con el juez y le explicamos nuestra necesidad y la de nuestro patrocinado... y el juez guarda silencio. Pero por Dios, ¡¡guardar silencio es un delito frente a quien tiene el deber de responder oportuna y adecuadamente!!!

Todos los textos sobre Derechos Humanos, las declaraciones y los tratados establecen el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, nuestra Constitución lo confirma y lo reitera... y en nuestra vida cotidiana prácticamente tenemos que rogarle a los jueces que se pronuncien, aunque sea para negar la medida, porque ello nos permite acudir al superior. El día que en Venezuela se castigue al primer juez con responsabilidad personal civil y administrativa, por las frecuentes omisiones en el desempeño de sus funciones, ese día podremos afirmar... Venezuela está cambiando...

F. AL FINAL DEL CAMBIO LEGISLATIVO: LOS HOMBRES Y MUJERES...

Se dictó una nueva Constitución. Pasamos dos años de nuestra vida republicana en ese proceso. Realmente ¿habrá habido algún cambio? Será que seguimos privilegiando la ineptitud, la ineficacia, la dejadez; será que seguimos moviéndonos por la senda del 'amiguismo', de la 'influencia soterrada y oculta', será que habrá aumentado el temor por parte de nuestros operadores de justicia...

Estamos claros que la 'ley' no es sinónimo de la 'norma'. Aquella es un agregado de ésta, y la norma es un compuesto donde aquella juega un rol fundamental. La norma entonces es la ley, los hechos y el juicio del juez, esto es, ley y juez conforman el dúo inefable y necesario para que haya norma. Luego, no es suficiente que en un país se cambie la 'Constitución' o la 'ley' para lograr mejor justicia, es también 'cambiar' al hombre. El cambio al cual nos referimos no es una 'sustitución física' de un nombre por otro, no se trata de cambiar 'individuos' sino de cambiar la manera y la concepción de país, de pueblo y de patria.

Hasta ahora nos hemos preocupado, y no en su totalidad, por sustituir nombres y cabalgar sobre unos cambios que, a la postre, resultan aparentes. Cambiamos aquel nombre de quien no pertenece al 'partido' ni está 'comprometido con el proceso' por éste que sí está al servicio de una llamada telefónica o que puede 'utilizarse' en un momento dado. No importa su preparación, su formación académica, su eficacia y efectividad, no repare si es mediocre o una 'vaca enzapatada' como lo dicen en mi pueblo, al final lo que importa es si su sangre y su pensamiento pertenecen... a alguien.

Desde hace más de cincuenta años, PIERO CALAMANDREI, advertía que "El juez, es el derecho hecho hombre; sólo de este hombre puede esperar en la vida práctica la tutela que en abstracto la ley me promete; sólo si este hombre sabe pronunciar bien a mi favor la palabra de la justicia, comprenderé que el derecho no es una sombra vana", con cuanta verdad hablaba el viejo Profesor de Pisa!

A pesar de este cuadro, aparentemente desolador, pensamos como piensa mi pueblo: aún creemos que estos cambios eran necesarios y forzados, no había otra opción. Seguimos con la esperanza... eso es lo que nos mantiene de pie, la esperanza que después de la tempestad llegue la calma, y al final del camino encontremos que valió la pena. Dicen que estos cambios tardan mucho tiempo en visualizar sus frutos, que debemos esperar décadas para captar sus bondades... ojalá que los hijos de mis nietos puedan afirmarlo positivamente...

Para concluir esta conversación con Ustedes, mis queridos amigos, quiero hacer mías las palabras del maestro EDUARDO J. COUTURE:

El día en que los jueces tengan miedo, ningún ciudadano puede dormir tranquilo. Tratando de ordenar en un sistema de ideas los principios básicos, radicales, aquéllos en torno a los cuales se agrupa toda experiencia acerca de la función y del cometido del juez, yo me he permitido reducirlos a tres órdenes necesarios: el de independencia, el de autoridad y el de responsabilidad. El de independencia, para que sus fallos no sean una consecuencia del hambre o del miedo; el de autoridad, para que sus fallos no sean simples consejos, divagaciones académicas, que el Poder Ejecutivo puede desatender a su antojo; y el de responsabilidad, para que la sentencia no sea un ímpetu de la ambición, del orgullo o de la soberbia, sino de la conciencia vigilante del hombre frente a su propio destino... (Introducción al estudio del proceso Civil, Pág. 76).

Por supuesto que debo agradecer esta gentil invitación, honrado de participar por cuarta vez consecutiva en estas Jornadas que se han convertido en las más importantes de Venezuela, por su amplitud y por su organización; quisiera dejarles esta reflexión de Francisco Carnelutti:

¿No es verdad acaso que el derecho es armonía? Ahí está el secreto de su fuerza. En el fondo, muy en el fondo, hacer derecho es hacer música. La célula del derecho es el juicio, y la célula del juicio es el ritmo.

El Parlamento Latinoamericano: Los desafíos de una alternativa hemisférica de integración en el siglo XXI

Jorge Petit Medina*

1. ASPECTOS GENERALES DE LA LABOR DEL PARLAMENTO LATINOAMERICANO

Después de casi treinta y seis años de su fundación el 10 de diciembre de 1964 en la ciudad peruana de Lima y después de trece años desde que Venezuela suscribiera el Tratado de su institucionalización, el Parlamento Latinoamericano (Parlatino), órgano parlamentario regional, permanente y unicameral, conformado por diputados de veintidós de los países hispano y luso parlantes del continente, y que tiene su sede regular y permanente en la ciudad brasileña de Sao Paulo, es una institución que muestra un balance incierto y poco concreto en lo que a logros, fines y efectividad se refiere.

Así como lo asienta Isidro Morales Paúl, un esquema de integración ha de poseer necesariamente órganos ejecutores de sus decisiones y con facultades

* Jorge Petit es abogado "Cum Laude" egresado de la Universidad del Zulia, Maracaibo, Venezuela. Investigador de la Sección de Integración Latinoamericana del Instituto de Filosofía del Derecho "Dr. José M. Delgado Ocando" de dicha Casa de Educación Superior. Cursante de la Maestría en Ciencias Políticas y Derecho Público, mención: Derecho Público (Constitucional y Administrativo).

tangibles, pero en Latinoamérica la mal entendida democracia representativa de partidos, ha impedido que en la práctica eso sea posible.

La existencia de una organización de integración precisa de órganos con poderes suficientes para avanzar hacia las etapas subsiguientes de este proceso, y superar los obstáculos derivados de intereses divergentes que no son siempre fáciles de soslayar. No se trata de afirmar que es indispensable la existencia de órganos supranacionales para iniciar el proceso de integración, como veremos. Se trata, simplemente, de una experiencia derivada de la ineficacia tradicional de los organismos intergubernamentales, esto es, aquellos integrados por representantes directos de los Estados miembros, que sólo expresan los intereses y políticas diseñados en sus respectivos países (Morales Paúl. 1980).

Los motivos son tan diversos como las calamidades que sufren los habitantes, los gobiernos y las economías de América Latina, éstos son en gran medida las variables intervinientes de dicho resultado poco alentador del Parlamento Latinoamericano. Pero es muy probable que el motivo de mayor peso sea que cuando se fundó este organismo colegiado sub-continental, la mayoría de los países de la América Latina que lo conforman, estaban aun gobernados por regímenes autoritarios, por lo que lógicamente no podía haber una conciencia y voluntad democrática real en la gran mayoría de sus Estados miembros, y no obstante, el Parlamento Latinoamericano (Parlatino) se había mantenido por muchos años como foro de discusión de los asuntos concernientes a la América Latina.

En efecto, fue la finalización de la "Guerra Fría" y la consecuente inserción o el reingreso al sistema democrático por parte de muchos países de la América Latina, lo que abrió la puerta para disipar temores con respecto a la unidad latinoamericana, y también el fenómeno de la "globalización", el cual ha sido indiscutiblemente el más determinante, en lo que representa el replanteamiento y el reimpulso del Parlamento Latinoamericano; pues la integración no sólo está en los mercados, en los papeles o en las declaraciones políticas; ahora la integración también está en la cultura, el turismo, y en los sistemas políticos y legislativos, aunque asimismo, lo está en los problemas, las amenazas y las miserias que aquejan a la América Latina, y por eso es que la convicción de la integración debe ser introducida sin retardos en la mentalidad y en los sentimientos de los pueblos.

Tal como lo señala Rincón (1997: 77 y 78), refiriéndose específicamente al esquema de integración subregional andino, lo cual *mutatis mutandi* también se aplica al sub-hemisferio, debido a que este conglomerado de factores es parte de la realidad latinoamericana,

...Las inmensas dificultades económicas de nuestros países, su incipiente grado de industrialización, la deuda externa que los agobia, las diferencias en su grado de desarrollo que generan la distribución desigual de los costos y beneficios... y tantos otros problemas estructurales, han amenazado y siguen amenazando el proyecto integracionista... Pero, a su vez, es evidente que la integración de nuestros pueblos requiere también de una reforma política al interior de los países miembros del esquema subregional, que permita concienciar a los encargados de las decisiones políticas para el avance de la misma, de las necesidades de incorporar a la integración en el proyecto político de los gobiernos nacionales, de manera de lograr la divulgación y valorización del ideal integracionista por parte de todos los habitantes... a objeto de alcanzar el apoyo y el entusiasmo que requiere un proceso de tal complejidad, que lo haga viable, sentido y legítimo.

2. ESTRUCTURA ORGANIZATIVA DEL PARLAMENTO LATINOAMERICANO

Los órganos funcionales del Parlamento Latinoamericano son la asamblea, la junta directiva, el consejo consultivo, la secretaría general y las comisiones permanentes.

La Asamblea es el órgano supremo del Parlamento Latinoamericano. Se integra con las delegaciones nacionales que acredita cada uno de los Estados miembros. La asamblea se reúne cada dos años en la sede permanente. Su principal función es la de elegir al Presidente, a los dos presidentes alternos, al secretario general, al secretario general alterno, al secretario de relaciones interparlamentarias, al secretario de comisiones permanentes. Crear comisiones especiales y designar a los países que presidirán las comisiones permanentes.

La Junta Directiva, es la máxima autoridad del Parlamento Latinoamericano, durante el período comprendido entre las sesiones ordinarias de la asamblea. La Junta Directiva está integrada por un presidente, dos presidentes alternos, un vicepresidente por cada país acreditado, un secretario general, un secretario general alterno, un secretario de las comisiones permanentes, un secretario de comisiones y el presidente del Consejo Consultivo.

El Consejo Consultivo, es el órgano especializado, de la organización, encargado de desempeñar las labores de asesoría política y legislativa. Está integrado por once parlamentarios o ex parlamentarios propuestos por la Junta Directiva a la Asamblea y ratificados por ésta.

La Secretaría General es el órgano de articulación, coordinación y supervisión permanente del Parlatino. Comunica a los Parlamentos miembros la con-

vocatoria a las diferentes reuniones, asesora a la Junta Directiva en la preparación de la agenda de la Asamblea y en la elaboración de los documentos de trabajo.

Y las Comisiones Permanentes, son los órganos especializados del Parlamento, con funciones de análisis, estudio o investigación. Tiene a su cargo la preparación de los asuntos que serán discutidos y decididos en la Asamblea o en la Junta Directiva. Las Comisiones Permanentes son la de asuntos: políticos, económicos y deuda externa; educación, ciencia y tecnología; jurídica; derechos humanos; medio ambiente; agricultura; ganadería y pesca; servicios públicos; narcotráfico y crimen organizado; salud; pueblos indígenas y etnias; energía y minas; defensa del usuario y del consumidor; mujer; deuda social; subregionales y municipales; laborales y previsionales; turismo y juventud.

3. PRINCIPIOS Y PROPÓSITOS DEL PARLAMENTO LATINOAMERICANO

Los principios permanentes e inalterables del Parlamento Latinoamericano (Parlatino) como órgano legislativo subhemisférico son:

...la defensa de la democracia; la integración latinoamericana; la no intervención; la autodeterminación de los pueblos para darse en su régimen interior el sistema político, económico y social que libremente decidan; la pluralidad política e ideológica; la igualdad jurídica entre los Estados; siendo partidarios de la búsqueda pacífica de la solución de las controversias internacionales donde prevalezca el derecho internacional. (Artículo 2º. del Tratado de Institucionalización del Parlamento Latinoamericano).

Por su parte, el artículo 3º, establece sus propósitos, entre los cuales están: *"...fomentar el desarrollo económico y social integral y tratar de alcanzar a la brevedad posible la plena integración económica, política y cultural; velar por el respeto irrestricto a los derechos humanos; la lucha contra el colonialismo y oponerse a la acción imperialista en América Latina".*

Si se comparan los propósitos del Parlamento Latinoamericano con los del Parlamento Andino, salvando las diferencias propias por el contexto y marco de acción, evidentemente, han de encontrarse muchas similitudes entre estos dos órganos parlamentarios de Sur América. A tal respecto,

El Parlamento Andino, órgano institucional creado para la promoción y afianzamiento de la cooperación política en el área andina, el 25 de octubre de 1979, en La Paz, Bolivia. Precisamente en los artículos 12 y 13 del Tratado Constitutivo del Parlamento Andino se consagran como atribuciones de este orga-

nismo subregional: *"...sustentar en la subregión andina el pleno imperio de la libertad, de la justicia social y de la democracia; velar por el respeto de los derechos humanos; promover la participación de los pueblos como actores del proceso de integración andina; fomentar el desarrollo de una conciencia comunitaria andina; así como proponer medidas y sugerencias que coadyuven a la aproximación de las legislaciones de los países miembros".* (LAEAL, 1987).

En el mismo sentido, si se hace una comparación con la Asamblea o Parlamento Europeo, el cual ejerce además, el control de la legalidad y oportunidad en forma intensa sobre los actos de la Comisión.

El Parlamento Europeo puede... según las atribuciones otorgadas por el artículo 138 B del Tratado de la Comunidad Europea (CE), introducido por el Tratado de la Unión Europea, solicitar a la Comisión que presente las propuestas oportunas sobre cualquier asunto que a juicio de aquél requiera la elaboración de un acto comunitario en la aplicación del tratado... (González-Oldekop, 1997: 134).

4. LA PRESENCIA DE VENEZUELA ACTUALMENTE EN EL PARLATINO

Venezuela suscribió el 16 de noviembre de 1987 el Tratado de Institucionalización del Parlamento Latinoamericano, ratificado mediante Ley Aprobatoria promulgada y publicada en Gaceta Oficial N° 34.035 del 23 de agosto de 1988, y su actuación en dicho órgano comunitario, si bien no ha sido destacada, ha sido estable y activa. Pero, existe un suceso alarmante y de pronósticos reservados para el futuro de la democracia en Venezuela y del éxito a largo plazo de organismos como éste en América Latina, este acontecimiento lo constituye la destitución de los diputados venezolanos miembros del Parlamento Andino y del Parlamento Latinoamericano (Parlatino), por parte de una decisión arbitraria adoptada por la Asamblea Nacional Constituyente de Venezuela en enero de este año.

En efecto, la legitimación activa para remover a dichos funcionarios de sus cargos, la tienen precisamente quienes los designaron, y en este caso, esos diputados venezolanos fueron electos por mandato popular en noviembre de 1998; ni siquiera fueron designados por el antiguo Congreso Nacional (órgano con funciones y características relativamente similares a la de la actual Asamblea Nacional) el cual renovó la correlación de sus fuerzas políticas también en ese preciso momento; mucho menos podría la Asamblea Nacional Constituyente o la Comisión Legislativa Nacional (pequeño cuerpo legislativo que asumió

funciones una vez finalizada la labor y el mandato del primero) poseer la autoridad y legitimidad para revocarles el mandato.

Es necesario destacar, que con el ya referido acto de la Asamblea Nacional Constituyente que se instaló en Venezuela en agosto de 1999 para sancionar la nueva Ley Fundamental del Estado venezolano, también se infringen flagrantemente disposiciones que en materia de integración latinoamericana consagra expresamente la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, vigente desde el 30 de diciembre de 1999. Es poco alentador, que aun cuando la precitada Norma Fundamental del ordenamiento jurídico venezolano, viene a reconocer expresamente y a darle carácter vinculante, preferente e inmediato a las normas y las decisiones de los órganos supranacionales, cuando éstas incidan sobre el ordenamiento jurídico de Venezuela, la ya citada Asamblea Constituyente, por una interpretación errada de la filosofía política y de la ciencia del derecho, por poco tacto, por una equívoca demostración de poder o por capricho, haya destituido a los representantes por Venezuela al Parlamento Latinoamericano, quienes sí tenían legitimidad y autoridad.

En efecto, el artículo 153 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece:

La República promoverá y favorecerá la integración latinoamericana y caribeña, en aras de avanzar hacia la creación de una comunidad de naciones, defendiendo los intereses económicos, sociales, culturales, políticos y ambientales de la región. La República podrá suscribir tratados internacionales que conjuguen y que aseguren el bienestar de los pueblos y la seguridad colectiva de sus habitantes. Para estos fines, la República podrá atribuir a organizaciones supranacionales, mediante tratados, el ejercicio de las competencias necesarias para llevar a cabo estos procesos de integración. Dentro de las políticas de integración y unión con Latinoamérica y el Caribe, la República privilegiará las relaciones con Iberoamérica, procurando sea una política común de toda nuestra América Latina. Las normas que se adopten en el marco de los acuerdos de integración serán consideradas parte integrante del ordenamiento legal vigente y de aplicación directa y preferente a la legislación interna. (El destacado es del autor).

Esta disposición constitucional del Estado venezolano, viene a significar un loable avance en lo que respecta a la promoción de los procesos de integración hemisférica. Debido a que de un modo expreso e indubitable se dispone que las decisiones adoptadas dentro de los esquemas de integración, tendrán aplicación directa y preferente al derecho interno. Además, compromete a sus actores políticos al afianzamiento y perfeccionamiento de los mecanismos de

la integración, los cuales hasta el momento se han evidenciado más en la retórica que en los hechos. Afirmación que se hace, por la poca consideración e importancia que se le ha dado en América Latina a la institución de la supranacionalidad; con las consecuencias que producen en el ámbito del derecho interno y del derecho internacional, puestas de manifiesto cuando los miembros de un ente supranacional reciben competencias que tradicionalmente eran exclusivas del derecho interno estatal a dicho órgano supranacional.

La supranacionalidad de un organismo internacional se pone en evidencia cuando sus miembros no sólo están dispuestos a cooperar limitando sus competencias, sino que, dando un paso más, las transfieren a las instituciones de la organización a las que dotan de un poder normativo capaz de producir efectos jurídicos vinculantes de forma automática y uniforme en el orden interno de los Estados miembros, incluso con un rango jerárquico superior al de sus leyes (Remiro Brotons, 1997:150).

5. CONSIDERACIONES FINALES

Hasta que los Estados miembros del Parlamento Latinoamericano no adopten de consenso la fórmula de la supranacionalidad en estricto sentido y para todos sus ámbitos de aplicación, haciendo énfasis en la inmediatez y autoejecutividad de sus disposiciones y acuerdos adoptados en su seno, este órgano jamás será un verdadero cuerpo parlamentario semi-hemisférico con plena y real autoridad, tal como le corresponde ser. Es menester que la democracia se haga sentir más, y para ello las decisiones del Parlamento Latinoamericano deben ser aprobadas por voluntad popular por los nacionales de cada Estado miembro luego que sean sancionadas, y no que sólo lo ratifiquen los poderes legislativos nacionales, pues lo último es una forma de participación política semi-directa que está desfasada con los signos de los tiempos actuales debilitando la vigencia de los organismos políticos representativos de cualquier tipo.

En este sentido, el ocho de noviembre de 1998, por primera vez en la historia de Venezuela como miembro de un órgano comunitario o de integración como lo es el Parlamento Latinoamericano (Parlatino), han sido electos popular, directa y secretamente por los ciudadanos aptos y capaces para ejercer el derecho activo al sufragio, los representantes o diputados por Venezuela al Parlamento Latinoamericano y al Parlamento Andino, simultáneamente con la elección de senadores y diputados al Congreso Nacional y gobernadores de Estados de dicho país latinoamericano. Pero, un acto como ese, aunque es

un avance significativo en la perfección de la democracia y de la igualdad política internacional, aún no es suficiente, pues la Comunidad Latinoamericana de Naciones sólo será posible y real en la medida en que en la América Latina, los habitantes de cada país voten sobre decisiones comunitarias, tal como ha sucedido en la Unión Europea a partir de 1996 con el Tratado de Ámsterdam, el cual introdujo reformas a lo convenido en Maastricht en el año 1992. Precisamente, al hacer referencia al Tratado de Maastricht, se puede decir, con palabras de González-Oldekop, que:

Este Tratado, además de instaurar la Unión Europea como gran idea integradora y como sistema complejo de integración, profundizó en varios aspectos la integración europea. Entre las medidas de profundización tomadas en relación a la CE estableció dentro del Tratado CE la Unión Económica y monetaria y amplió sus competencias y las facultades legislativas del Parlamento Europeo a través del procedimiento de codecisión, además de establecer la figura del Defensor del Pueblo como órgano del Parlamento Europeo (González-Oldekop, F. 1997: 25 y 26).

Con respecto a la supranacionalidad y al carácter preferente de los procesos y esquemas de integración, la Constitución colombiana sancionada en 1991 establece expresamente en su artículo 227:

El Estado promoverá la integración económica, social y política con las demás naciones y especialmente con los países de América Latina y del Caribe, mediante la celebración de Tratados que sobre las bases de equidad, igualdad y reciprocidad, creen organismos supranacionales, inclusive para conformar una comunidad latinoamericana de naciones. La ley podrá establecer elecciones directas para la constitución del Parlamento Andino y del Parlamento Latinoamericano.

En este particular, vale la pena destacar que la novel Constitución venezolana de diciembre de 1999, plantea por vez primera en la historia de las Constituciones de dicho país y de un modo expreso, la posibilidad de insertar en el derecho interno estatal, por vía de los referendos aprobatorios, las disposiciones, normas o transferencia de competencias a organismos supraestatales. Dicha previsión se encuentra en el segundo párrafo del artículo 73 de la referida norma, que dispone textualmente:

...Los tratados, convenios o acuerdos internacionales que pudieren comprometer la soberanía nacional o transferir competencias a órganos supranacionales, podrán ser sometidos a referendo por iniciativa del Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros; por el voto de las dos terceras partes de los integrantes de la Asamblea; o por el quince por ciento de los electores o electoras inscritos e inscritas en el registro civil y electoral (artículo 73. Constitución Nacional de la República Bolivariana de Venezuela).

Pero, de todos los retos que enfrenta la América Latina en general y el Parlamento Latinoamericano en particular, es la vigencia y la estabilidad del sistema, la gobernabilidad democrática y la educación y puesta en práctica de los ejercicios para el respeto y defensa de los derechos humanos, y no tener este sustantivo sólo como un concepto utópico y romántico; pues la crisis de gobernabilidad democrática en Latinoamérica, actualmente se debe a problemas de injusticia social, los cuales se traducen principalmente en la poca credibilidad o confianza de los ciudadanos en sus gobernantes y en los dirigentes políticos, la pérdida de los valores morales y la violación de los derechos humanos o la actitud indiferente ante la comisión de tales actos. Este desafío se hace mayor cuando han surgido intentos o formas manifiestas, pero "suavizadas" de establecer gobiernos autoritarios en el continente. Asimismo puede mencionarse la crisis ocurrida en Ecuador el 21 de enero de 2000, que trajo como consecuencia la renuncia de Jamil Mahuad a la presidencia de dicho país; o al intento de golpe de Estado ocurrido el pasado 19 de mayo, en el Paraguay, el cual fue afortunadamente conjurado por el gobierno del Presidente de ese país, Luis González Macchi, es incoherente que el gobierno del presidente argentino Dr. Carlos Saúl Menem le concedió el derecho de asilo político al general retirado paraguayo Lino César Oviedo, teniendo en cuenta que el Paraguay es miembro del Mercado Común del Sur (MERCOSUR), en este caso hubo una violación del derecho comunitario, pues entre los estados miembros debe haber asistencia mutua entre sus órganos judiciales. El Paraguay hizo un pedido de captura internacional a través de la INTERPOL, pero la solicitud le fue denegada al gobierno legítimo del Paraguay. A esto se le puede agregar el acontecimiento ocurrido en Venezuela el 28 de mayo de 2000 cuando se suspendió el proceso electoral de relegitimación de los poderes públicos y de los cargos de elección popular debido al manejo poco transparente de este proceso atribuida a la ineficiencia de la empresa española de informatización INDRA y a los miembros de la Junta Directiva del Consejo Nacional Electoral.

La integración no ha de ser sólo un fenómeno impulsado por los intereses o tendencias políticas del momento; para que sea una muestra del avance y manifestación de interdependencia, buena fe, colaboración e igualdad de los pueblos, se hace menester hacerla parte de la cultura de los pueblos.

De manera que resulta una necesidad inaplazable la enseñanza de estos temas en el proceso de educación formal de la población de los países... tema en el cual se ha avanzado muy poco hasta el presente, limitándose su divulgación tan sólo a limitados círculos académicos, empresariales y gubernamentales, a través de foros especializados organizados por los gobiernos nacionales, universidades y otras entidades docentes o de investigación, organizaciones intergubernamentales y comunitarias. (Rincón, L. 1997: 99).

La integración latinoamericana, no debe verse como un objeto abstracto ni como la multiplicación de problemas y crisis políticas, desigualdades sociales, debilitamiento institucional, inseguridad jurídica, carencia de soluciones auténticas y el resurgimiento de caudillos mesiánicos, muy por el contrario ha de ser vista como la arista positiva de esa realidad llamada "globalización". La integración debe perfilarse hacia el fortalecimiento de los esquemas e instituciones ya existentes, unicidad de criterios y resultados positivos de una política internacional proactiva de la mancomunidad latinoamericana, equidad social, política y económica, y crear en los ciudadanos la convicción que la legitimación activa para la validez interna, y uno de los factores decisivos en el éxito y vigencia de estos procesos los tienen ellos.

BIBLIOGRAFÍA

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Asamblea Nacional Constituyente, *Gaceta Oficial*, N° 36.860, Caracas, 30 de diciembre de 1999.

Diplomacia, N° 81. Academia Diplomática de Chile. Santiago, diciembre de 1999.

DUQUE ESCOBAR, IVÁN: *Bolívar una visión dispersa*, Santa Fe de Bogotá, marzo de 2000.

GAMBOA SERAZZ, FERNANDO: *Derecho Internacional Público*, Editorial Universidad de Talca, Chile, 1998.

GONZÁLEZ-OLDEKOP, FLORENCIA: *La Integración y sus Instituciones*, Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires, 1997.

Ley Aprobatoria del Tratado de Institucionalización del Parlamento Latinoamericano, *Gaceta Oficial* N° 34.035. Congreso Nacional de la República de Venezuela. Caracas, 23 de agosto de 1988.

Manual de Integración Latinoamericana. Instituto de Altos Estudios de América Latina (IAEAL), Universidad Simón Bolívar (USB). Caracas, 1987.

MORALES PAÚL, ISIDRO: *Derecho Internacional Económico (Derecho de la Integración)*, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1980.

REMIRO BROTONS, ANTONIO: *Derecho Internacional*, Editorial Mc Graw Hill. Madrid, 1997.

Tratado de Institucionalización del Parlamento Latinoamericano. Santa Rosa de Lima, diciembre de 1964.

Procedimiento administrativo de la responsabilidad extracontractual de la administración pública por sus hechos y actos¹

María Eugenia Soto Hernández

SUMARIO

Introducción • 1. Procedimiento administrativo de la Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública. 1.1. Concepto. 1.2. Base normativa • 2. Agotamiento del Procedimiento Administrativo de la Responsabilidad Extracontractual de la administración pública por sus hechos. 2.1. En el caso de la República: Antejjuicio Administrativo. 2.2. En el caso de entes

¹ Las abreviaturas utilizadas en la investigación son las siguientes: art. : artículo; arts. : artículos; CRBV: Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999; CPCA: Corte Primera de lo Contencioso Administrativo; CSJ/SCC: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil; CSJ/SPA: Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa; <http://www.tsj.gov.ve>: Página web del Tribunal Supremo de Justicia; LODDC: Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencias de Competencias del Poder Público; LOPGR: Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República; LOPA: Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos; LORM: Ley Orgánica de Régimen Municipal; LOTPT: Ley Orgánica de Tribunales y de Procedimientos del Trabajo; No.: número; num.: numeral; nums.: numerales; TSJ/SC: Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional; RDP: Revista de Derecho Público.

públicos diferentes a la República: no-procedencia del Antejudio Administrativo en la mayoría de los casos • 3. Antejudio Administrativo. 3.1. Procedimiento. 3.1.1. Iniciación. A. Oportunidad de la pretensión. B. Recibo de la solicitud, excepción. C. Aplicación de la ley orgánica de hacienda pública nacional. 3.1.2. Sustanciación. A. Formación y remisión del expediente. B. Formulación y remisión del dictamen. 3.1.3. Decisión. A. Notificación del dictamen. B. Opinión contraria al dictamen. C. Posición del interesado. D. Remisión de la posición del interesado a la Procuraduría. E. Representación de la República en manos del Procurador General de la República. F. Silencio Administrativo. G. No-Aceptación del criterio por parte del Procurador. H. Aceptación del criterio por parte del Procurador. 3.2. Consecuencia de la no-instauración del Antejudio Administrativo. 3.3. Naturaleza jurídica • 4. Agotamiento del procedimiento administrativo de la Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública por sus actos. 4.1. En el caso de los actos administrativos de efectos generales. 4.2. En el caso de los actos administrativos de efectos particulares • Conclusiones • Bibliografía,

INTRODUCCIÓN

La responsabilidad extracontractual de la Administración Pública se origina por dos de sus formas jurídicas de actuación: los actos y los hechos. La Administración Pública para expresar su voluntad necesita de formas de exteriorización bilaterales y unilaterales representadas de la siguiente forma: contratos, los hechos, los actos administrativos de efectos particulares, los actos administrativos de efectos generales y los simples actos de la Administración Pública.

En primer lugar y en relación con las manifestaciones bilaterales se encuentran los contratos, los cuales a su vez pueden distinguirse en contratos administrativos y contratos privados de la administración. (En contra: Laguna Navas, 1999; Brewer-Carías, 1997). Las controversias que se susciten de los primeros serán conocidas en sede de la jurisdicción contenciosa administrativa, como fuero privilegiado del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Política Administrativa, mientras que las controversias que se deriven de los contratos privados de la administración, serán dirimidas en sede de jurisdicción ordinaria.

En segundo lugar, y con referencia a las manifestaciones unilaterales de la Administración Pública cabe nombrarse los cuatro restantes rubros de las cinco

y sólo cinco formas jurídicas de actuación de la Administración Pública: los hechos, los actos administrativos de efectos particulares, los actos administrativos de efectos generales y los simples actos de la Administración Pública (Dromi, 1997). A tales efectos, se considera al Reglamento como actuación encuadrada en la categoría de acto administrativo de efectos generales. La Carta Magna Venezolana reconoce esta similitud cuando señala como atribuciones del Tribunal Supremo de Justicia el declarar la nulidad total o parcial de los reglamentos y demás actos administrativos generales (CRBV, 1999: artículo 266, num. 5). En este supuesto la palabra "demás" permite categorizar al reglamento como un acto administrativo de efectos generales.

Existen criterios adversos tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Por ejemplo, el caso Parque Nacional Mochima, el cual fue objeto de severas críticas plantea:

En el presente caso, el acto administrativo impugnado y sobre el cual se argumentan razones de ilegalidad e inconstitucionalidad afecta a personas específicas, son perfectamente identificables en la medida que se encuentren en el supuesto de hecho del acto administrativo en cuestión. En consecuencia, esta Sala Política Administrativa es competente para conocer tanto del recurso de amparo como de la acción de nulidad, en razón de tratarse de un acto administrativo emanado del Ejecutivo Nacional de efectos particulares aun cuando la forma jurídica utilizada sea la de un Decreto y la regulación en él contenida tenga el carácter de un acto de efectos generales (CSJ/SPA: 5/10/1989, consultado en original).

Caballero Ortiz (1999:12) considera que en esta decisión se refiere a la presencia de actos que no identifican a sus destinatarios, dirigida a todos los propietarios que hubiesen realizado construcciones en el Parque Mochima, se trata de actos generales, sin que pueda estipularse que las personas a las que van dirigidos sean perfectamente identificables, pues por esa vía la mayoría de los actos normativos se transformarían en actos individuales. Asimismo, el autor coloca el ejemplo del reglamento de la Ley de Abogados o un reglamento dirigido a todos los profesores de escalafón de las universidades nacionales, cuyos destinatarios son perfectamente identificables y de igual forma asevera que no es la circunstancia de que el acto afecte a personas que puedan identificarse lo que califica a un acto individual, sino su designación concreta en el acto (Leal Wilhelm, 1997:34).

Igualmente el autor Caballero Ortiz (1999:9) afirma que la Constitución de 1999, sigue las mismas consideraciones de 1961, al acoger en el concepto de acto administrativo tanto los generales como los individuales, incluidos los reglamentos.

En la presente investigación sólo será objeto de revisión analítica en el plano legal, doctrinal y jurisprudencial, la responsabilidad extracontractual de la Administración Pública por sus hechos administrativos y la responsabilidad extracontractual de la Administración Pública por sus actos administrativos de efectos generales y de efectos particulares.

Particularmente, en el caso de la responsabilidad extracontractual de los hechos administrativos, no existe un acto administrativo previo que va a ser sometido a un juicio contradictorio como lo es el proceso contencioso administrativo, sino que como requisito de procedibilidad de una demanda contra la República y los entes diferentes a la República que gozan de esta prerrogativa, debe cumplirse a cabalidad un procedimiento administrativo especial para considerar agotada la vía administrativa denominada antejuicio administrativo, como fase pre-contenciosa, y que muchas veces juega un papel conciliatorio, al producirse un arreglo amigable entre las partes, que no dé lugar a la apertura del proceso contencioso administrativo. Este es un caso si se quiere de carácter excepcional porque en las demandas contra los demás entes públicos diferentes a la República cuando se trata de actuaciones u operaciones materiales (institutos autónomos —excepción en materia laboral—, empresas del Estado, fundaciones, asociaciones, etc.) no existe un procedimiento administrativo previo.

En la responsabilidad extracontractual de los actos administrativos, el procedimiento administrativo conlleva a la construcción de un acto administrativo (acto definitivo). Esta declaración de voluntad de la administración puede ser objeto de revisión, a instancia del particular y por la misma Administración Pública en vía jurídico procedimental, al interponer los recursos preceptuados en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (LOPA), si no existe disposición especial que aplicar. Estos recursos son los siguientes: recurso de reconsideración, recurso jerárquico, y en el caso de los institutos autónomos el recurso ante el Ministro de adscripción. El recurso de revisión opera contra los actos administrativamente firmes y no contra los actos definitivos (LOPA, 1981:art.97).

1. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Para delimitar el término procedimiento administrativo es necesario realizar la siguiente acotación: el procedimiento administrativo y el proceso contencioso

ioso administrativo se distinguen de forma radical y desde todo punto de vista. El primero de ellos se desenvuelve en manos de órganos administrativos y desemboca en la producción de actos, proveimientos administrativos, mientras que el segundo es desplegado por órganos judiciales, generalmente especializados, y el resultado son actos judiciales, denominados sentencias.

1.1. Concepto

Es la vía procedimental general o especial de constitución y formación de los actos administrativos de efectos particulares, así como también la vía previa conciliatoria y amigable de carácter especial de los hechos administrativos; las cuales son tratadas en sede administrativa por órganos de la Administración Pública, nacional, estatal o municipal, y sus productos, actos y hechos, han ocasionado daños antijurídicos a los particulares.

El concepto consta de tres partes las cuales se analizan pormenorizadamente:

- “Es la vía procedimental general o especial de constitución y formación de los actos administrativos de efectos particulares”: Se señala que es un camino, una vía estipulada de forma general en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y en los casos que exista un procedimiento especial, se aplicará éste con preferencia. Este procedimiento, de oficio o a instancia de parte, da nacimiento y formación a una declaración de voluntad, juicio de conocimiento de la Administración Pública que resuelve la controversia planteada, denominada acto administrativo de efectos particulares de carácter definitivo, el cual a su vez y a instancia del interesado podrá ser revisado en sede administrativa. Estos actos gozan de la presunción de legitimidad o veracidad, la cual significa que los actos administrativos se presumen legítimos, a menos que se demuestre lo contrario. La palabra procedimiento administrativo debe ser generalmente entendida, por una parte, como la formación y constitución del acto mismo que resuelve el fondo de la controversia planteada (acto definitivo), y, por la otra, lo atinente a la interposición de los recursos en el tiempo estipulado. Los actos administrativos de efectos generales son dictados de oficio, de manera unilateral por la Administración para surtir efectos *erga omnes* y una vez que son publicados, se agota la vía administrativa *per se*. En el supuesto de los hechos derivados de la República y de los demás entes que gozan de este privilegio el agotamiento del procedimiento administrativo está condicionado a la interposición del antejuicio administrativo. En los demás casos de actuaciones materiales de entes públicos y entes privados de la Administración Pública no existe procedimiento administrativo previo

que agotar. Este agotamiento constituye un requisito procesal del proceso contencioso administrativo, es un paso previo y por ello se convierte en una obligación legalmente impuesta al actor de agotar las vías administrativas útiles y disponibles ante la misma Administración Pública. Esta fase es considerada un aporte a la vía jurisdiccional desde tres puntos de vista: En primer término, constituye una prerrogativa de la Administración en virtud del principio de supremacía de la Administración, debido a que el agotamiento sirve de protección a la Administración, en el sentido de que sus actos y hechos no podrán ser llevados a juicio sin antes haber tomado posición. En segundo término, protege al actor de incoar procesos en los cuales la Administración estaría dispuesta a dar amigable y administrativamente una satisfacción. En tercer término, facilita las labores del Juez competente para conocer de la controversia, pues se encuentra ante una cuestión ya debatida y ante un expediente administrativo formado (Brewer-Carías, 1997:141). No obstante, estos alegatos no son de carácter determinante para que el juez decida de igual forma que lo hizo la Administración, porque entonces el conflicto de intereses en vía jurisdiccional no tendría sentido.

- "...así como también la vía previa conciliatoria y amigable de carácter especial de los hechos administrativos". Se señala que existen actuaciones u operaciones materiales de los órganos de la Administración Pública, en particular de la República, ya sea conforme a derecho o no, es decir, autorizadas o no por el ordenamiento constitucional, legal y reglamentario que pueden ser llevadas a juicio contradictorio, y que deben seguir un procedimiento administrativo especial, representado por la figura del antejuicio administrativo, el cual será dirimido por el Ministerio respectivo, previo informe de la Procuraduría General de la República.
- "...las cuales son tratadas en sede administrativa por órganos de la Administración pública, nacional, estatal o municipal, y sus productos, actos y hechos, han ocasionado daños antijurídicos a los particulares". Como producto del recorrido procedimental que han seguido los actos y los hechos en cuestión, éstos deben haber lesionado la esfera subjetiva de los particulares, y por ende haber causado un daño de carácter antijurídico, subjetiva u objetiva, imputable a los órganos de la Administración Pública del Poder Nacional, de los Estados o de los Municipios.

1.2. Base normativa

La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos establece el recorrido procedimental que deben seguir los actos administrativos de efectos particu-

lares y la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República señala, al respecto, el procedimiento de los hechos administrativos provenientes de la República.

En ambos casos se plantea una secuencia de actos de las autoridades administrativas unidos entre sí y que tienden a un mismo fin: la formación y constitución de la decisión administrativa, aun cuando en relación con el antejuicio administrativo su fin no es crear la decisión administrativa, sino servir de medio de conciliación y ayuda para resolver un conflicto de intereses (Araujo Juárez, 1998). En relación con las principales bases que establecen la necesidad de agotar estas vías se tienen las siguientes:

En cuanto a los actos:

Interpuesto el recurso de reconsideración, o el jerárquico, el interesado no podrá acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, mientras no se produzca la decisión respectiva o no se venza el plazo que tenga la administración para decidir (LOPA, 1981:art. 92).

La vía contencioso administrativa quedará abierta cuando interpuestos los recursos que ponen fin a la vía administrativa, éstos hayan sido decididos en sentido distinto al solicitado, o no se haya producido decisión en los plazos correspondientes. Los plazos para intentar los recursos contenciosos son los establecidos por las leyes correspondientes (LOPA, 1981:art. 93).

En cuanto a los hechos:

Quienes pretendan instaurar judicialmente alguna acción en contra de la República deberán dirigirse, previamente y por escrito, al Ministerio al cual corresponda el asunto para exponer concretamente sus pretensiones en el caso. De la presentación de este escrito se dará recibo al interesado a menos que su remisión haya sido hecha por conducto de un juez o de un notario... (LOPGR, 1965:art. 30).

2. AGOTAMIENTO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA POR SUS HECHOS

2.1. En el caso de la República: antejuicio administrativo

La jurisprudencia venezolana en el caso **Franklin Castañeda y Kalin Hoche Abud** estipula el cometido o razón del porqué el antejuicio administrativo agota la vía administrativa:

El señalado procedimiento, comúnmente denominado "antejuicio administrativo" por su carácter previo al proceso judicial, ha sido tradicionalmente consagrado en las leyes destinadas a regir el funcionamiento de la Procuraduría General de la República y se encuentra regulado en los arts. 30 al 37 de la vigente, promulgada el 20/12/1965; cumple el objetivo de provocar una decisión de la Administración cuando no exista previamente un acto administrativo que pueda ser impugnado por los interesados —tal como sucede en el contencioso de anulación— ante una vía judicial y, a tal efecto, el art. 34 ejusdem deja a éstos abierto el acceso a los tribunales si se produce un prolongado silencio (53 días hábiles) de la Administración respecto a la reclamación o solicitud por ellos intentada. Es en atención a esta característica que tiene el antejuicio de provocar una decisión administrativa susceptible de impugnación en la vía judicial —tal como el acto administrativo que haya causado estado, respecto del contencioso de anulación— que la doctrina le ha atribuido la naturaleza de procedimiento destinado a preservar el principio ("regla de la decisión previa") de la necesidad de obtener una decisión de la Administración, firme ya en vía administrativa, que puede obrar como antecedente y objeto de la reclamación judicial posterior ante los tribunales contencioso-administrativos (CSJ/SPA: 6/08/1987, consultada en Ortiz Álvarez, 1997:683).

De lo expuesto se infiere que al no existir acto administrativo previo de la República, porque no se está debatiendo una actuación o pronunciamiento de la República, sino una operación material, un hecho administrativo, lícito o ilícito, que originó daños en la esfera subjetiva de los particulares, lo procedente en este caso es el procedimiento administrativo, previsto en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, el cual consiste en una etapa conciliadora de necesario agotamiento por parte de los particulares que pretendan someter a juicio a la República, y fue creada por el legislador con el objeto de evitar tanto al particular como a la República, como parte demandada, demoras e inconvenientes propios de la tramitación jurisdiccional, así se estableció en dictamen de fecha 18/12/1987 (Venezuela, Fundación Procuraduría General de la República, 1987:22).

Este mecanismo del antejuicio administrativo ha sido catalogado como "un paso previo cuya finalidad es obtener una decisión en vía administrativa que sirva, de alguna manera, para impedir la potencial instauración de una acción judicial, cuando no existan razones suficientes que la justifiquen" (Fraga Pittaluga, 1998:157).

En este orden de ideas también se le ha asignado al antejuicio administrativo la categoría de garantía para la administración, una garantía que le permite a la República conocer de manera exacta las pretensiones que serán alegadas

por el particular en vía jurisdiccional, una vez agotado el antejuicio (CSJ/SPA: 1/05/1999, consultada en Pierre Tapia, 1999a:142).

No deberá de ninguna forma confundirse el antejuicio administrativo con el antejuicio en materia contencioso funcional, previsto en la Ley de Carrera Administrativa, cuando se trata de la responsabilidad disciplinaria en la cual incurre el agente de la administración cuando incumple sus obligaciones. En este caso se debe agotar una vía administrativa denominada juntas de avenimiento que surten como gestiones conciliadoras, previstas en los arts. 14 al 16 de la Ley de Carrera Administrativa, la interposición de esta querrela sustituye al antejuicio administrativo previstos en los arts. 30 y siguientes de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República. Este antejuicio administrativo es intentado por los interesados, ajenos a una relación de empleo público con la administración, contra la República cuando crean que han sido perjudicados en sus derechos, en cambio con las juntas de avenimiento se pretende regular la situación de los funcionarios o empleados públicos frente a la administración. Por lo tanto, en los casos de reclamo de derechos de los funcionarios contra la República, el procedimiento administrativo a seguir es el consagrado por la Ley de Carrera Administrativa y no el del antejuicio administrativo, previsto en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República. Así lo confirma la jurisprudencia venezolana (CPCA: 21/04/1980 y 6/03/1980, consultadas en RDP N° 2: 171).

2.2. En el caso de entes públicos diferentes a la República: no-procedencia del antejuicio administrativo en la mayoría de los casos

El daño antijurídico que genera responsabilidad puede provenir de un hecho administrativo, una operación material ejecutada por un órgano de cualquier Estado, Municipio, establecimientos públicos institucionales, corporativos y asociativos, en los cuales no es procedente el procedimiento especial del antejuicio administrativo en principio.

Sin embargo, por un lado, la Ley Orgánica primaria en materia de descentralización territorial plantea: "Los Estados tendrán, los mismos privilegios prerrogativas fiscales y procesales de que goza la República" (LODDTC, 1989: art. 33). Y por el otro, la Ley que rige el régimen local en Venezuela:

El Municipio gozará de los mismos privilegios y prerrogativas que la legislación nacional otorga al Fisco Nacional, salvo las disposiciones en contrario contenidas en esta Ley. Igualmente regirán para el municipio de las

demás disposiciones sobre Hacienda Pública Nacional en cuanto le sean aplicables (LORM, 1989:art. 102).

Se infiere del análisis de estas disposiciones que también podrá ser aplicado el procedimiento de antejuicio administrativo cuando se demande a los Estados y a los Municipios.

En dictamen de la Procuraduría de fecha 20/03/1991 se ha afianzado el criterio de que sólo en presencia de demandas en contra de la República opera el antejuicio administrativo, y por el contrario no procede cuando se trate de demandas contra empresas con participación decisiva del Estado, institutos autónomos y fundaciones.

El procedimiento establecido en los artículos 30 y siguientes de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República no es aplicable para los casos de acreencias contra institutos autónomos y demás personas jurídicas de derecho privado constituidas con capital público o mixto las cuales han sido dotadas de personalidad jurídica propia e independiente de la del Fisco Nacional con capacidad financiera y procesal individualizada que le permite su autogestión. Debe destacarse el hecho de que en el caso de que un particular intentara una querrela judicial en contra de la Fundación, no tendría que agotar la vía administrativa a través del "antejuicio administrativo" previsto en la Ley Orgánica que rige a este Organismo (artículos 30 y siguientes) para intentar su demanda sino que obraría directamente contra dicha Fundación (Venezuela, Fundación Procuraduría General de la República, 1991:173).

En igual sentido la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo es del criterio que con relación a las demandas contra los institutos autónomos es improcedente imponerle los requisitos del antejuicio administrativo, cuando tal exigencia no está consagrada por ley alguna relativa a los institutos autónomos en cuestionamiento, empero esta circunstancia no obsta para que opere la obligación en la cual están incurso los funcionarios judiciales de notificar al Procurador General de la República de las demandas en contra los intereses patrimoniales de la República, según el art. 38 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (CPCA: 26/03/1981, consultada en RDP N° 6:175).

Sin embargo, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo ha aseverado que el antejuicio administrativo podrá ser extendido a los institutos autónomos cuando los instrumentos legales que los regulen lo prevean de forma expresa (CPCA: 8/02/1990, consultada en RDP N° 41:138). El Tribunal Supremo de Justicia también ha afianzado dicho criterio al estipular, en el caso **Soldaduras y Tuberías de Oriente C.A. (Soltuca) vs. Instituto Nacional**

de Obras Sanitarias, que para que pueda ser extendido el antejuicio administrativo a las demandas contra otras personas jurídicas, es menester que exista expresa previsión legal al respecto. Dada la no-existencia de una normativa general que regule los institutos autónomos, es necesario proceder al análisis de la respectiva ley de creación, a fin de conocer si esta exigencia procesal le es aplicable al instituto autónomo que se demande en cada caso en concreto (CSJ/SPA: 14/03/1991, consultada en Ortiz Álvarez, 1997:693). De esta manera es pertinente afirmar que en los juicios en contra de institutos autónomos, cuando se alegue como cuestión previa la falta de interposición del antejuicio administrativo, ésta resultará improcedente, si los instrumentos legales de regulación no lo prevén de forma expresa (CPCA: 8/02/1990, consultada en Ortiz Álvarez, 1997:692). Y si la contemplan expresamente deberá hacer alusión a que el instituto autónomo gozará de prerrogativas fiscales y procesales para que proceda a aplicársele la fase pre-contenciosa.

Tanto a los institutos autónomos nacionales, estatales y municipales no le es procedente esta reclamación previa administrativa, salvo excepción expresa de la ley (Caballero Ortiz, 1995).

Existe entonces excepciones legales expresas y una de ellas es que en los juicios en materia laboral contra los institutos autónomos, los tribunales no podrán dar curso a la demanda sin previa comprobación de haberse gestionado la respectiva reclamación por la vía administrativa (LOTPT, 1959:art. 32).

En otro orden de ideas, de cualquier acción judicial que se intente contra las asociaciones civiles del Estado afecta indirectamente los intereses patrimoniales de la República, lo que hace procedente la notificación al Procurador General de la República, así se ha señalado en dictamen 09/03/1993 de la Procuraduría General de la República (Venezuela, Fundación Procuraduría General de la República, 1993:124). Sin embargo, no se realiza un procedimiento de antejuicio administrativo.

Ahora bien, configurándose el instituto autónomo una persona jurídica de derecho público en cuyos juicios en contra no procede el antejuicio administrativo, salvo excepciones legales; mucho menos podrá justificarse este procedimiento administrativo especial en las reclamaciones contra las fundaciones y los bancos, cuya naturaleza jurídica corresponde a personas jurídicas de derecho privado (CSJ/SCC: 1/12/1994, consultada en Ortiz Álvarez, 1997:689 y CSJ/SPA: 1/08/1996, consultada en Ortiz Álvarez, 1997:744).

3. ANTEJUICIO ADMINISTRATIVO

3.1. *Procedimiento*

Para que prospere las acciones contra la República por los hechos causantes de daños antijurídicos a los particulares, debe cumplirse con el procedimiento administrativo previo, establecido en el art. 30 y siguientes de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (CSJ/SPA: 6/05/1980, consultada en RDP N° 3:167).

La Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República establece, en el Título III Del procedimiento administrativo previo a las acciones contra la República y de la actuación de la Procuraduría General de la República en juicio, Capítulo I Del procedimiento administrativo previo a las acciones contra la República plantea el siguiente procedimiento:

3.1.1. INICIACIÓN

A. **Oportunidad de la pretensión:**

El particular que se vea lesionado por un hecho de la República, deberá dirigirse por escrito, al Ministerio al cual corresponda el asunto con el objeto de exponer sus pretensiones (LOPGR, 1965:art. 30). El dictamen de fecha 15/10/1985 en relación con este escrito señala lo siguiente:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República a los efectos del antejuicio administrativo el interesado deberá dirigirse por escrito, al ministerio al cual corresponda el asunto para exponer concretamente sus pretensiones en el caso, expresando el monto de la indemnización que aspira recibir de la República y las razones de hecho y de derecho que dan fundamento al reclamo. No se pretende con ello que el escrito de reclamación se ajuste en todos sus términos a las condiciones de forma exigidas a las demandas en el artículo 237 del Código de Procedimiento Civil, sin embargo, como se pretende recibir una indemnización, lo menos que se puede exigir al interesado es que precise los términos de la reclamación en sus aspectos cualitativos y cuantitativos.

No basta entonces, con reclamar el pago de un determinado monto; es menester que el interesado concrete los distintos conceptos que lo componen, las razones de hecho y de derecho que le sirven de fundamento, y de ser posible, las pruebas preconstituidas que den verosimilitud a tales afirmaciones, porque de lo contrario, la Administración no estaría en condiciones de dar respuesta al interesado y no se alcanzan entonces los fines perseguidos por la Ley al consagrar el antejuicio administrativo (Venezuela, Fundación Procuraduría General de la República, 1985:30).

Inclusive no se dan curso a las demandas contra la República hasta tanto los demandantes no acrediten, por medio idóneo, el cumplimiento del procedimiento administrativo previo. De la documentación producida en el expediente llevado en el Tribunal deberá constar que los demandantes hayan expuesto al Ejecutivo, a través del despacho correspondiente, "concretamente sus pretensiones en el caso" (CSJ/SPA: 14/05/1968, consultada en Ortiz Álvarez, 1997:681).

De forma que existe universalidad en la aplicación del antejuicio en todas las demandas contra la República, no sólo las que se intenten en sede de jurisdicción contencioso-administrativa invocando pretensiones de condena, sino también las que se pretendan incoar ante cualquier órgano jurisdiccional sometido a las regulaciones del derecho privado (Brewer-Carias, 1997:179).

Por tratarse de una solicitud administrativa debe llenar los requisitos de forma, previstos en el artículo 49 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, destacando lo atinente a los hechos, razones y pedimentos correspondientes al expresar con claridad y coherencia el motivo y las razones que lo originaron, con sus respectivos anexos.

Escarra Malavé (1987:113) es del criterio que la solicitud se puede presentar de la forma siguiente: a) personalmente por la persona interesada o por su representante, llevando copia del escrito el cual será recibido, registrado y numerado, con indicación del día, la hora, y el número de folios; b) Puede enviarlo por correo.

B. **Recibo de la solicitud, excepción:**

Del escrito en cuestión se dará recibo al interesado, a menos que su remisión haya sido hecho por intermedio de un juez o de un notario. De la recepción del escrito se dejará constancia en nota estampada al pie (LOPGR, 1965:art. 30).

C. **Aplicación de la Ley Orgánica de Hacienda Pública Nacional:**

Solamente cuando la acción tenga por objeto la reclamación de acreencias previstas en presupuestos fenecidos se seguirá exclusivamente el procedimiento establecido en la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional (LOPGR, 1965:art. 30).

3.1.2. SUSTANCIACIÓN

A. **Formación y remisión del expediente:**

En el lapso de quince (15) días hábiles siguientes a aquél en que se haya recibido la solicitud por parte del particular, el Ministerio respectivo procederá a

formar el expediente, el cual estará integrado por todos los documentos, recaudos, informes, pruebas y demás escritos necesarios y que tengan relación con el asunto. Asimismo le agregará todos los elementos de juicio que por su parte considere necesarios, y sin haber fenecido el lapso de los quince días hábiles y dentro del mismo procederá a remitirlo a la Procuraduría General de la República (LOPGR, 1965:art. 31).

B. Formulación y remisión del dictamen:

Una vez recibido el expediente en sede de la Procuraduría General de la República, la misma tiene un lapso de treinta (30) días hábiles para formular por escrito su dictamen y luego remitirlo al Ministerio respectivo (LOPGR, 1965: artículo 32). La opinión del órgano consultivo es obligatoria en cuanto a sus requerimientos, pero no vinculante para la decisión que deberá tomar el Ministerio.

3.1.3. DECISIÓN

A. Notificación del dictamen:

Recibido el dictamen en el Ministerio respectivo, éste deberá notificársele al interesado dentro de los ocho (8) días siguientes a aquél en que lo hubiere recibido (LOPGR, 1965:art. 32).

B. Opinión contraria al dictamen:

Si el Ministerio sustentase una opinión contraria al dictamen de la Procuraduría, el Ministerio lo llevará al conocimiento del interesado en este mismo lapso de tiempo (LOPGR, 1965:art. 32).

C. Posición del interesado:

El interesado deberá manifestar por escrito al Ministerio respectivo si acoge o no el criterio comunicado. Se dan entonces dos supuestos: el dictamen es aceptado, el asunto se resuelve y se logra una conciliación, o si el dictamen no es aceptado, quedará facultado el particular para acudir a la vía jurisdiccional, fase contenciosa, dirimida en sede tribunalicia (LOPGR, 1965:art. 33).

D. Remisión de la posición del interesado a la Procuraduría:

Aceptado o no el dictamen por parte del particular, el Ministerio deberá enviar una copia de la respuesta del interesado a la Procuraduría General de la República, en el lapso de quince (15) días hábiles contados a partir de la recepción de la respuesta del interesado por parte del Ministerio.

E. Representación de la República en manos del Procurador General de la República:

Cuando el asunto no se hubiere resuelto el Procurador General de la República asumirá la representación de la República en el juicio que incoará el particular, a menos que el Procurador haya disentido y su vacante será llenada por el Director de mayor antigüedad al servicio del Despacho (LOPGR, 1965: arts. 33 y 18).

F. Silencio administrativo:

En el caso de que el interesado hubiese presentado su solicitud y una vez vencidos los lapsos de ley, contados desde la fecha de la presentación del escrito, sin haberse procedido a notificar al reclamante del resultado de su presentación, quedará el interesado facultado para accionar judicialmente (LOPGR, 1965:art. 34). Este es un tipo de silencio administrativo que permite dejar abierto a los particulares el acceso a los tribunales, transcurridos 53 días hábiles contados a partir de la solicitud o reclamación intentada.

A tal efecto, es criterio jurisprudencial el sostener que en el antejuicio administrativo el sujeto demandante no está en condiciones de realizar por sí mismo las diligencias tendientes a la oportuna tramitación y decisión del asunto planteado. Por lo tanto, el instrumento normativo macro de la Procuraduría General de la República, ante la posibilidad de retraso o negligencia de la Administración en la sustanciación del procedimiento en los lapsos por ella establecidos, prevé la posibilidad de que precluidos dichos lapsos sin respuesta alguna, el interesado puede acudir a la vía procesal jurisdiccional para lograr la satisfacción de sus pretensiones (CPCA: 22/02/1990, consultada en Ortiz Álvarez, 1997:686).

G. No-Aceptación del criterio por parte del Procurador:

Si el Procurador disiente del criterio sustentado por el Despacho respectivo se abstendrá de representar a la República en ese caso. Para ello manifestará su opinión disidente por escrito al Ejecutivo Nacional y se procederá a llenar la vacante por los Directores de mayor antigüedad al servicio del Despacho.

H. Aceptación del criterio por parte del Procurador:

En el supuesto de que el Procurador acepte el criterio sustentado por el Despacho del Ministro ejercerá la defensa ampliamente, sin que pueda invocarse como prueba en contrario ninguno de los antecedentes u opiniones que consisten en la tramitación extrajudicial del asunto, por cuanto éstos no tienen efecto vinculante.

3.2. Consecuencia de la no-instauración del antejuicio administrativo

Los Jueces no darán curso a ninguna acción que se intente contra la República, sin que se acredite el cumplimiento de las formalidades del procedimiento administrativo previo a que se refieren los artículos 30-35 de la ley *in comento*, o el contemplado en la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional (LOPGR, 1965: artículo 36). Por lo tanto, el antejuicio administrativo se configura como un requisito de procedencia *sine qua non* en las demandas contra el ente político territorial constituido en la República y aquellos que gozan de sus prerrogativas, Estados y Municipios.

En dictamen de la Procuraduría General de la República de fecha 17/10/1989 se ha manifestado que el procedimiento administrativo previo debe ser agotado por los particulares cuando pretendan instaurar judicialmente alguna acción contra la República, es un procedimiento de orden público, cuyo incumplimiento acarrea una obligación para el Juez de negar la admisión de la demanda propuesta contra la República y que se aplica a todas las demandas intentadas contra ésta, sea cual fuere la causa en que se fundamente la acción. Es entonces un presupuesto procesal tal como lo manifestará la Sentencia de la Corte Federal del 11/02/1960 "... constituye uno de los requisitos procesales que deben ser apreciados de oficio por el Tribunal en el trámite de admisión de la demanda, o en cualquier estado o grado del proceso, si no lo hubiera sido en aquella oportunidad inicial" (Venezuela, Fundación Procuraduría General de la República, 1989:30).

En el juicio **Ligia Margarita Paz contra la República y otros** se sostuvo que la falta de ejercicio del antejuicio administrativo acarrea la declaratoria con lugar de la cuestión previa de prohibición de la ley de admitir la acción propuesta. Igual criterio se sostiene cuando el particular demandante de la República omite presentar a la par con el libelo, la constancia de haberse cumplido con este trámite. De modo que son dos los supuestos para declarar con lugar la referida cuestión previa: el no haberse intentado el antejuicio y no presentarse junto con el libelo de demanda la constancia de no haberlo intentado (CSJ/SPA: 4/05/1999, consultada en Pierre Tapia, 1999a:140 y CSJ/SPA: 30/09/1999, consultada en Pierre Tapia, 1999b:104).

Asimismo, en el juicio **Rafael Martínez contra la República**, la Sala Política Administrativa deberá revocar la admisión de la demanda cuando se constata el no haber presentado la constancia de haber cumplido el antejuicio administrativo, por ende, la inadmisión conlleva al archivo del expediente, pero el interesado conserva su derecho de volver a demandar si cumple con todos los requisitos de ley (CSJ/SPA: 30/06/1986, consultada en Ortiz Álvarez, 1997:682).

3.3. Naturaleza jurídica

El antejuicio es de orden público, debido a que si en el curso de autos se observa, a instancia de parte o de oficio, que no se ha cumplido con tal requisito de procedibilidad, la consecuencia no puede ser otra que la nulidad de lo actuado y la reposición del proceso al estado inicial, es decir, al momento en el cual debió introducirse el escrito para interponer el antejuicio a efectos de que la demanda pueda ser nuevamente admitida y se sigan los requerimientos de ley.

El prolegómeno que se presenta consiste en el de categorizar el resultado del antejuicio administrativo, ¿Es éste un acto administrativo de efectos particulares o es un simple acto de la administración?

La doctrina argentina define al acto administrativo de efectos particulares como "*toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales en forma directa*" (Dromi, 1997:153) y al simple acto de la Administración como "*la declaración unilateral interna o interorgánica, realizada en el ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales en forma indirecta*" (Dromi, 1997:309).

Del análisis de ambas definiciones se puede afirmar lo siguiente:

El dictamen de la Procuraduría, es una manifestación del obrar administrativo, es un simple acto de la administración de carácter no vinculante, constituido por una opinión que prepara la voluntad administrativa y que si bien no está dirigido al particular, le produce efectos de forma indirecta. El dictamen es un acto preparatorio de la decisión del Ministerio, su destinatario es el Ministerio. Esta decisión del Ministerio puede ser o no aceptada por el interesado, y si ésta es acogida produce efectos jurídicos individuales en forma directa tanto en la esfera subjetiva del administrado como en la misma República como ente demandado. Se produce una conciliación de intereses, y a su vez se preparara un acto administrativo, representado por la decisión del Ministerio.

En manos del particular pesa la carga procesal de agotar este requisito de procedibilidad, por ejemplo, cuando se pretende la indemnización de los daños y perjuicios provenientes de las actuaciones de cualquiera de los órganos de la Administración Pública Central, se demanda a la República y se deberá agotar el procedimiento especial del antejuicio administrativo.

Por lo tanto, el procedimiento del antejuicio administrativo está formado por solicitudes, simples actos, cuyo resultado es un acto administrativo de efectos

particulares, porque incide directamente en la esfera del particular como manifestación unilateral dictada en ejercicio de la función administrativa. En resumen, el dictamen del Procurador es un simple acto de la administración y la decisión del Ministerio es un acto administrativo de efectos particulares.

4. AGOTAMIENTO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA POR SUS ACTOS

4.1. En el caso de los actos administrativos de efectos generales

Como bien se destacó el reglamento es un acto de efectos generales y proviene de todos los órganos investidos de potestad reglamentaria, en el plano nacional, estatal y municipal.

De acuerdo al principio de que las funciones del Estado no son exclusivas ni excluyentes de cada uno de los poderes que integran el poder público y tomando en cuenta los principios constitucionales de la separación de los poderes en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se afirma que existen cinco poderes: legislativo, ejecutivo, judicial, ciudadano y electoral, y a cada uno de ellos se le atribuye una función, que si bien le es propia, no le es ni exclusiva ni excluyente. Por lo tanto, los órganos investidos de la potestad reglamentaria, potestad de carácter normativo, propia de la Administración Pública son: En el orden nacional: Por una parte, los órganos de la administración central y descentralizada, entre ellos, Presidente en Consejo de Ministros, el Procurador General de la República, los cuerpos directivos de los institutos autónomos y los consejos universitarios de la Universidades Nacionales; y por otra parte, los órganos del poder legislativo, ciudadano, electoral y judicial, entre ellos: Fiscal General, Defensor del Pueblo y Contralor General. En el ámbito de los Estados, los gobernadores y en el ámbito de los Municipios, los alcaldes, entre otros. Se observa que la función normativa es propia de los órganos de la Administración Pública, pero los demás órganos de los demás poderes pueden, dado el caso, ejercer esta función (Brewer-Carías, 1984; Lares Martínez, 1998).

La responsabilidad derivada de los reglamentos emitidos por todos los órganos de la Administración Pública, es el objeto de estudio. La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos no regula el procedimiento constitutivo de los actos administrativos de efectos generales, sin embargo existen disposiciones en las cuales reconoce la distinción entre los actos administrativos

de efectos generales y de efectos particulares y precisamente una de ella es la siguiente:

Los actos administrativos de carácter general o que interesen a un número indeterminado de personas, deberán ser publicados en la Gaceta Oficial que corresponda al organismo que tome la decisión.

Se exceptúan aquellos actos administrativos referentes a asuntos internos de la administración.

También serán publicados en igual forma los actos administrativos de carácter particular cuando así lo exija la Ley (LOPA, 1981:art. 72).

De forma que una vez que el reglamento sea publicado, surtirá efectos *per se* y, por lo tanto, al incidir en la esfera subjetiva de los administrados puede causar daños, basados en su licitud o ilicitud, derivados de su inconstitucionalidad o ilegalidad. En estos casos el administrado podrá acudir a la vía contenciosa para interponer su demanda según el régimen previsto para los actos administrativos de efectos generales. El tribunal competente para conocer de estos casos es el Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Política Administrativa.

Existen otros actos de efectos generales emitidos por la Administración Pública, pero que no tienen el carácter de acto administrativo, ni mucho menos tienen rango sublegal, sino que el rango que ellos ostenta es legal, se trata de la figura de los Decretos Leyes, manifestación que ha proliferado en los últimos tres años, la cual es dictada en ejecución directa de la Constitución y el órgano jurisdiccional competente para conocer de su nulidad es la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (CRBV, 1999, artículo 336, numerales 3 y 4).

Se observa de seguidas una decisión jurisprudencial, caso **Reglamento de Notarías**, que reafirma estas competencias:

Entre las competencias delimitadas por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela a esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, se encuentra la contemplada en el artículo 334, el cual dispone:

"...Corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, como jurisdicción constitucional, declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de esta Constitución o que tengan rango de ley..."

De esta manera, la Sala Constitucional, en ejercicio de la jurisdicción constitucional, conoce de los recursos de nulidad interpuestos contra leyes formales y actos de ejecución directa de la Constitución.

Por lo que se refiere al control legal y constitucional de los actos de rango sublegal, dentro de los cuales se encuentra el que constituye el objeto del presente juicio, el artículo 266, numeral 5 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece dentro de las atribuciones del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Política Administrativa, lo siguiente:

Son atribuciones del Tribunal Supremo de Justicia:

... 5. Declarar la nulidad total o parcial de los reglamentos y demás actos administrativos generales o individuales del Ejecutivo Nacional, cuando sea procedente.

... La atribución señalada en el numeral 1 será ejercida por la Sala Constitucional, las señaladas en los numerales 2 y 3, en Sala Plena; y las contenidas en los numerales 4 y 5, en Sala Política Administrativa...

Ahora bien, tratándose el caso de autos de una solicitud de nulidad por inconstitucionalidad de un acto de rango sublegal, concretamente de los artículos 26 último aparte, 37 numeral 6 y 62 contenidos en el Reglamento de Notarías Públicas, esta Sala se declara incompetente para pronunciarse respecto de la perención de la instancia en el presente caso, por tratarse de un asunto que corresponde a la competencia de la Sala Política Administrativa de este Tribunal Supremo de Justicia, y así se declara (TSJ/SC: 25/07/2000, consultado en <http://www.tsj.gov.ve>, Fecha de acceso: 17/09/2000).

4.2. En el caso de los actos administrativos de efectos particulares

El procedimiento administrativo especial del antejuicio administrativo es inaplicable en los casos para agotar la vía administrativa y proceder a incoar juicios de pretensión de nulidad de actos administrativos de efectos generales y particulares, conjuntamente con la pretensión de condena a la Administración Pública a pagar sumas de dinero o a reestablecer las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas. Así lo ha determinado la jurisprudencia venezolana, en identidad de términos, en el caso **Oscar Ramiro Lugo vs. Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables (M.A.R.N.R)** y en el caso **Ana Fernández Alves de Márquez**, cuando establece que la acción por daños y perjuicios intentada conjuntamente con la demanda de nulidad del acto administrativo de efectos particulares, estará sujeta al resultado del análisis de las denuncias atribuidas al acto, situación que encaja en la previsión contenida en el artículo 131 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia según el cual en los juicios de nulidad de actos administrativos de efectos particulares se puede acumular una pretensión de condena. De forma que, cuando se da el supuesto de acumulación de solicitud de nulidad de un

acto administrativo con la reparación de los daños y perjuicios ocasionados por el acto que se impugna, no se requiere el agotamiento previo del procedimiento para las demandas que se intenten contra la República (CSJ/SPA: 28/07/1994 y 01/12/1994, consultadas en Ortiz Álvarez, 1997:534).

La regla general es que los actos administrativos de efectos particulares para su formación necesitan de un procedimiento constitutivo, predeterminado en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. La excepción está referida a aquellas leyes especiales que plantean un procedimiento distinto.

Como resultado de esta vía procedimental se obtiene el acto definitivo, que resuelve el asunto, el cual podrá ser revisado por la misma Administración Pública, a instancia de los particulares afectados, a través de la figura de los recursos administrativos. Una vez interpuestos los recursos y como resultado se obtiene una decisión, expresa o negativa, desfavorable al interesado; o por el contrario, precluyen los lapsos para interponerlos y el particular no lo intenta, queda abierta la vía jurisdiccional o procesal. Al respecto la jurisprudencia venezolana ha sustentado que:

No son, en efecto, infrecuentes los casos en que el ordenamiento jurídico excluya el recurso jerárquico, utilizando las expresiones de que "contra lo decidido por el funcionario no se concede recurso alguno", o de que "sus decisiones son inapelables", u otras semejantes, pero la doctrina administrativa dominante permite considerar que tales previsiones se extienden, limitativamente, a la vía administrativa; de modo que queda siempre a salvo la vía jurisdiccional, a menos que el correspondiente ordenamiento la excluya expresa y categóricamente (CSJ/SPA: 29/9/1981, consultada en RDP N° 8:127).

Por otra parte, si bien es cierto que el artículo 93 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos señala dos momentos de carácter alternativo para que la vía contencioso-administrativa queda abierta los cuales obedecen en primer lugar, cuando se hubieran interpuesto los recursos administrativos que ponen fin a la vía administrativa, y éstos se decidirán en sentido distinto al solicitado, y en segundo lugar, cuando no se hubiera producido la decisión en los plazos correspondientes, a pesar de ello, el cumplimiento del agotamiento de la vía administrativa no es exigible cuando el acto definitivo *per se* pone fin a dicha vía; porque emana del máximo jerarca, o porque la misma Ley determina que tal acto ponga fin al procedimiento al darle carácter irrecurrible. Ejemplo de ello es el caso de las decisiones emanadas del Presidente de la República, los Ministros del Despacho y las máximas autoridades directivas y administrativas de los organismos autónomos de la Administración Pública

Nacional, agotan la vía jerárquica y si se pretende acudir a un juicio contradictorio para impugnar la legalidad de estas decisiones no es necesario ejercer ningún recurso administrativo. Sólo se requiere como requisito de la procedibilidad de la acción la gestión previa conciliatoria, relativa a las juntas de avenimiento (CPCA: 4/11/1987, consultada en Ortiz Álvarez, 1997:529).

En este mismo orden de ideas, Brewer-Carías (1997:147) sostiene que existen dos tipos de casos respecto de los actos recurribles en vía administrativa: actos que ponen fin a la vía administrativa y actos que no ponen fin a la vía administrativa.

En el primero de los casos, es decir, que ponen fin a la vía administrativa se manejan a su vez dos supuestos: actos de los Ministros y los actos de los funcionarios inferiores. Las decisiones de los Ministros agotan la vía administrativa *per se*, por lo que el interesado se dirige a la vía jurisdiccional sin necesidad de interponer previamente recurso alguno, ello no obsta la facultad que tiene el particular de interponer, si lo considera procedente, el recurso de reconsideración. Y en el supuesto que lo hubiera intentado deberá esperar, o bien que el Ministro decida o, en su defecto, debe dejar transcurrir los noventa días (lapso que tiene el ministro para emitir decisión) para acudir al contencioso con el acto derivado del silencio administrativo. El segundo supuesto de este primer caso es el relativo a los actos de los funcionarios inferiores que ponen fin a la vía administrativa, cuando así lo dispone un texto legal expresamente.

En el segundo de los casos, relativo a los actos que no ponen fin a la vía administrativa, en la Administración Pública, hay que distinguir los siguientes supuestos: actos de la Administración Pública Central y los actos de los institutos autónomos.

En el primer supuesto relacionado con los actos de la Administración Pública central que causen daños a los particulares que no ponen fin a la vía administrativa, se seguirá la interposición de los recursos administrativos, previstos en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos: recurso de reconsideración, recurso jerárquico.

En el segundo supuesto como lo es el caso de los actos administrativos de efectos particulares, provenientes de los institutos autónomos el agotamiento de la vía procedimental opera con la interposición del recurso jerárquico institucional donde el Ministro de adscripción, salvo disposición expresa de la Ley, es el órgano competente para ejercer los poderes de revisión en cuan-

to a la conveniencia y legalidad del acto administrativo en cuestión, así lo ha destacado la Procuraduría General de la República, en dictamen de fecha 04/08/1993 (Venezuela, Fundación Procuraduría General de la República, 1993:139). El procedimiento administrativo previo previsto en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República es improcedente cuando se trata de actos y hechos provenientes de los institutos autónomos (CPCA: 26/3/81, consultada en RDP N° 6:174).

El silencio administrativo es configurado por la jurisprudencia en el caso **Fords Motors de Venezuela**, "como una garantía a favor del administrado frente a la indefensión producida por la inacción de la Administración" y asimismo es una garantía que "consiste en permitir el acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa en ausencia de acto administrativo expreso que ponga fin a la vía administrativa" (CSJ/SPA: 26/06/1982, consultada en Brewer-Carías y Ortiz Álvarez, 1996:736).

CONCLUSIONES

El procedimiento administrativo de la responsabilidad extracontractual de la Administración Pública es producto la manifestación de una relación jurídico procedimental, dirimida por órganos administrativos y desplegada mediante actos administrativos. En el procedimiento administrativo de la responsabilidad extracontractual de la Administración Pública por sus hechos, en el caso de la República y de los entes que gozan igual prerrogativa de Poder Público, es necesario cumplir con el principio de la decisión previa. Si bien es cierto que la actuación u operación material de un ente administrativo ha lesionado derechos subjetivos y por ende ha ocasionado daños antijurídicos que necesitan ser indemnizados constituye un hecho administrativo, se necesita agotar un procedimiento especial constitutivo de manifestaciones de voluntades, denominado antejuicio administrativo. Agotado este requisito de procedibilidad el particular podrá accionar el órgano jurisdiccional competente para hacer efectiva la responsabilidad extracontractual. Por lo tanto, el antejuicio administrativo es una manifestación indirecta del principio de la decisión previa.

Por otra parte y de forma general, en el caso de la responsabilidad extracontractual de la Administración Pública derivada de los actos administrativos, el principio de la decisión previa ya está presente, se configura como la manifestación por excelencia del principio de la decisión previa. No hay necesidad de constituir un antejuicio administrativo, porque la manifestación

de voluntad de la Administración Pública ya está exteriorizada, mediante los actos administrativos de efectos generales y de efectos particulares. En todo caso lo que sí sería requisito de procedibilidad es el cumplimiento del principio del agotamiento de la vía administrativa, que el acto ya no sea impugnabile en vía administrativa, esto es, que cause estado.

BIBLIOGRAFÍA

- ARAUJO JUÁREZ, J.: *Principios Generales del Derecho Procesal Administrativo*, Vadell Hermanos Editores. Valencia/Caracas, 1996.
- BREWER-CARÍAS, A.: *Fundamentos de la Administración Pública*. (2º ed.), (T.I), Edit. Jurídica Venezolana. (Colección Estudios Administrativos N° 1), Caracas, 1984.
- _____: *Instituciones Políticas y Constitucionales: La Justicia Contencioso-Administrativa*, (T. VII), (3º ed.), Edit. Jurídica Venezolana. Caracas-San Cristóbal, 1997.
- BREWER-CARÍAS, A., y ÓRTIZ ÁLVAREZ, L. (Comp.): *Las Grandes decisiones de la Jurisprudencia Contencioso Administrativa (1961-1996)*, Edit. Jurídica Venezolana (Colección: Jurisprudencia N° 4). Caracas, 1996.
- CABALLERO ORTIZ, J.: *Los Institutos Autónomos*, (3º ed.), Edit. Jurídica Venezolana, Fundación Estudios de Derecho Administrativo. Caracas, 1995.
- _____: "Algunas consideraciones sobre la distinción entre actos administrativos generales y actos administrativos individuales (con especial referencia a la Constitución de 1999)". *Revista de Derecho Administrativo*, 7, 7-14. Caracas, 1999.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*, N° 36.860, diciembre 30 de 1999. Reimpresa por error material del ente emisor. *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, N° 5.453 (Extraordinario), marzo 24 de 2000.
- Corte Suprema de Justicia. Sala Político Administrativa. Sentencia del 5/10/1989. Caso Parque Nacional Mochima.
- DROMI, R.: *Derecho Administrativo*, (6º ed.), Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1997.
- ESCARRÁ MALAVÉ, C.: "La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública por Hecho Ilícito". *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad Católica Andrés Bello, 37, 61-143. Caracas, 1987.
- FRAGA PITTALUGA, L.: "El Arbitraje y la transacción como métodos alternativos de resolución de conflictos administrativos". *La Relación Jurídica-Administrativa y el Procedimiento Administrativo: IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías*. (pp. 137-182). Fundación Estudios de Derecho Administrativo. Caracas, 1998.

LAGUNA NAVAS, R.: "Reflexiones sobre la actividad unilateral y bilateral de la Administración". *Revista de Derecho Administrativo*, 7, 89-94. Caracas, 1999.

LEAL WILHELM, S.: *Teoría del Acto Administrativo*, Vadell hermanos Editores. Valencia-Caracas, 1997.

LARES MARTÍNEZ, E.: *Manual de Derecho Administrativo*, (11 ed.), Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas, 1998.

Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público, *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*, N° 4.153, diciembre, 28 de 1989.

Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*, N° 27.921, diciembre, 22 de 1965.

Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*. N° 2.828 (Extraordinario), julio, 1 de 1981.

Ley Orgánica de Régimen Municipal, *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*, N° 4.109, junio, 15 de 1989.

Ley Orgánica de Tribunales y de Procedimientos del Trabajo: *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*, N° 26.116, noviembre de 1959.

ORTIZ ÁLVAREZ, L.: (Comp.): *Jurisprudencia de Responsabilidad Extracontractual del Estado (1961-1997)*. Edit. Jurídica Venezolana. (Colección Jurisprudencia, 5). Caracas, 1997.

PIERRE TAPIA, O. (Comp.): *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*. Edit. Pierre Tapia. (Colección: Repertorio Mensual de Jurisprudencia, N° 5, mayo). Caracas, 1999a.

_____: *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, Edit. Pierre Tapia, (Colección: Repertorio Mensual de Jurisprudencia, N° 9, septiembre). Caracas, 1999b.

Revista de Derecho Público, Edit. Jurídica Venezolana, Caracas:

Año 1980, N° 2, 3

Año 1981, N° 6, 8

Año 1990, N° 41

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional: Sentencia del 25/07/2000. Caso Reglamento de Notarías. En: <http://www.tsj.gov.ve>, fecha de acceso: 17/09/2000.

Venezuela, Fundación Procuraduría General de la República, *Doctrina de la Procuraduría General de la República*. Edit. Ávila Arte, Caracas, 1985.

_____. *Doctrina de la Procuraduría General de la República*. Edit. Ávila Arte, Caracas, 1987.

_____. *Doctrina de la Procuraduría General de la República*. Edit. Ávila Arte, Caracas, 1989.

_____. *Doctrina de la Procuraduría General de la República*. Edit. Ávila Arte, Caracas, 1991.

_____. *Doctrina de la Procuraduría General de la República*. Edit. Ávila Arte, Caracas, 1993.

Apreciaciones sobre el orden estatal, sus normas, principios e incidencias en el órgano Presidencia de la República

Emilio Spósito Contreras*

SUMARIO

Presentación • 1. Premisa introductoria. 1.1. Orden, ordenación y organización. 1.2. El derecho. 1.2.1. Sobre la validez y fundamento del derecho. 1.2.1.1. Los principios del derecho • 2. El órgano. 2.1. Los sujetos de la organización administrativa • 3. El órgano presidencia de la República. 3.1. Antecedentes. 3.2. La Constitución de 1999. 3.2.1. Los principios de Rousseau. 3.2.2. Los principios de Bolívar. 3.2.3. La sociedad y el Estado. 3.3 La presidencia de la República en la Constitución de 1999. 3.4. La vicepresidencia ejecutiva • Conclusiones • Bibliografía.

* Cursante de la Especialización en Derecho Administrativo. Trabajo presentado como requisito en la materia *Teoría de la Organización Administrativa*, dictado por la Profesora María Amparo Grau y calificado con 19 puntos, año 2000.

PRESENTACIÓN

La imperiosa necesidad de cambios en la orientación del Estado venezolano condujo a una reforma de la Constitución que para la mayoría de los venezolanos, ajenos a los acontecimientos, representa —aún ahora— una incógnita. Por su parte, el conjunto de normas de organización del Estado son en su mayoría de tipo constitucional, de manera que dependiendo de la profundidad de los cambios introducidos en nuestro nuevo texto fundamental, encontraremos, en mayor o menor medida, incidencias en la Teoría de la Organización, especialmente de la organización administrativa.

En efecto, una nueva concepción del Estado con marcada influencia roussoniana a través del ideario de Simón Bolívar, evidenciada, entre otras cosas, por una división entre el Estado y la sociedad; la posibilidad del ejercicio directo de la soberanía popular; la ampliación de la división del Poder Público; el *sobredimensionamiento* del gobierno; el Estado de justicia enfrentado al Estado de derecho, revelan innovaciones que tendrán necesarias implicaciones en las tres líneas de estudio de la Teoría de la Organización: los sujetos, la estructura y la actividad de la organización.

En cuanto a los sujetos de la organización administrativa, tomaremos como objeto de nuestro estudio al órgano unipersonal Presidencia de la República, analizando su competencia, jerarquía y responsabilidad frente a la creación de la Vicepresidencia Ejecutiva.

Un trabajo de investigación sobre este tema, además de permitirnos profundizar en el estudio de la Constitución de 1999, nos permitirá comprender algunos detalles que hasta ahora la teoría ha tenido dificultad para explicar en lo referente al órgano Presidencia de la República, estableciendo previamente el sentido que debe dársele a los términos 'orden', 'ordenación' y 'organización', y algunas ideas sobre la *suborganización* de normas que conforman a esta última.

No está de más señalar que el presente trabajo es el epílogo del curso "Teoría de la Organización Administrativa", dictado por la profesora María Amparo Grau en la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela —de allí lo bueno que pueda tener—, y el resultado de las inquietudes producidas por mis apuntes de clases y otras lecturas que en ocasión de ellas realicé. Por tales razones, pido del lector la indulgencia correspondiente a un trabajo hecho en poco tiempo, a pedazos, lleno de deficiencias y, en algunas ocasiones, de los excesos propios de un conocimiento

inmaduro que se refleja tanto en la temática desplegada como en la profundidad con que es tratada. Sin embargo, no debe importar tanto la extensión de los conocimientos como la intensidad de la reflexión, a lo que esta misma *juventud* no se opone sino, por el contrario, impulsa con el sentido crítico y científico necesario para producir respuestas y nuevas interrogantes —quizás mejor formuladas— respecto de la organización que es el Estado en su aspecto más interesante para nosotros: el derecho.

También es oportuno resaltar el sentido 'racionalista', a la manera de POPPER en *La sociedad abierta y sus enemigos*, con que se ha querido realizar el presente trabajo, esto es, partiendo de aceptar que se puede estar equivocado, y la creencia en que el conocimiento es perfectible a través de la confrontación de las ideas. De allí, pues, que resultaría satisfecho si al plantearme dudas y adelantar soluciones, motivara una enriquecedora discusión.

Por último, no puedo dejar de agradecer a la profesora Fabiola Romero, Coordinadora Académica de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, por su inestimable aliento y apoyo.

I. PREMISA INTRODUCTORIA

1.1. Orden, ordenación y organización

La acepción común de la palabra 'orden' se refiere según el Diccionario de la Lengua Española a la "*Colocación de las cosas en el lugar que les corresponde...*";¹ o el Diccionario Larousse, a la "*...Disposición concertada y armoniosa de las cosas...*";² lo cual, en ambos casos, se corresponde con lo propuesto por GARCÍA-PELAYO, al definirlo como el "*...conjunto constituido por una pluralidad de componentes que cumplen determinadas funciones, y ocupan ciertas posiciones con arreglo a un sistema de relaciones relativamente estables o pautadas*".³ Así pues, podríamos hablar de órdenes conformados por cualquier conjunto de cosas, aunque sin duda, el mencionado autor en su definición concibe a los componentes del orden de manera más reducida, refiriéndose en

¹ Real Academia Española: *Diccionario de la lengua española*. Tomo II. Editorial Espasa Calpe, S. A. Madrid, 1992. p. 1482.

² Ediciones Larousse: *Pequeño Larousse ilustrado*. Buenos Aires, 1982. p. 743.

³ García-Pelayo, Manuel: *Orden, ordenación y organización*. Cuadernos de la Fundación 3. Fundación Manuel García-Pelayo. Caracas, 1998. pp. 17 y 40.

particular a personas, normas o Estados. En todo caso, del escrutinio de los distintos órdenes existentes García-Pelayo distinguió como formas típicas de éste a la 'ordenación' y 'organización'. La diferencia entre dichas formas viene dada por el origen del sistema de relaciones entre los componentes del orden. En este sentido, el orden del tipo 'ordenación' es aquél en el que la disposición y función de sus elementos responden a la realidad misma de cada uno de ellos; mientras que, por el contrario, el orden 'organización' no es más que aquél cuya disposición y función de sus componentes obedece a una racionalidad previa a la realidad ordenada.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, García-Pelayo deduce que la ordenación es natural, empírica, de normas consuetudinarias e independiente; mientras que, en oposición, la organización es artificial, ideal, de normas positivas y dependiente. Es necesario acotar que características tanto de la ordenación como de la organización pueden encontrarse en un mismo orden, caso en el que predominará una u otra forma, o en conjunto constituirá un orden complejo de ordenación de organizaciones o viceversa.

Por otra parte, las palabras con afijos como ordenación y organización, conocidas como sufijos de sustantivos verbales, expresan acción; resultado de la acción, o el agente de ella.⁴ De esta forma, en el presente caso pueden expresar la acción de ordenar u organizar, el resultado de la ordenación u organización, y el sujeto que ordena u organiza. Similar apreciación realiza GIANNINI al referirse en italiano al vocablo 'administración',⁵ calificando dicha circunstancia de *anfibiologie*. De aquí, pensamos, recogió RONDÓN DE SANSÓ⁶ la proposición de que el término 'organización', refiriéndose a la Teoría de la Organización, es de carácter anfibiológico, con lo cual quiere decir que su significado es ambiguo. En este sentido, señala la referida autora que en opinión de NIGRO la organización puede apreciarse como: 1) entidad organizada; 2) actividad; y 3) forma de ser de la estructura jurídica; y seguidamente, que para Giannini la mencionada teoría comprende: 1) los grupos, en

⁴ Goldsack Guiñazú, Alfredo y Pedro Grases: *Castellano y Literatura*. Editorial Kapelusz Venezolana, Caracas, 1963, p. 258.

⁵ "È noto che, per una vicenda linguistica generale, ai vocaboli indicativi di attività si sono aggiunti assai spesso significati, che esprimono il risultato dell'attività, o la sede ove si svolge, o il modo di svolgimento, e simili..." En Giannini, Massimo Severo: *Diritto Amministrativo*. Volume Primo. Dott. A. Giuffrè Editore. Milano, 1970, pp. 5-6.

⁶ Rondón de Sansó, Hildegard: *Teoría General de la Actividad Administrativa*. Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, conjuntamente con Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1981, p. 83.

cuanto forman parte de los ordenamientos jurídicos; 2) sus relaciones; 3) la estructura de la organización; 4) los vínculos entre ella y los sujetos del ordenamiento; y 5) las normas y los hechos relativos a la organización, es decir, la actividad organizativa. Concluyendo con base en ello que "...el carácter anfibiológico de la noción de organización, hace que ésta escape a un enfoque unitario, ya que sólo es posible definirla a través de los variados aspectos que la misma involucra (Omissis). Organización es, en consecuencia, la estructura en su globalidad; los elementos que la integran; la normativa que la rige; las relaciones que en su interior se establecen y también, la modalidad esencial para el logro de los fines propuestos".⁷

No podemos menos que rechazar la anterior conclusión, primero, porque creemos que la alegada ambigüedad no es tal, por cuanto tanto 'ordenación' como 'organización', comprenden un sentido dinámico en el que destaca la acción de ordenar u organizar, y un sentido estático en el que se enfatiza el resultado de ordenar u organizar y el sujeto que ordena u organiza —resultado también de la actividad de ordenar u organizar— y, segundo, porque resulta lógicamente incorrecto definir, en este caso 'organización', a través de los aspectos que la palabra involucra, en efecto, es un razonamiento inválido, una falacia conocida como de división⁸ atribuir a las partes (estructura, sujetos, normas, etc.) la cualidad o naturaleza del todo (organización). Nótese, por otra parte, que el significado de organización acogido en este trabajo, no es incompatible con la postura de ver en la organización tanto a una acción, como un resultado o inclusive a un sujeto.

Adentrándonos ya en el estudio del Estado, uno de los órdenes mixtos —preponderantemente organizativo— más complejo, siguiendo a GARCÍA-TREVJANO FOS,⁹ es coherente la proposición de que el orden estatal ha sido concebido (artificial, ideal, positiva y dependientemente), como un todo único en el que una agrupación de **individuos o sujetos** imputan su actividad al conjunto. O, a decir de DUGUIT, no se actúa para uno sino para el grupo social en ocasión de la solidaridad y la división del trabajo, aparejado a lo cual existe la imposición de una élite o **gobierno** que no es más que: "...la distinción positiva entre gobernantes y gobernados; es la posibilidad para algunos de

⁷ Rondón De Sansó, Hildegard: *Op. Cit.* p. 85.

⁸ Véase en Copi, Irving M.: *Introducción a la Lógica*. Editorial Universitaria de Buenos Aires. Decimasesta edición. Buenos Aires, 1974, p. 111.

⁹ García-Trevijano Fos, José Antonio: *Principios Jurídicos de la Organización Administrativa*. Estudios de Administración. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1957, p. 5.

dar a los otros órdenes sancionadas por una compulsión material; es esta misma compulsión material monopolizada por cierto grupo social; es, en fin, la fuerza de los más fuertes dominando la debilidad de los más débiles".¹⁰ Siendo la compulsión material, referida por Duguit, un poder de hecho, se ha entendido que la misma no será legítima, justificada o aceptada, si la dirección del grupo no se consigue mediante la emanación de normas y la conformidad de la actuación del gobierno a ellas. Hasta aquí hemos identificado en la organización-Estado al conjunto sistematizado de sujetos, normas y gobierno, coincidente con lo que para ROMANO, refiriéndose a plurisubjetividad, normatividad y organización, constituye el "ordenamiento jurídico" —para nosotros un orden-organización—. Nótese la equivalencia entre la expresión 'organización' y 'gobierno', para así evitar confusiones o "anfibiologías", pues, dado que "ordenamiento jurídico" es igual a 'organización', no podrá darse el caso de que 'organización' simplemente, constituya un elemento existencial del "ordenamiento jurídico", por tanto, entenderemos como tal 'organización' a la estructura de poder (también un orden de tipo organizativo) llamada 'gobierno' en el sentido dado *supra* por Duguit.

En conclusión, de la evidencia de que los elementos del "ordenamiento jurídico" u organización estatal se encuentran íntimamente relacionados, de manera que sólo cuando exista una pluralidad de sujetos será necesario su gobierno, y sólo cuando pretenda erigirse un gobierno u organización política ameritará la creación de normas. Asimismo, como los sujetos que actúan son a su vez resultado de dicha actuación; las normas son actividad y resultado de la actividad de organizar; y el gobierno es sujeto que organiza y resultado de esa misma actividad, entonces, una teoría de la organización no podrá ser parcializada, limitada a los sujetos, normas o gobierno del orden, sino total, unitaria, y su estudio incluirá necesariamente a cada una de sus vertientes y confluencias.

1.2. El derecho

Otra consideración previa indispensable es aquella referida al conjunto de normas que regulan la actividad de los sujetos y gobierno de la organización estatal, que como señala ÁLVAREZ, citado por PEÑA SOLÍS,¹¹ constituye el pre-

¹⁰ Duguit, León: *Manual de Derecho Constitucional*. Francisco Beltrán Librería española y extranjera. Segunda edición española. Madrid, 1926. p. 27.

¹¹ Peña-Solís, José: *Lineamientos de Derecho Administrativo. Volumen I: La organización administrativa*. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas, 1997. p. 61.

supuesto de las normas en general, del derecho, puesto que delimitan, capacitan y ordenan al sujeto que crea dichas normas, de la misma manera que explican la responsabilidad, el funcionamiento interno y la relación entre el conjunto de órganos y sus agentes, instrumentos de la acción del Estado que llamamos "organización administrativa". Es decir, que las normas de organización son normas fundamentalmente constitucionales, y para su estudio necesitaremos pasearnos por nuestra novísima Constitución y algunos de los principios sobre los cuales ella se apoya.

1.2.1. SOBRE LA VALIDEZ Y FUNDAMENTO DEL DERECHO

Una de las explicaciones dadas a nuestro objeto de estudio es la idealista, expuesta por HEGEL en su *Filosofía del derecho* (1821), y perfilada con maestría entre nosotros por LLAMBIAS DE AZEBEDO en su obra *Eidética y aporética del derecho* (1940), en la cual con base a la epistemología de HARTMANN, seguidor de las ideas de HUSSERL, pretende describir la norma sin referirse a ella como un fenómeno empírico, sino como poseedora de rasgos que le permiten descubrir su esencia. Esta práctica conduce inevitablemente a creer que el fenómeno jurídico —la norma— existe siempre que se corresponda con la idea o concepto que sobre ella se tiene, el cual pasa a ser entonces el origen —irracional— de la misma, en vez de considerarse que por el contrario, la supuesta esencia de la norma surge de la observación de su realidad.

Estas posiciones produjeron reacciones primero de LABAND, y desde 1920, de KELSEN, quien a partir de ese momento dio a conocer aspectos de lo que sería su *Teoría pura del derecho* (1934), esto es, su intento por hacer del derecho una ciencia cuya única base de validez fuese el derecho mismo, y con ello librarlo de las influencias extrañas que hasta ese momento lo distraían interesadamente de su finalidad: procurar determinar qué es y cómo se forma el derecho. Sobre estos aspectos, el autor vienés sugirió con indiscutible éxito y repercusión, la idea de una pluralidad de normas u orden jurídico, cuya validez y unidad reposaran en una norma fundamental, presupuesta en el pensamiento jurídico, que nada dijera sobre el valor moral de dicho ordenamiento, aunque al final de su vida reconociera que una justificación absoluta del derecho positivo no se encuentra en el conocimiento científico, sino por la vía de la especulación teológico-metafísica.¹²

¹² Kelsen, Hans: *La autodeterminación del derecho*. Revista de la Facultad de Derecho. N° 27. Diciembre, 1963. Caracas. Universidad Central de Venezuela.

Por su parte, mientras se desarrollaban tales postulados, AYER, con la publicación de su obra *Lenguaje, verdad y lógica* (1935),¹³ arrasaba con cualquier pretensión científica que no estuviera construida sobre cimientos lógicos bien definidos. En efecto, este profesor de la Universidad de Oxford, tributario de las ideas de RUSSELL, WITTGENSTEIN y sobre todo de CARNAP, uno de los miembros del llamado "círculo vienés" o grupo de los "positivistas lógicos", propugnaba también por un conocimiento científico puro o libre de lo por ellos llamado 'metafísica' —con un sentido más radical que el dado a la palabra por KANT y sus seguidores, incluido Kelsen— partiendo de circunscribir el conocimiento al lenguaje, forma en que el mismo se expresa y transmite. Sin embargo, por no resultar todo el lenguaje bueno para ello, la atención de Ayer se concentró sólo en aquél conformado por 'frases literalmente significantes', esto es, frases en las que las proposiciones por ellas expresadas son analíticas o empíricamente verificables. De aquí, pues, que lo contrario resulta simple literatura con la cual bien podrían transmitirse sensaciones o sentimientos pero nunca conocimientos de carácter científico.

Como es de entrever, las teorías de Ayer tuvieron en la ciencia general un efecto demoledor que ha perdurado hasta nuestros días, razón por la cual, partiendo de sus concepciones teóricas; reconociendo las ventajas de un derecho puro y científico; y sobre todo, ante la insuficiencia de la teoría kelseniana del derecho para explicar fuera de su contexto la naturaleza de lo jurídico, debilidad evidenciada desde un principio en Europa y recientemente entre nosotros, consideraremos necesaria, a continuación, una revisión de nuestra concepción del derecho.

1.2.1.1. *Los principios del derecho*

Comenzamos aclarando los términos utilizados por Ayer, definiendo, a *grosso modo*, "frases literalmente significantes". Así, entenderemos como 'frases' a las oraciones o unidades del habla con sentido completo del tipo declarativo, y por 'literalmente significante' a aquellas que afirman o niegan un hecho y por lo tanto su confrontación con la realidad, bien sea a través de la experiencia o el análisis —indirectamente comprobable por la experiencia— podemos concluir que son verdaderas o falsas, y sólo en el primero de los casos que contienen una proposición con la cual construir razonamientos válidos.

¹³ Ver Ayer, A. J.: *Lenguaje, verdad y lógica*. Ediciones Martínez Roca, S. A. Barcelona (España), 1971.

Establecido lo anterior, cabe preguntarnos: ¿qué tipos de frases son las que componen el derecho? El mismo Kelsen expresa en el capítulo I de su obra:

...el derecho aparece como un orden social, como un sistema de normas que regulan la conducta recíproca de los hombres (Omissis). Considerado desde el punto de vista estático, el derecho es solamente un sistema de normas a las cuales los hombres prestan o no su conformidad" (énfasis añadido).¹⁴

Como se desprende de lo anterior, en ambos casos estas frases son normas o juicios hipotéticos con la forma: "Si la condición A se realiza, la consecuencia B debe producirse". Pero, las frases que conforman el derecho no se agotan aquí, sino que a éstas se suman aquéllas producto de la descripción o comprensión de las primeras, conocidas por Kelsen como 'reglas de derecho' y descritas con una forma idéntica a la de la norma. Ahora bien, ¿podrán ser los juicios hipotéticos frases literalmente significantes sobre las cuales podamos construir una verdadera ciencia?

Se ha dicho que los juicios hipotéticos aunque califiquen a una acción de buena o mala y no de verdadera o falsa, poseen además de un significado emotivo uno cognoscitivo, porque se refieren a propiedades objetivas de lo que se examina. De esta manera parece haber pensado Kelsen cuando sostenía:

...Las normas jurídicas expresan la significación de ciertos hechos y estos son determinados a su vez por otras normas jurídicas. Para describir este conjunto de relaciones la ciencia del derecho formula proposiciones que pueden ser verificadas por la experiencia. Son, pues, verdaderas o falsas, a la manera de las proposiciones por las cuales una ciencia de la naturaleza describe su objeto. Se puede considerar así al derecho positivo, objeto de la ciencia jurídica, como una realidad específica.¹⁵

A ello agregaríamos que, desde un punto de vista positivista, llamar correcta a una acción puede querer decir que la misma es del tipo de acciones que promueven el bien común, y en tal caso la validez de la frase se convierte en un hecho empírico, sin embargo, este no es el caso de las normas, pues, si bien es cierto que las mismas se refieren a actos o propiedades objetivas de los mismos, siempre lo harán hipotéticamente y con el fin de castigar, premiar, permitir o reconocer una conducta, o sea, valorar, dentro de una escala preestablecida de lo justo e injusto, un acto producto de la voluntad del hombre que como tal no tiene que ocurrir necesariamente, y en el caso de que así

¹⁴ Kelsen, Hans: *Teoría pura del derecho*. Editorial universitaria de Buenos Aires. 17ª edición. Buenos Aires, 1981, pp. 34 y 43.

¹⁵ Kelsen, Hans: *Op. cit.* pp. 41-42.

fuera, nada garantiza que se realice la consecuencia prevista para ella por el juicio. Por lo que, de su naturaleza valorativa e hipotética, podemos concluir que las normas no contienen proposiciones en las cuales se plantee la cuestión de la verdad o falsedad, ocurriendo lo mismo respecto de las llamadas 'reglas de derecho', que como ya dijimos tienen la forma de un juicio hipotético o de valor, siéndole por tanto aplicables las observaciones correspondientes a éstos. Pero, aún suponiendo que con respecto a las normas y reglas de derecho, se pudieran formular declaraciones analíticas —aquellas que son verdaderas sólo en virtud de la significación de sus símbolos o conceptos constituyentes— éstas siempre se referirían, directa o indirectamente, a frases que no describen nada que sea susceptible de ser observado, y por ende carentes de significado.

Consignamos a continuación la opinión de RECASENS SICHÉS sobre la naturaleza de los juicios hipotéticos:

...el contenido de las normas jurídicas no está constituido por principios ideales con validez abstracta, sino por obras humanas que fueron suscitadas por determinadas motivaciones concretas, por ciertas necesidades sentidas de modo especial en algún lugar y en alguna época, y que se encaminan a producir determinados resultados que son estimados como valiosos.¹⁶

Hasta aquí, nos hemos empeñado en refutar la idea de que una norma puesta o supuesta sea suficiente para darle validez al orden jurídico, sin caer en la necesidad de buscarla en un "topos hyperouranios", evidenciando asimismo la necesidad de fundamentarla en declaraciones con proposiciones significantes, resta entonces quizás lo más difícil: proponer declaraciones básicas para el derecho cuya verdad pueda ser concluyentemente establecida por la experiencia, o por lo menos posible a la experiencia hacerla probable.

La búsqueda es corta, en la misma *Teoría pura del derecho* encontramos frases como las siguientes:

...cuando los hombres viven en sociedad, la noción del bien y del mal nace en su espíritu. Así llegan a pensar que en tales circunstancias los miembros del grupo deben conducirse de una manera determinada, es decir, conforme a ciertas normas.¹⁷

¹⁶ Recasens Sichés, Luis: *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. Segunda edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1973. pp. 23-24.

¹⁷ Kelsen, Hans: *Op. cit.* pp. 20-21.

...Un orden normativo es eficaz cuando, de manera general, los individuos a los cuales se dirige se conforman a sus normas.¹⁸

O por ejemplo, extraída de *Anatomía del derecho*, de LON FULLER, publicado por Monte Ávila en 1969, la frase: "*...para garantizar la paz que haga posible la colaboración individual es necesario regular la vida social*".

Ahora bien, aun aceptando que declaraciones como las anteriores sirven de premisas al sistema de normas jurídicas, podrían surgirnos dudas sobre la consideración que se merecen dichas proposiciones. Al respecto, nos parece evidente que éstas son el punto de partida de una inferencia o procedimiento estructurado por medio del cual se llega a nuevas proposiciones fundamentadas en las preexistentes. El resultado de tal razonamiento —las normas— dependerá entonces de las declaraciones que le sirven de base, y en consecuencia, las presupondrán en todo momento. Así, tanto en la aplicación de la norma por sus destinatarios, como en su estudio por el jurista, será necesario tomar en cuenta, estrictamente, las proposiciones implicadas por el orden jurídico —aunque no constituyan en sí mismas normas jurídicas— con las limitaciones que impone la lógica, y sobre todo, las leyes de la lógica. En conclusión, es fundamento de validez del derecho el estricto —se insiste— conjunto de proposiciones constituidas por frases literalmente significantes que sirven de premisas para la formación de las normas y reglas de derecho de acuerdo a las leyes de razonamiento de la lógica. Dichas premisas para ser significantes deben aprehenderse de la realidad: los propósitos del orden jurídico, y las consideraciones previas a la realización de la norma en el centro de creación legislativa o a su aplicación por parte del intérprete, especialmente del juez, en cada caso.

Esta postura, aunque novedosa, quizás en lo extrema y el apoyo que se hace de Ayer, no es desconocida en el debate jurídico. A una conclusión parecida a la propuesta precedentemente llegó el decano Duguit, quien en la traducción española de la tercera edición francesa de su *Manual de Derecho Constitucional*, expone: "*No cabe duda de que es preciso hacer la construcción jurídica del Estado, pero es preciso también desembarazarla del farrago metafísico que la abrumba. Una construcción jurídica no tiene otro valor que el que le prestan los hechos reales de que viene a ser la síntesis: o, si se quiere mejor, una fórmula jurídica no tiene valor sino en tanto que exprese en lenguaje abstracto una realidad social, fundamento de una regla de conducta o de una institución política. La construcción jurídica del Estado no tendrá,*

¹⁸ *Ibidem.* p. 25.

por lo tanto, valor sino en cuanto sea la expresión en fórmulas abstractas de realidades concretas".

En contra, se cuenta a Recasens Sichés, quien sobre el uso de la lógica formal en el derecho expresa lo siguiente:

... la lógica formal clásica, la moderna y la contemporánea, es decir, la lógica de lo racional, la lógica que ha sido llamada físico matemática, no es el instrumento apto ni para el planteamiento ni para la solución de los problemas humanos prácticos, como son, por ejemplo los problemas políticos y jurídicos. El empleo de esa lógica formal para el tratamiento de los problemas jurídicos, cuando no resulta perjudicial y lleva a resultados insensatos y monstruosos, por lo menos resulta inútil, con la mera excepción de lo relativo a las cuestiones marginales que pueden darse en esos asuntos humanos en la medida en que en los mismos intervengan factores de la naturaleza material, del cálculo matemático, o de las leyes formales de todo pensamiento. Pero esas son cuestiones marginales o adyacentes, las cuales aunque pueden a veces tener importancia, no afectan a la entraña medular de los problemas humanos, en tanto que cuestiones de conducta práctica.¹⁹

Resulta claro, que el referido autor no desconoce el significado de la lógica formal, en cuanto conjunto de leyes y principios del razonamiento correcto, pues inmediatamente la identifica con "la lógica de lo racional", pero ¿es qué acaso la lógica formal sólo se ocupa de la argumentación matemática? El campo de lo racional es sin duda mucho más amplio y por ende que el de "la lógica de lo racional". No hay nada más humano que la racionalidad y si no es ella quien debe resolver los conflictos intersubjetivos y estructurar un orden para garantizar la paz social ¿qué podría hacerlo? Acaso ¿la metafísica?

Ciertamente el derecho debería aplicarse por sí mismo, pero cuando se trata de determinar el verdadero sentido de sus normas, y una vez descubierto éste, aplicarlo, debe necesariamente recurrirse al juicio y a la razón para aplicarlo.

Un manejo del derecho sin la razón, sólo podría fundarse en la autoridad, lo cual, por sí solo, constituye un desprecio a lo que el derecho significa, por todo lo cual creemos ampliamente justificado el sometimiento del derecho a la lógica. Sin más comentarios, un ejemplo de la peligrosa sinrazón a que nos puede llevar lo propuesto por Recasens, lo constituyen los indeterminados "valores normativos" y "valores de aplicación" a que alude la siguiente sentencia:

¹⁹ Recasens Sichés, Luis: *Op. cit.* p. 278.

En casos como éste se impone analizar lo que esta Corte en otras oportunidades ha denominado "valores normativos" y "valores de aplicación", para denotar la idea de la existencia de criterios axiológicos de carácter constitucional que deben estar más allá y aún con preeminencia de cualquier situación formal que las leyes exigen.

Los valores normativos se refieren al conjunto de consideraciones axiológicamente apreciables que el legislador o constituyente toma en cuenta en el momento normativo (esto es, en la fase de elaboración de la norma) con base en las creencias y necesidades del pueblo, abstractamente consideradas y abstractamente establecidas en los instrumentos normativos.

Los valores de aplicación en cambio se refieren al conjunto de consideraciones axiológicamente apreciables que el aplicador en su tarea de interpretación y concreción de la norma debe tomar en cuenta a la hora de individualizar la norma (abstractamente elaborada) y aplicarla a cada caso concreto.

Cuando los valores normativos (abstractamente considerados por el legislador en un momento determinado) coliden o quebrantan el orden axiológico aplicable en cada caso concreto, entonces una 'actitud ética' implica darle preeminencia a tales valores de aplicación; si en cambio los valores normativos establecidos en una ley se oponen a los valores normativos de rango constitucional entonces debe dársele preeminencia a los valores que la propia Constitución establece.²⁰

2. EL ÓRGANO

2.1. Los sujetos de la organización administrativa

Dentro de la organización estatal se distingue a su vez a la organización administrativa que, como ya adelantamos, no es más que el conjunto de órganos y agentes que realizan la actividad ordenadora del Estado denominada administrar. De este intento de definición de 'organización administrativa' resulta su acepción de 'sujeto', de lo cual podemos inferir que existe una delimitación entre los sujetos que administran y aquellos que no lo hacen. Al conjunto de los primeros le llamamos gobierno o administración, y al de los segundos gobernados o administrados. Esta misma clasificación de los sujetos la encontramos en SANTAMARÍA PASTOR cuando señala:

... todos los sujetos que operan en el campo del derecho público son reducibles a dos posiciones básicas: unos actúan como sujetos activos del poder,

²⁰ Sentencia de la CORTE PRIMERA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, con ponencia del Magistrado Rafael Ortiz-Ortiz. N° 2000-512, de fecha 24 de mayo de 2000.

*mereciendo por ello la calificación de gobernantes; los restantes son sujetos pasivos del mismo, siendo calificados genéricamente de gobernados, ciudadanos o —en cuanto destinatarios de la acción administrativa— de administrados.*²¹

Resulta claro entonces que la nota diferenciadora entre gobierno y gobernantes, administración y administrados, radica en las posiciones y funciones que cada uno de ellos realiza dentro del orden. La organización, como hemos dicho anteriormente, es artificial, ideal, de normas positivas y dependiente, no es extraño, pues, que los sujetos organizadores —resultado de la actividad de organizar— compartan las características de la organización de la cual son producto, y, en consecuencia, también sean artificiales, ideales, de normas positivas y dependientes, es decir, 'personas jurídicas' titulares de derechos y obligaciones, pero sin la esencialidad de un substrato humano. Esta ficción, de la tendencia organicista de nuestro ordenar, o si se quiere, del afán del hombre por recrearse a sí mismo en todo lo que hace o piensa, se realiza necesariamente a través de la exteriorización de la voluntad de personas naturales o físicas a través de los 'órganos' de la persona jurídica, que a su vez imputan sus actuaciones a ésta última. De acuerdo con Santamaría Pastor, y obviando discusiones doctrinarias que no corresponde señalar en el presente trabajo, conceptuaremos órganos como las "...unidades funcionales dotadas de capacidad para actuar de forma jurídicamente eficaz en las relaciones intersubjetivas; o lo que es lo mismo, las que ostentan el poder de expresar hacia el exterior la voluntad jurídica del ente en que se integran".²²

Ahora bien, de acuerdo con la definición transcrita y siguiendo a Peña Solís, son dos los elementos del órgano, uno de carácter objetivo y otro de carácter subjetivo, el primero de ellos referido a la competencia y el segundo al titular del órgano. La competencia o conjunto de libertades, potestades regladas o discrecionales, y deberes, determinan su actuación activa o pasiva, en lo que se conoce doctrinariamente como "*situaciones jurídicas subjetivas*". Por su parte, respecto del elemento subjetivo, el referido autor observa: "...los órganos gozan de estabilidad (...), pues el órgano no se extingue debido a la ausencia absoluta, temporal o accidental de su titular, inclusive el órgano

²¹ Santamaría Pastor, Juan Alfonso: *Principios de Derecho Administrativo*. Volumen I, 2ª edición. Colección Ceura. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. Madrid, 1998. p. 341.

²² Santamaría Pastor: *Op. cit.* p. 355.

*puede tener un titular anómalo ("funcionario de hecho"), y sin embargo, sigue funcionando..."*²³

Una mayor profundización de estas variantes, exigen una mirada a las características generales del órgano consagradas en nuestro derecho positivo, y dada la naturaleza constitucional del objeto de nuestro estudio, pasaremos a revisar lo que a este respecto establece nuestro texto fundamental.

En efecto, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, al igual que la del 61, al establecer que en el orden estatal el poder soberano reside en el conjunto del pueblo, señala que éste la realiza indirectamente "...mediante el sufragio, por los órganos que ejercen el Poder Público" (artículo 5), ante lo cual nos surge la siguiente interrogante: ¿Son los órganos, órganos del pueblo o del Estado? La duda se refuerza cuando AGUIAR constata que en nuestra nueva Constitución "...la sociedad y sus integrantes —los ciudadanos— serán el contenido de un continente que se les sobrepone y de cuyo les justifica: el Estado",²⁴ como si existiesen separadamente la una del otro. De acuerdo con lo hasta ahora planteado no hay dudas respecto de que los órganos lo son de la estructura organizativa denominada Estado, dentro de la cual se encuentran como sujetos, no sólo los órganos, sino el conjunto de personas que conforman el pueblo. La mención constitucional, no puede, pues, más que entenderse como una referencia a la forma democrática del gobierno y electiva de los titulares de los órganos superiores (artículo 146).

Reforzando la tesis del orden estatal, el artículo 7 establece el sometimiento de los órganos que le integran a la Constitución, y a su vez el sometimiento de los demás sujetos a las actuaciones de los órganos cuando actúen conforme a ella (artículo 131); por su parte, el artículo 18 nos presenta a órganos centrales, con sede en la ciudad de Caracas, ejerciendo competencias en todo el territorio nacional, divididas por ramas en legislativos, ejecutivos, judiciales, ciudadanos y electorales, pero obligados a colaborar entre sí (artículo 136); ya sea para legislar (artículo 156) o evacuar consultas (artículo 211), entre varias de sus competencias.

²³ Peña-Solís, José: *Op. cit.* Volumen I, p. 105.

²⁴ Aguiar, Asdrúbal: *Revisión Crítica de la Constitución Bolivariana*. Colección Ares. N° 19. Los Libros de El Nacional, Editorial CEC, S. A. Caracas, 2000. p. 27.

3. EL ÓRGANO PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

3.1. Antecedentes

Después de la Independencia de los Estados Unidos de Norteamérica, las nacientes Repúblicas hispanoamericanas guiaron sus procesos organizativos de acuerdo al ejemplo que le ofrecía su homóloga del norte. En este sentido, el autor mexicano FIX-ZAMUDIO, en su obra "El Sistema Presidencialista y la División de Poderes en el Ordenamiento Mexicano", señala: "Debe considerarse como una afirmación indiscutible, la de que tanto nuestro país como los restantes de Latinoamérica, tomaron como modelo el sistema político-constitucional establecido por la Carta de Filadelfia promulgada en 1787, en la que por primera vez se introdujo la forma de gobierno conocido como 'sistema presidencial'".²⁵ Sin embargo, como era de esperarse, en la transferencia se introdujeron ajustes en la institución de manera de adaptarla a nuestra idiosincrasia que, en agudas palabras del mismo autor, se destaca por

...una prolongada tradición autoritaria, en la que se combinan, por una parte, el caciquismo prehispánico, que todavía no desaparece por completo, el despotismo español de los tres siglos de dominación colonial, así como el caudillismo militar que se prolongó prácticamente durante todo el siglo XIX y primeras décadas del presente, con breves períodos bastante reducidos, de una limitada apertura democrática (Omissis). Esta prolongada tradición autocrática no podía ser favorable para el surgimiento de asociaciones y partidos políticos sólidos y permanentes, ni tampoco para el establecimiento de costumbres parlamentarias que sirviesen de freno a los poderes presidenciales, y si todo lo anterior lo combinamos con graves contrastes económicos y un alto índice de analfabetismo que apenas empieza a superarse, no podía esperarse, que en ausencia de una verdadera conciencia política de los diversos grupos sociales, pudiesen utilizarse de manera adecuada los procedimientos electorales, que por otra parte pueden manipularse fácilmente en esas circunstancias, para la designación de verdaderos representantes populares.²⁶

Es de resaltar que en Venezuela, y nos atrevemos a asegurar que en gran parte, si no en toda, Latinoamérica, siempre han existido partidos, polos o facciones políticas que se oponen entre sí y de tal manera se controlan, pero siem-

²⁵ Fix-Zamudio, Héctor: "El Sistema Presidencial y la División de Poderes en el Ordenamiento Mexicano", en *Libro Homenaje a Manuel García-Pelayo*. Tomo I. Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas, 1980. p. 228.

²⁶ Fix-Zamudio, Héctor: *Op. cit.* pp. 246-247.

pre para rodear a una personalidad o caudillo, y sin que pesen mayormente razones de índole ideológica y de clase, entre otras. Entendemos que el autor mexicano se refiera a los partidos como organizaciones permanentes e independientes, sin que esto disminuya en nada la observación hecha a la razón de ser de nuestros partidos en un sentido amplio. Tanto es así, que gran parte de la crisis política que vive nuestro país es atribuida no a la falta de partidos, sino, por el contrario, a la presencia y marcada influencia de éstos. En este sentido, consignamos la opinión de BREWER-CARIAS, uno de los constituyentes más calificados, quien realizando un diagnóstico de la estructura del Estado señalaba:

*Pero, además de sobre un estado centralizado, el sistema estuvo montado sobre un estado de partidos, un estado donde el sistema político fue apropiado por los partidos políticos, que se apoderaron del mismo y se apoderaron de la participación y de la representatividad. Los partidos asumieron el monopolio de la participación política al punto de que en este país sólo se podía participar si se era miembro de un partido político. Esto alienó gran parte del liderazgo nacional en cuanto a poder participar en política, porque sólo se podía hacer a través de partidos.*²⁷

A propósito de la anterior intervención, Brewer-Carias señala que la 'representatividad'²⁸ se convirtió en representación de los partidos políticos, usurpándose al pueblo la expresión de la voluntad colectiva. Replanteada la clásica discusión entre SIEYES y ROUSSEAU sobre la posibilidad de la coexistencia de la voluntad del pueblo soberano y la voluntad de sus representantes, recordamos que la teoría liberal de los órganos del orden estatal descansa sobre la tesis de la representatividad, y de una representatividad "libre" según WEBER, esto es, de representantes por elección, sin instrucción alguna de sus representados, y a través de partidos políticos. Ante la inicial crítica a la subrogación de la soberanía por los partidos políticos, la historia nos ofrece al corporativismo fascista como una alternativa, sin embargo, como ya referimos, nuestro problema no es realmente los partidos sino su constitución alrededor de un caudillo en vez de una ideología, situación que, aunque identificada, en vez de superarse parece afianzarse.

Terminada la disgregación, LAMBERT, citado por AYALA CORAO en su obra "El Régimen Presidencial en América Latina y los planteamientos para su refor-

²⁷ Asamblea Nacional Constituyente: *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*. Octubre-noviembre 1999. Imprenta del Congreso de la República. Caracas, 1999. p. 24/10/99 - 7.

²⁸ Para nosotros, relación orgánica dispuesta por las normas del orden estatal.

ma²⁰,²⁰ explica la relevancia del órgano presidencial notando sus características: 1) La personificación del poder en el Presidente de la República, atribuida por éste a nuestra inmadurez política; 2) La manipulación de los centros de contrapeso mediante el control partidista, burocrático y la corrupción; 3) La adaptación al status de países en vía de desarrollo; y, 4) Los poderes y atribuciones que el modelo presidencial de los Estados Unidos de Norteamérica no dispone.

Sobre este cuarto punto, se señalan competencias legislativas de la Presidencia de la República como: 1) La iniciativa de leyes de manera concurrente con el poder legislativo y en casi cualquier materia; 2) La iniciativa exclusiva de ley de presupuesto; 3) la legislación ejecutiva (decretos leyes y reglamentos); 4) Las medidas extraordinarias o de emergencia; y, 5) El veto suspensivo parcial de la legislación ordinaria con no promulgar las leyes.

Ante el desmedido poder de la Presidencia de la República, y buscando evitar la tiranía, se han implantado soluciones como: 1) Una duración limitada y fija del mandato; 2) La prohibición de reelección inmediata; y, 3) La responsabilidad civil y penal del titular del órgano.

Estas notas características del órgano presidencial las vamos encontrando a lo largo de la vida de la República: las funciones de suspender penas y conceder indultos en lo jurisdiccional desde la Constitución de 1811 (artículos 88 y ss.); la posibilidad de suspender los efectos de la Constitución en caso de conmoción interior a mano armada que amenazara la seguridad del Estado o invasión exterior y repentina, en la Constitución de 1819 (Título 7º, Sección 3ª, artículo 20); la potestad reglamentaria, en la Constitución de 1893 (artículo 76, num. 18); dictar medidas extraordinarias en materia económica o financiera cuando así lo requiriera el interés público y hubiese sido autorizado para ello por ley especial, en la Constitución de 1961 (artículo 190, ordinal 8º), así como decretar en caso de urgencia comprobada, la creación y dotación de nuevos servicios públicos, o la modificación o supresión de los existentes (artículo 190, ordinal 11º), decretar créditos adicionales al Presupuesto, previa autorización de las Cámaras en sesión conjunta, o de la Comisión Delegada (artículo 190, ordinal 14º), entre otras.

²⁰ Ayala Corao, Carlos M.: *El Régimen Presidencial en América Latina y los planteamientos para su reforma*. Cuadernos de la Cátedra Allan Brewer-Carías de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1992.

3.2. La Constitución de 1999

Tras un prolongado consenso sobre la necesaria reforma del Estado a través de su Constitución, observamos como, quizás en comprobación de la máxima dialéctica materialista que postula la incapacidad de los sectores dominantes para generar cambios en la distribución del poder, incapacidad que previamente PAINE condenara de arbitraria cuando no proviniese de la sociedad.²⁰ resultó en que un único sector político concibió y desarrolló el modelo constitucional promulgado y publicado el 30 de diciembre de 1999. Una de las notas más resaltantes de este nuevo texto fundamental, ampliamente publicitado por el constituyente, es el lema *non plus ultra* que pareciera acompañarle. En este sentido, DELGADO nos lo presenta como la "...actitud que se manifiesta en la inclinación a incorporar al texto normas, principios, valores, instituciones, etc., que pueden ser vistos como un avance, desarrollo o superación de cualquier cosa previamente existentes en el mundo occidental".²¹ Efectivamente, sólo nosotros contamos con cinco ramas del Poder Público; capítulos referidos a derechos ambientales, familiares, culturales y educativos; o la consagración de un Estado de Justicia además del de Derecho.

Es probable que el manejo que se había alcanzado en la pasada Constitución, la costumbre, o inclusive las pasiones políticas desatadas por sus propios propulsores, produjera en nosotros una primera lectura prejuzgada del texto constitucional, encontrándonos con una serie de contradicciones entre su contenido y nuestra cultura constitucional de la que no dudamos en concluir que se trataba de errores o deficiencias de la primera, pues, no hallábamos dentro de nuestros esquemas mentales explicaciones a las nuevas instituciones y concepciones. Sin embargo, una segunda lectura de la carta magna, en la que se incluyen las premisas²² que condujeron al constituyente a establecer tal conjunto normativo, sin duda nos permitirá reconocer el sentido de la reciente — que no nueva — organización estatal.

²⁰ Abreu, Víctor: *Constituyentes y constituidos: la primera disputa liberal*. Revista venezolana de Economía y Ciencias Sociales. Volumen 5, N° 1 (enero-marzo). Caracas, 1999. pp. 120-121.

²¹ Delgado, Francisco: *Moral y derecho en la nueva Constitución*. Material mimeografiado. S.F.

²² En el sentido dado *supra*. Ver punto 1.2.1.1.

3.2.1. LAS PREMISAS DE ROUSSEAU

Sin negar la influencia en la elaboración constituyente de otras ideologías, entre ellas el marxismo, resulta cardinal la figura de ROUSSEAU en nuestra estructura del poder. De acuerdo con CATALANO, profesor de la Universidad de Roma, *La Sapienza*, el actual sistema jurídico occidental (llamado por él romano germánico), del cual formamos parte, descansa en materia de derecho público en el legado constitucional de MONTESQUIEU y ROUSSEAU, olvidándose muchas veces que ambas ideologías en algunos puntos son, no sólo discordes, sino violentamente opuestas. Así, pues, en las transformaciones políticas iniciadas en 1789, encontramos dos tendencias bien definidas inspiradas por dichos autores: del primero la 'liberal' del partido girondino, representativa y de separación de poderes, perfeccionada más adelante por SIÈYES y CONSTANT: "Si se supone el poder de un corto número sancionado por el consentimiento de todos, este poder se convierte entonces en voluntad general",³³ y los utilitaristas ingleses BENTHAM y BURKE. Mientras que del segundo la línea democrática, jacobina, popular y de equilibrio de poderes, desarrollada esencialmente por ROBESPIERRE en Francia y PAINE en Inglaterra.

También resalta CATALANO la influencia romanista del pensamiento roussoniano —arcaísmo a la manera de TOYMBEE— claramente evidenciada en el capítulo IV del *Contrato social*, y traducida en principios como: 1) la soberanía popular y consecuentes derecho de resistencia colectiva contra la opresión, existencia de derechos anteriores a las instituciones políticas, y comicios; 2) el dualismo pueblo—gobierno o magistrados, y por tanto 'dictadura' y 'censura' extraordinarias y no permanentes, un órgano popular con 'poder negativo' o facultad de veto (tribunos); y 3) la religión civil o moral pública.

Sin embargo, como puede desprenderse del devenir de la historia, la línea democrática de Rousseau no tuvo aplicación en Europa, salvo en Francia durante *El Terror*. En este sentido señala el profesor romano: "Al olvido historiográfico de la reconstrucción roussoniana del derecho público romano (olvido propio de la cultura europea de los siglos XIX y XX) corresponde una falta de desarrollo de la teoría del derecho público en sentido democrático y popular. El Estado liberal burgués no puede aceptar la soberanía del pueblo "en sentido propio" (es decir como conjunto de ciudadanos reunidos en los comicios) ni el tribunado, ni la Dictadura (en sentido romano), ni la Censura (como poder

³³ Constant, Benjamín: *Política*. Tomo I. Biblioteca Económica Filosófica Zozaya. Sociedad General de Librerías. Madrid, 1890. p. 42.

moral)".³⁴ Sin embargo, estas ideas encontraron tierra fértil en América con Miranda, quien casualmente ejerció durante la Primera República la primera 'dictadura' como *Generalísimo*, y sobre todo con Bolívar.

3.2.2. LAS PREMISAS DE BOLÍVAR

Como lo asienta la Exposición de Motivos de la Constitución de 1999, con el adjetivo 'bolivariano' se "...recoge el sentimiento popular que lo distingue (al Libertador) como símbolo de unidad nacional y de lucha incesante y abnegada por la libertad, la justicia, la moral pública y el bienestar del pueblo, en virtud de lo cual se establece que la Nación venezolana, organizada en Estado, se denomina República Bolivariana de Venezuela" (énfasis añadido).

Aunque en nuestra vida republicana no es nuevo utilizar la figura e ideario de Simón Bolívar para inspirar instituciones, movimientos políticos y hasta empresas económicas,³⁵ es evidente la influencia ejercida por el Libertador —y a través de él de Rousseau— en la actual organización del Estado. En efecto, desde las bases mismas de la Constitución (Preámbulo y artículo 1), hasta la conclusión de la estructura organizativa del Estado (Poderes Electoral y Ciudadano), o el artículo 107 constitucional que contemplan la obligatoriedad de la enseñanza de los principios del ideario bolivariano, es patente la fuente de inspiración del constituyente, por lo que resulta indispensable para comprender la Constitución, una revisión integral del pensamiento y acción del Libertador.

Es de advertir que, a pesar de su general aceptación, el referido bolivarianismo estatal no escapa de suspicacias, baste recordar la siguiente advertencia de BRICEÑO-IRAGORRY:

*También nos valemos del Libertador para cubrir con los resplandores de su gloria lo opaco y menguado de nuestra realidad cívica. Y como es padre de todos, cualquiera se cree con derecho de interpretar sus pensamientos, y aun de ponerlos al servicio de intereses foráneos.*³⁶

³⁴ Catalano, Pierangelo: *Principios constitucionales bolivarianos: Origen y actualidad*. IV Congreso Venezolano de Derecho Constitucional. Caracas, 15, 16 y 17 de noviembre de 1995. material mimeografiado. p. 11.

³⁵ Véase al respecto Tabuas, Mireya: *Bolívar marca de fábrica*. En "El Nacional", domingo 23 de julio de 2000, C/1.

³⁶ Briceño-Iragorry, Mario: *Mensaje sin destino*. 5ª edición. Monte Ávila Editores Latinoamericana y Fundación Mario Briceño-Iragorry. Caracas, 1988. p. 9.

Para interpretar a Bolívar, y en general a cualquier personaje histórico y su obra, es necesario ubicárselo dentro de su contexto, el cual en el caso que nos ocupa, está demás decir, se encuentra referido a una época de profunda crisis y transformaciones, razón por lo cual quizás no haya dejado de tener vigencia.

Sobre la concepción política de Bolívar han surgido dos tesis contrapuestas, la primera de ellas autoritaria, expuesta entre otros por GIL FORTOUL y VALLENILLA LANZ en sus obras *Historia Constitucional de Venezuela*³⁷ y *Cesarismo Democrático*,³⁸ respectivamente, y la otra democrática, sostenida fundamentalmente en *Visión y Revisión de Bolívar*³⁹ por SALCEDO BASTARDO. Alegatos sobran a favor de una u otra posición, aunque el senado hereditario proyectado en Angostura (1819) y la presidencia vitalicia de la Constitución de Bolivia (1826), de acuerdo con un análisis integral del pensamiento y obra del Libertador, permiten concluir que no son más que ideas circunstanciales, transitorias o accidentales, y por tanto insuficientes para justificar teorías como la del "gendarme necesario". Particularmente interesante, resulta consignar la opinión de CATALANO, la cual suscribimos, en lo referente a la influencia "democrática" de Rousseau en el sistema bolivariano:

El itinerario del pensamiento y de la acción constitucional del Libertador a partir de 1813 (y podríamos decir ¡después del Juramento de 1805!) hasta 1830 procede en sentido inverso. Bolívar avanza en la línea de valoración cada vez más grande del modelo romano interpretado por Rousseau. Es decir en una línea opuesta a su cancelación historiográfica (de la cual puede verse el origen en la obra de Benjamín Constant).

*En el Discurso de Angostura están enunciados los primeros elementos de una reflexión histórica para la crítica de los modelos constitucionales europeos y norteamericanos. En el Apéndice de la Constitución de Venezuela de 1819 ("Poder Moral") y más en el Proyecto y la Constitución de Bolivia de 1826 se encuentran los instrumentos conceptuales codificados para la superación de tales modelos.*⁴⁰

Como premisa lógica o fundamento de nuestra Constitución (de acuerdo a lo expuesto en el punto 1.2.1.1.), resumiremos a grandes rasgos la doctrina jurídica, esencialmente publicista, de Simón Bolívar, partiendo de su respeto a

³⁷ Gil Fortoul, José: *Historia Constitucional de Venezuela*, 3ª edición revisada, 3 tomos. Editorial Las Novedades, Caracas, MCMXLII.

³⁸ Valenilla Lanz, Laureano: *Cesarismo Democrático y otros textos*. Biblioteca Ayacucho, N° 164. Caracas, 1991.

³⁹ Salcedo-Bastardo, José Luis: *Visión y revisión de Bolívar*, 4ª edición. Monte Ávila Editores Latinoamericana. Colección El Dorado, Caracas, 1999.

⁴⁰ Catalano: *Op. cit.* p.11.

la ley y sus instituciones organizativas típicas previstas en sus proyectos constitucionales e incluidos en nuestra Constitución de 1999, tales como el principio *uti possidetis iuris*; la distinción entre nacionales y ciudadanos; la tendencia al centralismo; la figuras del Vicepresidente y un Consejo de Estado; más de tres Poderes Públicos (Ejecutivo, Legislativo, Judicial, Electoral y Moral); la posibilidad de revisión de la Constitución; hasta el repudio a la guerra como principal mecanismo para resolver los conflictos internacionales; el ideal americanista; la necesidad de apropiarse de las minas como medio para la obtención de recursos públicos; y la cuestión indígena.

En cuanto a las características del pensamiento bolivariano, la objetividad es una de las más resaltantes. En este sentido SALCEDO BASTARDO señala: "*La objetividad en Bolívar se expresa en dos direcciones. Una individual, autocrítica, consistente en el exacto conocimiento de sí mismo. Y otra referida hacia los demás, la ecuanimidad*".⁴¹ Esta cualidad, agregáramos nosotros, es el producto de su conocimiento privilegiado de la América meridional y el viejo Mundo, y la interpretación de una mente evidentemente ágil. En este sentido, PERÚ DE LACROIX en su *Diario de Bucaramanga*, citado por el referido autor, decía de Bolívar: "*El Libertador tiene el talento el más fácil y lo más crítico para hacer un retrato moral: sus pinceladas son rápidas, enérgicas y verdaderas. En pocas palabras hace conocer el individuo de quien se ocupa*". Por otra parte, la practicidad es otra de las notas de su personalidad. Sin duda que habiendo sido un guerrero exitoso, la rapidez y oportunidad de sus decisiones son una constante. Así, en lo político VALLENILLA LANZ, en la oportunidad de reseñar la conferencia *La ley boliviana* de GIL FORTOUL, señala: "*Su intuición genial de sociólogo le hizo ver desde entonces 'que la excelencia de un Gobierno no consiste en su teoría, ni en su mecanismo, sino en ser apropiado a la naturaleza y al carácter de la nación para quien se instituye'*". Y en lo jurídico su "...tendencia a la efectividad jurídica, a la protección de la sociedad y a la simplificación y abreviación de los trámites judiciales",⁴² lo cual, por lo menos, coincide con el contenido del artículo 257 constitucional.

Sin embargo, no por ello Bolívar dejaba de confiar en el derecho como instrumento para desarrollo de los pueblos y cumplía fielmente la ley. "*Soy tan esclavo de la ley, como el soldado de su disciplina y el presidario a su cómitre*" y "...mi profesión siempre ha sido el culto popular y la veneración a las leyes

⁴¹ *Op. cit.* p. 71.

⁴² *Ibidem.* p. 287.

y a los derechos" no son prédicas sin práctica, pues, como ejemplo baste recordar los meses de espera como presidente de Colombia por una autorización del Congreso para viajar al Perú, o la necesidad de justificación de la Guerra de Independencia que hace con base al iusnaturalismo: "...la libertad e independencia que la naturaleza nos había concedido, y que las leyes mismas de España, y los ejemplos de su historia, nos autorizaban a recobrar por las armas".

Es precisamente el derecho constitucional su más próxima relación con lo jurídico. En su propuesta constitucional al Congreso reunido en Angostura (1819) y su proyecto de Constitución para la República de Bolivia (1826), encontramos enunciados conceptos jurídicos acogidos desde hace tiempo por la doctrina y el derecho positivo como el *Uti possidetis*, fórmula para la determinación del territorio de las nacientes repúblicas, o la afirmación de la propiedad del Estado de los recursos extractivos, antecedente de la nacionalización del hierro y petróleo. Otros en cambio han sido recientemente incluidos en nuestra Constitución:

- a) La distinción entre nacionales y ciudadanos, aunque, como abundaremos más adelante, tiene su origen en el *Contrato Social* de ROUSSEAU, aparece en la Constitución de Bolivia (Título II, Capítulo II) al igual que en nuestra Constitución (Título III, Capítulo II), referida a la titularidad de derechos y deberes políticos.
- b) La decisiva inclinación a favor del centralismo en detrimento del federalismo evidenciada en el aumento de las competencias de los niveles nacional (artículo 156 de la Constitución de 1999) y municipal (178) frente a la correlativa disminución de las competencias estatales (164); la eliminación de la Cámara del Senado; la minimización de los Consejos Legislativos estatales (extintas Asambleas Legislativas del artículo 19 y siguientes de la Constitución de 1961) y sus competencias (162 constitucional); y el tutelaje del Consejo Federal de Gobierno para la planificación y desarrollo de los estados federados, bajo la presidencia del Vicepresidente Ejecutivo (185). La orientación centralista de Bolívar, aunque aceptara las bondades de la forma federal de gobierno, es ampliamente conocida: "Mas por halagüeño que parezca y sea en efecto este magnífico sistema federativo, no era dado a los venezolanos gozarlo repentinamente al salir de las cadenas. No estábamos preparados para tanto bien, el bien, como el mal da la muerte cuando es súbito y excesivo".⁴³

⁴³ Bolívar, Simón: *Discurso de Angostura*, en O'LEARY, Daniel: *Memorias del General O'Leary*, Tomo 27. Ministerio de la Defensa. Caracas, 1981. p. 500.

*A través del proyecto y del discurso puede verse que el Libertador presenta sus ideas básicas sobre la organización social y política de la colectividad haciendo derivar, en un armonioso concepto, a la segunda de la primera, en manera que después no vuelve a verse en la evolución constitucional venezolana pues, a diferencia de lo expresado en Constituciones posteriores, Bolívar no presenta un proyecto de organización política sobre lo que "debía" ser la sociedad sino sobre lo que, en su concepto, era realmente.*⁴⁴

- c) La figura del Vicepresidente, había sido concebida por el Libertador para colaborar en la administración del Estado y le sucediera en el mando al presidente de Bolivia. En la actualidad, el Vicepresidente Ejecutivo es el órgano directo y colaborador inmediato del Presidente como jefe del Ejecutivo (artículo 238 de Constitución de 1999), y suple las faltas absolutas del Presidente de la República mientras se elige a uno nuevo, en caso de ocurrir la vacante dentro de los primeros cuatro años del periodo, o de manera definitiva si es posterior a ellos (233), y en caso de faltas temporales del Presidente se encargaría hasta por noventa días prorrogables por la Asamblea Nacional en noventa días más (234). Es también de resaltar que un gabinete de Ministros solidariamente responsables con el Presidente de la República y que ha sido base del presidencialismo americano es otra creación del constitucionalismo bolivariano, previsto tanto en la Constitución de 1961 (artículo 196) como la de 1999 (242).

Es importantísimo advertir que el Proyecto Bolivariano presenta con precisión, en el Presidente de la República los lineamientos de la figura de un jefe de Estado que fuera a la vez Jefe del Gobierno, pues se faculta al Presidente para dirigir la Administración General de la República; manejar las relaciones exteriores del país y comandar a las Fuerzas Armadas; se le obliga a observar, celosa y puntualmente, la Constitución y las leyes, suspender las sentencias de los Tribunales, indultar, ordenar la convocatoria del Congreso y conservar el orden y la tranquilidad nacional.

*Sometido el Presidente al control del Congreso, está obligado a darle cuenta del estado de la Nación, de sus rentas, gastos y recursos y a sugerirle las reformas que deben hacerse, así como a presentar a las Cámaras cuantos informes ellas le pidan. Además, siendo inviolable su persona, sólo un decreto del Senado, a propuesta de la Cámara de Representantes, podría impedirle el ejercicio de sus atribuciones, y tal propuesta sería factible en los únicos casos de delitos de traición o de conspiración del presidente contra la Constitución y el Estado. Prácticamente todo ese sistema también aparece admitido en la Constitución vigente de 1961.*⁴⁵

⁴⁴ Polanco Alcántara, Tomás: "Estudios Jurídico-Políticos sobre los Proyectos Constitucionales del Libertador Simón Bolívar". En *Los Proyectos Constitucionales de Simón Bolívar el Libertador, 1813-1813*. Fondo Editorial Nacional. Caracas, 1999. p. 88.

⁴⁵ Polanco Alcántara, Tomás: *Op. cit.* pp. 99-100.

d) El Consejo de Estado, originado en Francia bajo el Consulado (1800), es implantado en Venezuela apenas 17 años después (10 de noviembre de 1817), y en Colombia tras 28 años de creado, como mecanismo de autolimitación que el mismo Bolívar, ante la dictadura que ejerció de 1827 a 1829 por mandato popular, se impone y acata, sólo recuérdese el indulto a Santander y el aplazamiento del reglamento de elecciones decididos por el Consejo de Estado que, al igual que el instituido en el texto fundamental (251), opinamos, era de carácter consultivo y en consecuencia no vinculante.

El planteo propuesto significa modificar el punto de partida técnico que da sustento a la clásica división de los poderes sobre bases eminentemente políticas...

De acuerdo con el pensamiento del gran jurista francés (M. Hauriou) los poderes del Estado se dividen en: deliberante, ejecutivo y electoral. Si bien, para Hauriou el poder deliberante dicta leyes, su función principal es de control; por su parte el poder ejecutivo abarca tanto las funciones ejecutivas como judiciales, y el electoral la tarea no sólo de elegir a los gobernantes sino de ratificar la legislación fundamental. De acuerdo con el esquema de Hauriou, pareciera propio suponer que el poder deliberante ejerce funciones de decisión y control, el poder ejecutivo la función legislativa-ejecutiva (es decir, el gobierno) y el poder electoral la función de asentimiento y legitimación. En el pensamiento del constitucionalista español Pérez Serrano, el poder legislativo no es el que hace las leyes sino el que delibera.⁴⁸

e) El Poder Moral (Ciudadano), es quizás una de las instituciones de más genuina estirpe bolivariana. En efecto, aunque rechazada por los legisladores, su proposición de un cuarto poder en Angostura y una cámara de Censores en el Senado boliviano constituyen uno de los más efectivos mecanismos normativos de vigilancia y protección de lo público por medio de una revalorización, un tanto anacrónica, de las virtudes. Antecedentes de esta función la encontramos en la Grecia y Roma clásicas, vía Rousseau, y sobre todo por la concepción, compartida tanto por la ética greco latina como cristiana, de un hombre naturalmente virtuoso, capaz de diferenciar lo bueno de lo malo, y por tanto sometido a una moral común que, al igual que la razón, debe regir en nuestras sociedades.

Es de resaltar que los conceptos de "ética pública" y "moral administrativa", por los que debe velar el poder ciudadano (artículo 274 constitucional).

⁴⁸ Quiroga Lavié, Humberto: "Sobre la teoría de la representación popular y la división de los poderes de gobierno". En *Libro Homenaje a Manuel García-Pelayo*. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1980. p. 84-85.

a nuestro juicio, no se corresponden con los significados normales de moral y ética, puesto que sus contenidos se derivaran del conjunto del derecho positivo y premisas lógicas fundamentales de la organización en vez de la cultura o la sociedad, supuesto esencial de la efectividad y ejemplaridad de la administración pública bolivariana, la cual "...reside en los principios morales que la inspiran, en la magnitud de su ámbito, en la manera práctica de realizarse, y en la fiel adecuación a un programa superior de creación revolucionaria".⁴⁹

f) Por su parte, el Poder Electoral, aunque formalmente distinto al propuesto en Bolivia: "Cada diez ciudadanos nombran a un elector; con lo que se encuentra la nación representada por el décimo de sus ciudadanos",⁴⁸ comparte con el Poder Electoral de hoy (Título V, Capítulo V) la misma naturaleza funcional: "Ningún objeto es más importante para un ciudadano que la elección de sus magistrados, jueces y pastores. Los colegios electorales de cada provincia representan las necesidades y los intereses de ellas, y sirven para quejarse de las infracciones de las leyes y de los abusos de los magistrados [sic]" (énfasis añadido).

...Bolívar va a la esencia misma de la idea democrática y del concepto roussoniano de la soberanía: en el acto de ejercer, con el voto, la soberanía que reside en la universalidad de los ciudadanos, es cuando todos esos ciudadanos son realmente "iguales". Después viene la necesidad del premio y de la recompensa, del castigo y de la represión, que determinan una conducta distinta del legislador y del Estado ante el ciudadano virtuoso, prudente, sabio, valiente y honrado que ante el vicioso, injusto, inmoral o cobarde.⁴⁹

g) Por último, y sólo a manera enunciativa, son también de origen bolivariano en nuestro constitucionalismo: la flexibilidad de la revisión del texto constitucional; el americanismo como principio y fin de política internacional; la preocupación por la cuestión indígena como componente integrante de la nación; y, la necesidad de la privatización de las minas para sufragar los gastos de la República, lo cual a su vez tiene antecedentes coloniales.

⁴⁹ Salcedo Bastardo, José: *Op. cit.* p. 283.

⁴⁸ Bolívar, Simón: "Discurso al Congreso de Bolivia". En O'Leary, Daniel: *Memorias del General O'Leary*. Tomo 28. Ministerio de la Defensa. Caracas, 1981. p. 457.

⁴⁹ Polanco Alcántara, Tomás: *Op. cit.* p. 89.

3.2.3. LA SOCIEDAD Y EL ESTADO

Como adelantamos cuando comentábamos a Aguiar, en el Preámbulo de la Constitución se lee: "...para establecer una sociedad democrática, participativa y protagónica, multiétnica y pluricultural en un Estado de justicia, federal y descentralizado..." (énfasis añadido), con lo cual se denota un intento de separación entre la 'sociedad' y el 'Estado', lo que en el orden es ordenación de lo que es organización. Efectivamente, en el artículo 1 del texto fundamental se establecen primero las características de la República: libre, independiente y con su patrimonio moral y valores fundamentados en la doctrina bolivariana; para seguidamente enunciarse los derechos que corresponden a la Nación: libertad, independencia, etc. Pero no, no se trata de redundancias sin sentido, el artículo 3 constitucional insiste en lo mismo: "*El Estado tiene como fines (Omissis), la construcción de una sociedad justa y amante de la paz...*". El hecho de que se hable de establecer a la sociedad en el Estado, que éste construya a la sociedad y se enumeren características en un caso y derechos en el otro con contenidos idénticos (libertad e independencia) nos hacen presumir que son sujetos distintos, aunque estrechamente relacionados. Pero, ¿realmente podrá existir una separación no abstracta entre Estado y sociedad? ¿quedó atrás la concepción axiomática del Estado? Un mayor protagonismo y participación del pueblo soberano (artículo 70) y una nueva representatividad (limitada la posibilidad del ejercicio inmediato de la soberanía popular), hacen teóricamente posible la distinción entre el pueblo (lo natural) y el Estado (lo artificial), aunque suscita graves problemas de legitimidad: ¿cómo podrá imponerse el gobierno frente a la real voluntad del pueblo? Dos alternativas de solución se nos ocurren, la primera, vía la identificación del gobierno con el pueblo, al cual encarnaría, y la segunda a través de la recreación del concepto de gobierno como el conjunto de magistrados llamados a servir, y no a representar, al pueblo. Esta última posición, coincidente con la concepción romana del gobierno republicano,⁵⁰ y las ideas democráticas de Rousseau y SPINOZA,⁵¹ uno de los autores, según O'Leary, más influyentes en el Libertador.

⁵⁰ En cuanto a periodos determinados y responsabilidad ante el pueblo una vez terminado el plazo de ejercicio de la magistratura.

⁵¹ Ver en Spinoza, Baruch: *Tratado teológico-político*. Ediciones Orbis, S. A. Barcelona, 1985.

3.3. La Presidencia de la República en la Constitución de 1999

Resalta la Presidencia entre todos los órganos facultados para expresar la voluntad de la persona jurídica República. Este órgano electivo (artículo 228 constitucional) que ha sido siempre unipersonal, salvo excepción histórica del triunvirato ejecutivo de 1811, ejerce el Poder Ejecutivo del Estado (artículo 225), más que como una rama funcional del Poder Público como una división política del Poder, con lo cual parecen retomarse las ideas originales de LOCKE y Montesquieu sobre la separación de poderes. Sobre todo cuando, a la luz de la división entre Estado y pueblo, y la revalorización de la soberanía del pueblo, se impone la tesis de un único poder: el popular, y un gobierno que le encarna al igual que Bolívar (Presidente-líder),⁵² o le sirve sin representación (Presidente-magistrado) (artículo 145), ambos inclusive. Nótese que dichas posiciones se corresponden con la antigua calificación doctrinaria de las actuaciones del Ejecutivo en actos de gobierno y actos administrativos.

En cualquiera de los dos casos la preeminencia del órgano se constata en el artículo 226 de la Constitución, que designa al titular del mismo como Jefe del Estado y del Ejecutivo Nacional (Presidente-magistrado), en cuya condición dirige la acción del Gobierno. La referida doble condición (cabeza del orden estatal y del gobierno como una de las divisiones del elemento gobierno de dicha organización), excluye por sí sola la posibilidad de considerar al Presidente de la República como jefe del pueblo soberano (Presidente-líder), lo cual no se presentaba con la Constitución de 1961 dado que la concepción de Estado por ella contenida integraba al pueblo junto al territorio y el poder político, sin embargo, el liderazgo de la nación constituye un requisito de legitimidad, presupuesto como principio o premisa lógica de nuestro orden estatal, alcanzable en los comicios en los que, además de las condiciones de elegibilidad previstas en el artículo 227 constitucional, se sobreentiende como necesario un liderazgo fundado en la identificación Presidente-Pueblo.

Es de hacer notar que estas consideraciones sobre el liderazgo presidencial no se aplican a los demás órganos del Ejecutivo u otras ramas del gobierno del orden estatal, no así la relación funcionario-magistrado que siempre se conserva, y resulta un obstáculo para quien pretenda liderizar al pueblo (artículo 229); y una limitación al mismo titular de la Presidencia para continuar indefinidamente en el ejercicio del cargo —lo cual se justificaría como líder o encarnación del senti-

⁵² Este primer supuesto es posible en el Estado dado su carácter complejo entre ordenación natural y organización artificial.

miento popular, pero no desde el punto de vista de la conveniencia administrativa— al reducir el período de su ejercicio a seis años y su reelección de inmediato y por una sola vez (artículo 230), lo cual no obstante pareciera no impedir una nueva elección en períodos ulteriores si se considera como 'reelección' una consulta al soberano para relegitimar la continuidad de la persona titular del órgano. En todo caso el desempeño del órgano presidencial acarrea responsabilidad (artículos 139 y 232).

Por otra parte, la falta del líder de la nación será lógicamente solucionada con nuevos comicios, pero, cuando así lo requiera el servicio del pueblo en la organización, se podrá encargar de la Presidencia de la República al Presidente de la Asamblea Nacional o al Vicepresidente Ejecutivo (artículo 233).

Respecto de las situaciones jurídicas subjetivas de la Presidencia de la República, se enuncian las obligaciones de: 1) Procurar la garantía de los derechos y libertades de los venezolanos, así como la independencia, integridad, soberanía del territorio y defensa de la República (artículo 232); 2) Cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes (artículo 236, num. 1); y 3) Presentar, cada año, a la Asamblea un mensaje en que dará cuenta de los aspectos políticos, económicos, sociales y administrativos de su gestión durante el año inmediatamente anterior (artículo 237).

Entre sus atribuciones (artículo 236) como Presidente-magistrado o administrador podemos mencionar: 1) Dirigir la acción del Gobierno; 2) Nombrar y remover al Vicepresidente Ejecutivo y Ministros; 3) Dirigir la Fuerza Armada Nacional en su carácter de Comandante en Jefe, ejercer la suprema autoridad jerárquica de ellas y fijar su contingente; 4) Ejercer el mando supremo de la Fuerza Armada Nacional, promover sus oficiales a partir del grado de coronel o capitán de navío, y nombrarlos para los cargos que les son privativos; 5) Convocar a la Asamblea Nacional a sesiones extraordinarias; 6) Administrar la Hacienda Pública Nacional; 7) Negociar los empréstitos nacionales; 8) Decretar créditos adicionales al Presupuesto, previa autorización de la Asamblea Nacional o de la Comisión Delegada; 9) Celebrar los contratos de interés nacional conforme a esta Constitución y la ley; 10) Designar, previa autorización de la Asamblea Nacional o de la Comisión Delegada, al Procurador o Procuradora General de la República y a los jefes de las misiones diplomáticas permanentes; 11) Nombrar y remover a aquellos funcionarios cuya designación le atribuyen la Constitución y la ley; 12) Dirigir a la Asamblea Nacional, personalmente o por intermedio del Vicepresidente Ejecutivo, informes o mensajes especiales; 13) Formular el Plan Nacional de Desarrollo y dirigir su ejecución previa aprobación de la Asamblea Nacional; 14) Fijar

el número, organización y competencia de los ministerios y otros organismos de la Administración Pública Nacional, así como también la organización y funcionamiento del Consejo de Ministros, dentro de los principios y lineamientos señalados por la correspondiente ley orgánica; y 15) Convocar y presidir el Consejo de Defensa de la Nación.

Es de resaltar el afianzamiento del presidencialismo respecto de las potestades que le eran atribuidas por la Constitución de 1961, basta para ello constatar que correspondía al Congreso de la República de Venezuela la autorización del ascenso de los oficiales de las Fuerzas Armadas desde Coronel o Capitán de Navío, inclusive (artículo 150, ordinal 5º, de la Constitución de 1961), o la fijación del número, organización y competencia de los ministerios y otros organismos de la Administración Pública Nacional, que debía determinarse por la respectiva ley orgánica (artículo 193).

Mientras que entre sus atribuciones (artículo 236 de la Constitución de 1999) como Presidente-líder —características del régimen presidencial latinoamericano— podemos mencionar: 1) Dirigir las relaciones exteriores de la República, celebrar y ratificar los tratados, convenios o acuerdos internacionales; 2) Declarar los estados de excepción y decretar la restricción de garantías en los casos previstos en esta Constitución; 3) Dictar, previa autorización por ley habilitante, decretos con fuerza de ley, las cuales, a diferencia de las previstas en la Constitución de 1961, parecieran no prever restricción alguna en cuanto a las materias delegables; 4) Reglamentar total o parcialmente las leyes, sin alterar su espíritu, propósito y razón; 5) Conceder indultos; 6) Disolver la Asamblea Nacional en el supuesto establecido en esta Constitución, con lo cual se introducen características de un régimen parlamentario en uno de los presidencialismos más reforzados de América; y 7) Convocar referendos en los casos previstos en esta Constitución, o lo que los romanos llamaba *ius conditionem habendi*.⁵³

Volviendo sobre la doble condición presidencial de líder-magistrado, creemos que sobran interpretaciones normativas que sustentan dicha posición, además de las proposiciones empíricas o verificables —origen y validez del derecho— que fielmente reproducen la realidad de nuestro pueblo y su orden, y por tanto están llamadas a perdurar en la medida que se tomen en consideración a la hora de organizar, administrar o gobernar, y una institución genuinamente

⁵³ Ver en Nauck, Emil y Wilhelm Wagner: *Roma, El país y el pueblo de los antiguos romanos*. Editorial Labor, S. A. Barcelona, 1960.

popular⁵⁴ es la forma gobierno que, en palabras de Bolívar, produce la mayor suma de felicidad posible. Recuérdense en este sentido las críticas de MARTÍ, citado por Vallenilla Lanz, y tantos otros:

*Con un decreto de Hamilton no se le para la pechada al potro del llanero. Con una frase de Sièyes no se desestanca la sangre cuajada de la raza india. A lo que es, allí donde se gobierna, hay que atender para gobernar bien. el buen gobernante en América no es el que sabe como se gobierna el alemán o el francés, sino el que sabe con qué elementos está hecho su país, y como puede ir guiándolos en junto para llegar, por métodos e instituciones nacidas del país mismo, a aquel estado apetecible, donde cada hombre se conoce y ejerce, y disfrutan todos de la abundancia que la Naturaleza puso para todos en el pueblo que fecundan con su trabajo y defienden con sus vidas. El gobierno a de nacer del país. El gobierno no es más que el equilibrio de los elementos del propio país.*⁵⁵

3.4. La Vicepresidencia Ejecutiva

En cuanto al órgano del Ejecutivo Vicepresidente Ejecutivo, el artículo 238, lo define como el órgano directo y colaborador inmediato del Presidente de la República en su condición de Jefe del Ejecutivo Nacional, esto es como Presidente-magistrado, para lo cual debe reunir las mismas condiciones exigidas para ser Presidente de la República, y no podrá tener ningún parentesco de consanguinidad ni de afinidad con éste.

Sus atribuciones, por tanto, corresponden a la de un magistrado o servidor público, pudiendo sólo generar actos administrativos en los casos de colaborar con el Presidente en la dirección de la acción del Gobierno; coordinar la Administración Pública Nacional de conformidad con las instrucciones del Presidente; proponer al mismo el nombramiento y la remoción de los Ministros; presidir, previa autorización del Presidente de la República, el Consejo de Ministros; coordinar las relaciones del Ejecutivo Nacional con la Asamblea Nacional; presidir el Consejo Federal de Gobierno; nombrar y remover, de conformidad con la ley, los funcionarios o funcionarias nacionales cuya designación no esté atribuida a otra autoridad; suplir las faltas temporales del Presidente; ejercer las atribuciones que le delegue el Presidente o Presidenta de la República (artículo 239), caso en el cual no podría delegar funciones que le estuvieran atribuidas como Presidente-líder de la República.

⁵⁴ En el sentido de las Constituciones histórico tradicionales.

⁵⁵ Vallenilla Lanz: *Op. cit.* p. 112.

No creemos que la figura del Vicepresidente Ejecutivo sirva más que para desahogar al Presidente de la República del ejercicio de funciones administrativas y servir de "Lugarteniente" o sucesor provisional en la jefatura del gobierno y hasta del Estado, más nunca del liderazgo popular, en casos de ausencias temporales o absolutas, y así evitar una gran crisis de índole institucional. Aunque reconocemos su utilidad como mecanismo de drenaje de conflictos políticos con los mecanismos de censura y remoción del Vicepresidente y la disolución de la Asamblea Nacional (artículo 240), en la cual se sacrifica todo menos la legitimidad de la cabeza del gobierno, justificación lógico-jurídica del gobierno dentro del orden estatal.

CONCLUSIONES

En conclusión, de la evidencia de que 1) Los elementos del "ordenamiento jurídico" u organización estatal se encuentran íntimamente relacionados, de manera que sólo cuando existe una pluralidad de sujetos es necesario su gobierno, y sólo cuando pretende erigirse un gobierno u organización política amerita la creación de normas; y 2) Los sujetos que actúan son a su vez resultado de dicha actuación; las normas son actividad y resultado de la actividad de organizar; y el gobierno es sujeto que organiza y resultado de esa misma actividad. Entonces, la teoría de la organización no puede ser parcializada, limitada a los sujetos, normas o gobierno del orden, sino total, unitaria, y su estudio incluye necesariamente a cada una de sus vertientes y confluencias.

En cuanto al producto normativo de la organización, su fundamento de validez está constituido por el conjunto de proposiciones, o frases literalmente significantes, que sirven de premisas para la formación de las normas y reglas de derecho de acuerdo a las leyes de razonamiento de la lógica. Dichas premisas para ser significantes deben aprehenderse de la realidad: los propósitos del orden jurídico, y las consideraciones previas a la realización de la norma en el centro de creación legislativa o a su aplicación por parte del intérprete, especialmente del juez, en cada caso.

Por su parte, respecto de los sujetos de la organización estatal distinguimos a sus órganos del conjunto de personas físicas y morales que la integran, los cuales responden a una forma democrática de gobierno y electiva de sus titulares. En este sentido, constatamos la existencia de partidos, polos o facciones políticas que se oponen entre sí y de tal manera controlan el ejercicio del gobierno, pero siempre para rodear a una personalidad o caudillo, sin que

pesen mayormente razones de índole ideológica o de clase, entre otras. Tanto es así, que gran parte de la crisis política que vive nuestro país es atribuida no a la falta de partidos, sino, por el contrario, a la presencia y marcada influencia de éstos.

Producto de dicha crisis fue nuestra actual Constitución, de la que resaltan, a través de la influencia de Bolívar, las ideas de Rousseau (capítulo IV del *Contrato social*) traducidas en principios como: 1) la soberanía popular y consecuentes derecho de resistencia colectiva contra la opresión, existencia de derechos anteriores a las instituciones políticas, y comicios; 2) el dualismo pueblo—gobierno o magistrados, y por tanto 'dictadura' y 'censura' extraordinarias y no permanentes (transitorias); y 3) la religión civil o moral pública; materializados, en nuestro caso, en la división entre nacionales y ciudadanos; un Poder Moral y Electoral; el centralismo; y el presidencialismo junto a una Vicepresidencia y Consejo de Estado.

La distinción entre el pueblo (lo natural) y el Estado (lo artificial), aunque suscita graves problemas de legitimidad en cuanto a la imposición del gobierno frente a la real voluntad del pueblo, presenta dos alternativas de solución, la primera, vía la identificación del gobierno con el pueblo, al cual encarnaría, y la segunda a través de la recreación del concepto de gobierno como el conjunto de magistrados llamados a servir, y no a representar, al pueblo, es decir, un único poder: el popular, y un gobierno que le encarna al igual que Bolívar (Presidente-líder), o le sirve sin representación (Presidente-magistrado), ambos inclusive. En cualquiera de los dos casos la preeminencia del órgano presidencial es palpable (Jefe del Estado y del Ejecutivo Nacional). Esta doble condición excluye por sí sola la posibilidad de considerar al Presidente de la República como jefe del pueblo soberano (Presidente-líder), lo cual no se presentaba con la Constitución de 1961 dado que la concepción de Estado por ella contenida integraba al pueblo junto al territorio y el poder político, sin embargo, el liderazgo de la nación constituye un requisito de legitimidad, presupuesto como principio o premisa lógica de nuestro orden estatal, alcanzable en los comicios en los que, además de las condiciones de elegibilidad, se sobreentiende como necesario un liderazgo fundado en la identificación Presidente-Pueblo.

Creemos que sobran interpretaciones normativas que sustentan estas conclusiones, además de las proposiciones empíricas o verificables—origen y validez del derecho— que fielmente reproducen la realidad de nuestro pueblo y su orden, por lo que están llamadas a perdurar en la medida que se tomen en consideración a la hora de organizar, administrar o gobernar, junto a una ins-

titución genuinamente popular que, en palabras de Bolívar, produzca la mayor suma de felicidad posible.

Por último, no creemos que la figura del Vicepresidente Ejecutivo sirva más que para desahogar al Presidente de la República del ejercicio de funciones administrativas y servir de "Lugarteniente" o sucesor provisional en la jefatura del gobierno y hasta del Estado, más nunca del liderazgo popular, en casos de ausencias temporales o absolutas, y así evitar una gran crisis de índole institucional. Aunque reconocemos su utilidad como mecanismo de drenaje de conflictos políticos con los mecanismos de censura y remoción del Vicepresidente y la disolución de la Asamblea Nacional (artículo 240), en la cual se sacrifica todo menos la legitimidad de la cabeza del gobierno, justificación lógico-jurídica del gobierno dentro del orden estatal.

BIBLIOGRAFÍA

- ABREU, VÍCTOR: "Constituyentes y constituidos: la primera disputa liberal", *Revista venezolana de Economía y Ciencias Sociales*, Volumen 5, N° 1 (enero-marzo). Caracas, 1999.
- AGUIAR, ASDRÚBAL: *Revisión Crítica de la Constitución Bolivariana*. Colección Ares, N° 19, Los Libros de El Nacional, Editorial CEC, S. A. Caracas, 2000.
- Asamblea Nacional Constituyente: *Gaceta Constituyente (Diario de debates)*, 3 volúmenes, Imprenta del Congreso de la República. Caracas, 2000.
- AYALA CORAO, CARLOS M.: *El Régimen Presidencial en América Latina y los planteamientos para su reforma*, Cuadernos de la Cátedra Allan Brewer-Carías de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1992.
- BARTOLETTI, BRUZUAL y ZELKOWICZ: *Léxico Constitucional Bolivariano*, 3 volúmenes. Associazione di Studi Sociali Latino-Americani y Sociedad Bolivariana de Venezuela. Nápoles, 1983.
- BOLÍVAR, SIMÓN: *Proyecto de Constitución para la República Boliviana, Lima 1826, con adiciones manuscritas de Antonio José de Sucre*. Caracas, 1978.
- BRICEÑO-IRAGORRY, MARIO: *Mensaje sin destino*, 5ª edición. Monte Ávila Editores Latinoamericana y Fundación Mario Briceño-Iragorry. Caracas, 1988.
- CATALANO, PIERANGELO: *Principios Constitucionales Bolivarianos: origen y actualidad*, Ponencia presentada en el IV Congreso venezolano de Derecho Constitucional. Caracas 15 al 17 de noviembre de 1995.
- CONSTANT, BENJAMÍN: *Política*, 2 tomos, Biblioteca Económica Filosófica. Madrid, 1890.
- COPI, IRVING M.: *Introducción a la Lógica*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Decimasexta edición. Buenos Aires, 1974.
- DELGADO, FRANCISCO: *Moral y Derecho en la nueva Constitución*. Material mimeografiado. s/f.
- DUGUIT, LEÓN: *Manual de Derecho Constitucional*, Francisco Beltrán Librería española y extranjera, Segunda edición española. Madrid, 1926.

- FIX-ZAMUDIO, HÉCTOR: "El Sistema Presidencial y la División de Poderes en el Ordenamiento Mexicano", en *Libro Homenaje a Manuel García-Pelayo*. Tomo I. Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas, 1980.
- GARCÍA PELAYO, MANUEL: *Derecho Constitucional Comparado*. Manuales de la Revista de Occidente. Madrid, 1951.
- _____ : *Orden, Ordenación y Organización*. Cuadernos de la Fundación 3. Fundación Manuel García-Pelayo. Caracas, 1998.
- GARCÍA-TREVIJANO FOS, JOSÉ ANTONIO: *Principios Jurídicos de la Organización Administrativa*. Estudios de Administración. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1957.
- GIANNINI, MASSIMO SEVERO: *Lezioni di Diritto Amministrativo*. 1º volumen. Dott. A. Giuffrè Editore. Milano, 1970.
- _____ : *Diritto Amministrativo*. 1º volumen. Dott. A. Giuffrè Editore. Milano, 1970.
- GIL FORTOUL, JOSÉ: *Historia Constitucional de Venezuela*. 3ª edición revisada. 3 tomos. Editorial Las Novedades. Caracas, MCMXLII.
- GOLDSACK GUIÑAZÚ, ALFREDO y PEDRO GRASES: *Castellano y Literatura*. Editorial Kapelusz Venezolana. Caracas, 1963.
- HAURIUO, ANDRÉ: *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*. Colección Demos, Biblioteca de Ciencia Política. Ediciones Ariel. Barcelona, 1971.
- KELSEN, Hans: *Teoría Pura del Derecho, introducción a la ciencia del derecho*. Editorial Universitaria de Buenos Aires. 17ª edición. Buenos Aires, 1981.
- _____ : *La Autodeterminación del Derecho*. Traducción de Ricardo Azpúrua Ayala. Universidad Central de Venezuela. Revista de la Facultad de Derecho N° 27 Caracas, diciembre de 1963.
- MONTESQUIEU: *Del espíritu de las leyes*. Volumen I. Ediciones Orbis S. A. Barcelona, 1984.
- NACK, EMIL y WILHELM WÄGNER: *Roma, El país y el pueblo de los antiguos romanos*. Editorial Labor, S. A. Barcelona, 1960.
- O'LEARY, DANIEL F.: *Memorias del general O'Leary*. Volumen XXVII. Ministerio de la Defensa, Venezuela, 1981.

PAREJO ALFONSO, LUCIANO, A. JIMÉNEZ-BLANCO y L. ORTEGA ÁLVAREZ: *Manual de Derecho Administrativo*, Volumen I y II, 4ª edición, Editorial Ariel, S. A. Barcelona, 1996.

PEÑA SOLÍS, JOSÉ: *Lineamientos de Derecho Administrativo. Volumen I: La organización administrativa*, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, 1997.

POLANCO ALCÁNTARA, TOMÁS: "Estudios Jurídico-Políticos sobre los Proyectos Constitucionales del Libertador Simón Bolívar". En *Los Proyectos Constitucionales de Simón Bolívar el Libertador, 1813-1813*, Fondo Editorial Nacional, Caracas, 1999.

QUIROGA LAVIÉ, HUMBERTO: "Sobre la teoría de la representación popular y la división de los poderes de gobierno". En *Libro Homenaje a Manuel García-Pelayo*. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1980.

RECASENS SICHÉS, LUIS: *Tratado general de filosofía del derecho*, Editorial Porrúa, México, 1978.

_____: *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, Editorial Porrúa, México, 1973.

RONDÓN DE SANSÓ, HILDEGARD: *Teoría General de la Actividad Administrativa*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela y Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1981.

ROUSSEAU, JUAN JACOBO: *Contrato Social*, Selecciones Austral, Espasa-Calpe, S. A. Madrid, 1980.

SALCEDO-BASTARDO, JOSÉ LUIS: *Visión y revisión de Bolívar*, 4ª edición, Monte Ávila Editores Latinoamericana. Colección El Dorado, Caracas, 1999.

SANTAMARÍA PASTOR, JUAN ALFONSO: *Principios de Derecho Administrativo*, Volumen I y II, 2ª edición, Colección Ceura, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S. A. Madrid, 1998.

SPINOZA, BARUCH: *Tratado teológico-político*, Ediciones Orbis, S. A. Barcelona, 1985.

TREVES, RENATO: *El fundamento filosófico de la teoría pura del derecho de Hans Kelsen*. Traducción de Manuel Simón Egaña, Universidad Central de Venezuela, *Revista de la Facultad de Derecho* N° 40, Caracas, junio de 1968.

VALLENILLA LANZ, LAUREANO: *Cesarismo Democrático y otros textos*, Biblioteca Ayacucho, Caracas, 1991.

FUENTES HEMEROGRÁFICAS

TABUAS, MIREYA: "Bolívar marca de fábrica". *El Nacional*, domingo 23 de julio de 2000, C/1.

Legislación

Decreto de la Presidencia de la República que aprueba la Ley Orgánica para la protección del Niño y del Adolescente

Decreto N.º 11.000, de 1970

En el nombre de Dios, el Señor, el Padre, el Hijo y el Espíritu Santo, yo, el Presidente de la República, decretó y doy a conocer lo siguiente:

Artículo 1.º - Se aprueba la Ley Orgánica para la protección del Niño y del Adolescente, que se transcribe en el presente decreto.

Artículo 2.º -

En fe de lo cual, yo, el Presidente de la República, decreté y doy a conocer lo que precede, en el nombre de Dios, el Señor, el Padre, el Hijo y el Espíritu Santo, yo, el Presidente de la República, decreté y doy a conocer lo siguiente:

Reflexiones en torno a la capacidad procesal en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente

María Candelaria Domínguez Guillén *

Capacidad jurídica y capacidad de obrar: he aquí, dos ideas que tienden a completarse, todo ser es sujeto de derecho, es persona jurídica, pero esto que es inherente a su personalidad, no envuelve la capacidad de obrar.

RAFAEL RAMOS

SUMARIO

Introducción • 2. El problema terminológico • 3. La capacidad procesal del menor de edad y la LOPNA: 3.1. Planteamiento. 3.2. La incapacidad procesal del menor de edad. 3.3. El sentido de la participación del niño o del adolescente • Conclusión

INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente (LOPNA) ha introducido importantes innovaciones en la esfera jurídica del menor de edad. A raíz de la entrada en vigencia de dicha Ley, muchas han sido las discusio-

* Universidad Central de Venezuela, Instituto de Derecho Privado, Investigador-docente. Profesora de Derecho Civil I.

nes, comentarios e inquietudes que han surgido, especialmente en torno a la capacidad procesal del niño y del adolescente.

Se ha llegado incluso a afirmar que con la entrada en vigencia de la LOPNA, el niño y el adolescente tiene capacidad procesal. Por nuestra parte, adelantamos que nos mostramos en desacuerdo con tal afirmación, en base a las apreciaciones derivadas de la Teoría General de la Capacidad. En las siguientes líneas pretendemos reflexionar específicamente sobre este punto.

A tal efecto, consideramos conveniente dividir nuestro estudio en dos partes: una primera parte dedicada al "problema terminológico" donde precisamos algunos conceptos generales básicos de Derecho Civil I que han sido a nuestro criterio mal entendidos con la reforma. Posteriormente en un segundo punto desarrollamos propiamente el aspecto relativo a la "capacidad procesal del menor de edad y la LOPNA", este punto, a su vez, lo subdividimos, en tres partes; en la primera se explica el "planteamiento" de lo que pretendemos desarrollar, para luego insistir en "la incapacidad procesal del menor" y finalmente pronunciamos en torno a lo que consideramos "el sentido de la participación del niño o del adolescente."

De manera que los comentarios que a continuación se presentan, son simples ideas que se pasean por la pregunta relativa a si la LOPNA puede atribuir capacidad procesal a un ser humano, que por lo general es incapaz de obrar en razón de la edad. No pretendemos pues, hacer un minucioso estudio de la capacidad procesal del menor de edad, sino fomentar la discusión sobre la pregunta planteada.

1. EL PROBLEMA TERMINOLÓGICO

Se ha considerado que con la entrada en vigencia de la LOPNA y en base al propio título de la ley que se refiere a "niño"¹ o "adolescente" es incorrecto hablar en la actualidad de "menor". Se argumenta en este sentido, que la expresión "menor" es despectiva pues presupone la idea de algo inferior. La eliminación del término "menor" se aprecia así, tanto en el texto de la LOPNA

¹ El artículo 2 de la LOPNA indica que se entiende por niño toda persona con menos de doce años y por adolescente toda persona con doce años o más y menos de dieciocho años. Por su parte, la Convención de los Derechos del Niño indica en su artículo 1 que se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado ante la mayoría de edad.

como en su Exposición de Motivos. La Exposición de motivos de la LOPNA, al referirse al "Cambio de paradigma", expresa textualmente: "Si bien es cierto, que desde el punto de vista técnico-jurídico menor es la persona no ha llegado a la mayoría de edad, según las convenciones legales de cada país, en la práctica el término está cargado de contenido estigmatizante y significa simplemente delincuente, egresado de un orfanatorio o correccional, abandonado, etc."²

Es lo cierto que tales ideas se han hecho eco con ocasión de la nueva normativa, y se quiere asociar la palabra "menor" con una connotación despectiva. Pensamos que la expresión "menor" alude simplemente a la ubicación de una persona al régimen de la "minoridad". Es decir, cuando nos referimos a "menor", aludimos a "menores de edad", a saber, a aquellas personas que no han alcanzado la "mayoría de edad", que es la edad a partir de la cual el ser humano adquiere capacidad plena. No olvidemos que la doctrina, califica los regímenes de incapaces en: regímenes de menores de edad y regímenes de mayores de edad. En este sentido, Aguilar Gorrondona, considera la apreciación de la nueva Ley sobre el término *menor* "radicalmente errónea"³.

Igualmente, refiere acertadamente el profesor Francisco Hung Vaillant siguiendo a Baumeister Toledo, que nada obsta para seguir denominando con el término menores a las personas que no han llegado a la mayoría de edad. Este término tiene fuerte arraigo en nuestra doctrina civilista entre la cual —que sepamos— carece de las connotaciones peyorativas y de minusvalía que algunos han pretendido endilgarle.⁴

De allí, que a riesgo de ser calificadas como desactualizadas, utilizaremos la expresión "menor de edad" pues pensamos que tal expresión no denota desde el punto de vista jurídico, sentido despectivo, pues simplemente engloba a las personas que tienen menos de dieciocho años de vida. No se puede pretender la inutilización de términos jurídicos con significado propio en derecho, en función del posible y eventual sentido que en la práctica se le puedan atribuir.

² Véase en este sentido: Perret Gentil, Cristóbal Cornieles: *Los Principios de la doctrina de la protección integral y las disposiciones directivas de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente*. En: Introducción a la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. Caracas, UCAB, 2000, pp. 42 y 43.

³ Aguilar Gorrondona, José Luis: *Derecho Civil Personas*. Caracas, UCAB, 14ª edic., 2000, p. 214.

⁴ Hung V., Francisco: *Notas sobre la capacidad jurídica de niños y adolescentes a la luz de la LOPNA*. En: Revista de Derecho del Tribunal Supremo de Justicia N° 2, Caracas, 2000, p. 341, nota 1.

buir a los mismos. Si esto fuese así, palabras de esencial uso en el lenguaje jurídico, serían borradas ante una discusión sin fin que siempre encontraría críticos.⁵

Si de sutilezas terminológicas se trata a fin de alejarse de lo despectivo, algunos han criticado inclusive, la utilización de la expresión "niño" por considerarla igualmente despectiva. Indica Rico Pérez en este sentido, que la expresión "niño" también denota inferioridad, pues en el lenguaje informal se suele hablar de "niño" para referirse a personas con franco desprecio, e igualmente —según el autor— a quien no razona se le dice que es un "niño". La expresión correcta para Rico es "infancia", pues ésta alude claramente al "estado de niño" y está referida a los primeros tiempos de vida.⁶ Siendo así pareciera que a fin de cuidarse de las expresiones despectivas, hasta la expresión utilizada por la LOPNA siguiendo la apreciación de Rico Pérez no sería la correcta. Recalcamos que en este ámbito no debe llevarse el problema terminológico a tal extremo porque la discusión se haría interminable, además de estar alejada de su preciso significado en derecho.

El problema se complica, porque también se ha pretendido darle una connotación despectiva a la utilización de otros términos de contenido jurídico que resultan completamente ajenos a la descalificación de la persona en su condición de ser humano. En este sentido, se suele afirmar y se desprende de la Exposición de Motivos de la propia LOPNA, que actualmente los niños y adolescentes se han constituido en "sujetos de derecho" y ya no son "incapaces".

Tal vez, tales ideas se han hecho de manera irreflexiva, pero en nuestro criterio las mismas conllevan a graves consecuencias, en orden a la formación académica de nuestros estudiantes y a riesgo de ser calificados de "civilistas radicales", consideramos necesario aclarar que tales afirmaciones constituyen una impropiedad.

La expresión incapacidad no contiene una referencia despectiva ni hacia el menor de edad ni hacia los adultos afectados por la misma; se denomina "incapaz" a quien no tenga capacidad de obrar ya sea en forma total o limitada.⁷

⁵ Términos tan arraigados como "incapaz" o "débil de entendimiento" podrían tener una connotación peyorativa en el lenguaje común, y en la búsqueda de un sinónimo que no afecte sensibilidades se perdería no sólo el tiempo sino que se correría el riesgo de incidir en imprecisiones terminológicas desde el punto de vista legal.

⁶ Rico Pérez, Francisco: *La Protección de los Menores en la Constitución y en el Derecho Civil*. Madrid, edit. Montecorvo S.A., 1980, p. 19.

⁷ Al igual que la palabra "menor".

En este sentido, sostiene acertadamente César Ramos que en el sentir común se usa el término menor —niño se ha tenido como sinónimo de incapaz natural—. Cabría al respecto, hacer algunas precisiones. Ser incapaz en el campo contractual no comporta minusvalía como persona y la dignidad correspondiente.⁸

En cuanto a que los niños y el adolescentes son ahora "sujetos de derecho" igualmente, vale observar que el niño y el adolescente (o menor) siempre ha sido, es y será "sujeto de derecho". Porque no debemos pasar por alto que tal noción pertenece a la Teoría General del Derecho, equiparándose a la de "persona", a fin de indicar que sujeto de derecho o persona, es todo ente susceptible de ser titular de deberes o derechos o todo ente capaz de figurar como sujeto (ya sea activo o pasivo) en una relación jurídica. Una noción más limitada de "sujeto de derecho" y refiriéndola a una relación en concreto, entiende que el mismo, es quien en una relación jurídica, es el titular del derecho. Esto es así, pues el menor de edad (ya sea este niño o adolescente) es sujeto de derecho porque es persona, y evidentemente tal condición no viene dada por la LOPNA.

Entendemos, que el cambio de paradigma que se propugna en la nueva ley, apunta a la idea de considerar al niño y al adolescente como la figura principal de la protección jurídica, cuya opinión y participación debe necesariamente ser tomada en cuenta, pero para ello no es necesario confundir nociones técnicas de derecho, que son lejanas a la marginalización y olvido que han tenido los menores de edad en nuestro país.

Sostenemos que no obstante las indicaciones de la Ley y la doctrina, las nociones básicas de "persona", "sujeto de derecho", "incapacidad" y "minoridad", deben extraerse del discurso que ha originado la reforma a fin de no caer en imprecisiones jurídicas de nefastas consecuencias. Contaminar estos conceptos con contenidos despectivos ajenos a su exacto significado jurídico, no es lo deseable a objeto de lograr una efectiva protección del niño y

⁸ Ramos S., César José: *Bases para la nueva legislación de familia del siglo XXI: El derecho de menores*. En: *De los menores a los niños, una larga trayectoria*. Caracas, UCV, 1999, p. 316.

⁹ Véase explicando por qué el niño en la actualidad es sujeto de derechos: Moráis de Guerrero, María G.: *Adolescentes en conflicto con la Ley Penal (Responsabilidad, sanciones y ejecución en la Ley Orgánica para la protección del niño y del adolescente*. En: *Introducción a la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente*. Caracas, UCAB, 2000, pp. 333-336.

del adolescente, pues no se ataca el problema de raíz sino que se manipula incorrectamente el lenguaje. De manera pues, que nos atrevemos a decir que el menor de edad, siempre ha sido, es y será "sujeto de derecho" porque es persona; así como ha sido, es y será en términos generales "incapaz" desde el punto de vista de su capacidad de obrar. Esta última afirmación la desarrollaremos *infra* 3.

Toda persona es sujeto de derecho. La doctrina comúnmente los ha considerado términos sinónimos¹⁰, sin embargo, existen personas incapaces, en razón de que no toda persona natural tiene capacidad de obrar, pues si bien se tiene la medida de la aptitud para ser titular de deberes y derechos (capacidad jurídica o de goce) no necesariamente se tiene coetáneamente la posibilidad de realizar actos jurídicos por voluntad propia (capacidad de obrar o de ejercicio). De allí que el niño y el adolescente, o el menor de edad—como insistimos en llamarle— es en principio incapaz de obrar.¹¹

Hemos señalado con anterioridad, que la finalidad básica de la reforma, debe consistir en darle al menor el trato de ser humano que realmente merece y aplicar con efectividad los derechos consagrados en la Constitución y la Convención de los Derechos del Niño.¹² Pero para lograr esa aplicación efectiva de los derechos del menor no es necesario sostener como innovación una condición de "sujeto de derecho" que siempre ha existido y crear una pretendida capacidad procesal.

Nos parece extremista sin embargo, la afirmación de Leongomez, al señalar: "La persona natural alcanza toda su aceptación jurídica con la mayor edad, antes carece realmente de todas sus capacidades".¹³ Ello porque, toda perso-

¹⁰ La persona es en términos generales "sujeto de derecho", porque constituye el sujeto de la relación jurídica o relación de derecho, bien sea como parte activa (titular del derecho) o parte pasiva (titular del deber).

¹¹ Véase en este sentido: Ramos, Rafael: *Capacidad de los menores, para contratar y obligarse*. Madrid, Hijo de Reus Editores, 3ª edic., 1907, p. 14: El ser de derecho es persona, es sujeto de derecho, pero esto que es inherente a la personalidad, no envuelve la noción de capacidad de obrar. Véase igualmente: Carreño de Herrán, Cecilia: *El menor de edad ante la ley Civil colombiana*. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 1976, p. 54: los impúberes están afectados de una incapacidad general.

¹² Domínguez G., María C.: *La tutela del Estado y la reforma a la Ley Tutelar de Menores*. En: De los Menores a los niños, una larga trayectoria. Caracas, UCV, 1999, p. 97.

¹³ Leongomez, Enrique: *Del principio de las personas naturales*. Bogotá, edit. Patria, 1926 (tesis), p. 14.

na al margen de su edad es plena desde el punto de vista de su capacidad de goce¹⁴, aun cuando no se tenga capacidad de obrar, como consecuencia de la minoridad.

2. LA CAPACIDAD PROCESAL DEL MENOR DE EDAD Y LA LOPNA

2.1. Planteamiento

La edad es una de las circunstancias limitativas de la capacidad de obrar del ser humano.¹⁵ Se define como el tiempo de vida de una persona desde el momento de su nacimiento hasta el momento en que se considere. Esto es, estudiamos al tiempo transcurrido desde el nacimiento hasta el punto de referencia en el tiempo que se pretenda considerar.¹⁶

¹⁴ La capacidad de goce suele entenderse como la medida de la personalidad, es decir, como la medida de la aptitud para ser titular de deberes y derechos. Ciertamente el sector de la doctrina incluye acertadamente en la definición el término "medida" a fin de diferenciar el mismo de la noción de "personalidad", pues para algunos autores son nociones equivalentes. Esto porque toda persona, tiene personalidad y también capacidad de goce.

¹⁵ Indica Bercovitz que la edad es el tiempo que transcurre desde el nacimiento hasta un momento determinado de la vida de una persona. Con esta definición se da por sentado que el momento en que se inicia el cómputo de la edad es el nacimiento. No obstante en la edad media, se llegó a sostener la necesidad de computar la edad desde el momento de la concepción. Tres son las alternativas fundamentales a la hora de fijar la edad de una persona. Se puede tener en cuenta la hora en que se produjo el nacimiento, o prescindir de ella excluyendo o incluyendo por completo el día del nacimiento. Los resultados a que conducen estos sistemas difieren en unas cuantas horas, pero en ocasiones puede tener relevancia. Así, la mayoría de edad se cumplirá el día del aniversario del nacimiento. Pero según el sistema adoptado, esa mayoría se alcanzará al comenzar el día, al finalizar el día o al cumplirse la hora en que se produjo el nacimiento. La edad es importante para muchos actos jurídicos. Especialmente la edad es importante como factor determinante de la madurez de una persona. La edad condiciona pues para realizar determinados actos. Con ella se pasa a ser capaz "de pleno derecho". (Bercovitz y Rodríguez-Cano, Rodrigo: *Derecho de la Persona*. Madrid, edit. Montecorvo, S.A., 1976, pp. 9-12).

¹⁶ Normalmente está referido al tiempo presente, y así si se nos pregunta nuestra edad actual, tomamos en cuenta nuestro tiempo de vida (en años) hasta el presente, pero si se nos pregunta la edad que teníamos al graduarnos o al casarnos, estamos considerando el tiempo transcurrido desde el nacimiento hasta esos acontecimientos, y en tal caso, tomamos como referencia nuestra edad en el pasado. Véase: Albaladejo, Manuel: *Derecho Civil*. Barcelona, José María Bosch Editor S.A., 14ª edic., 1996, Vol. 1, p. 247, quien define la edad como "el período de tiempo de existencia de una persona, que va desde su nacimiento hasta el momento de su vida que se considere."

La edad influye en el ejercicio de la capacidad jurídica y marca el límite de la capacidad civil.¹⁷ La capacidad civil se identifica así con la capacidad de obrar o de ejercicio.¹⁸

La edad es el factor determinante de la capacidad de obrar de la persona¹⁹ y constituye el principal hecho constitutivo de la capacidad de actuar. Estando la capacidad de actuar ligada al presupuesto de la capacidad cognoscitiva y volitiva, el Derecho imputa al sujeto su propio comportamiento en cuanto el mismo se encuentra en posibilidad de darle cuenta del alcance y significado de sus actos.²⁰

La aptitud para el ejercicio de los derechos y para concluir actos jurídicos válidos, denominada capacidad de ejercicio, no existe en todos los sujetos, ni se da en igual medida, por ello es contingente y variable con el mismo proceso de evolución de la persona.²¹ La capacidad de obrar depende del proceso evolutivo del ser humano y se adquiere en forma progresiva con la madurez. De allí, que la ley coloque la edad como límite objetivo a partir de la cual considera a la persona plenamente capaz.

El menor de edad no emancipado,²² en principio, es incapaz de obrar y a su vez es un incapaz negocial y procesal, salvo que la ley expresamente le otorgue capacidad plena o limitada para la realización de ciertos actos. Decimos "en principio" porque no obstante ser el menor incapaz de obrar, la ley le concede en ocasiones capacidad plena o limitada.²³

¹⁷ Aramburo, Mariano: *La capacidad civil. Estudio de las causas que la determinan, modifican y extinguen, según la filosofía del derecho. In historia de la legislación y el derecho vigente en España*. Madrid, edit. Reus S.A., 2ª edic., 1931, p. 86.

¹⁸ Sobre la noción de capacidad de ejercicio, véase *infra* 3.2.

¹⁹ Carrasco Perera, Angel: *Derecho Civil*. Madrid, edit. Tecnos, 1996, p. 100.

²⁰ Pérez Vargas, Víctor: *Existencia y capacidad de las personas*. Costa Rica, Lex Loci Ltda. 1977, p. 67.

²¹ García de Astorga, Amarilis: *La Administración de la comunidad conyugal en situaciones de incapacidad de los cónyuges*. En: Libro Homenaje al prof. José Melich Orsini, Caracas, UCV, 1982, T. I, p. 514.

²² La emancipación es el estado en que se encuentra el menor de edad por el sólo efecto del matrimonio, y en virtud del cual aumenta su capacidad de obrar y adquiere el libre gobierno de su persona. Véase: arts. 382-386 CC.

²³ Ello supone la idea de que el menor, especialmente cuando se aproxima los años cercanos a la mayoría, no es un incapaz de obrar absoluto, pues podrá realizar ciertos actos

A veces, en atención al grado de madurez que presenta el menor a cierta edad, la ley no obstante su incapacidad de obrar le concede capacidad plena (puede actuar por sí sólo) o limitada (puede actuar mediante autorización o asistencia) para realizar ciertos actos jurídicos. En el ámbito negocial, se pueden citar entre otros, algunos supuestos en que la ley reconoce capacidad negocial al menor en los arts. 222, 263, 277, 146, artículo 837 (ord. 1) del CC. El artículo 100 de la LOPNA concede capacidad negocial y procesal plena en el ámbito laboral al adolescente de 14 años.²⁴

Sin embargo, en ocasiones el representante legal del menor de edad, puede ser quien esté vulnerando los derechos del menor, razón por la cual se ha considerado justo y conveniente, considerar la opinión del menor por sí solo en ciertas procedimientos.

Este parece ser el sentido de los arts. 86 y 87 de la LOPNA al consagrar que la petición de los niños y adolescentes puede ser hecha por estos en forma directa, es decir, personalmente.

El artículo 86 de la LOPNA bajo la denominación "**Derecho a defender sus derechos**" indica:

Todos los niños y adolescentes tienen derecho a defender sus derechos por sí mismos. Se debe garantizar a todos los niños y adolescentes el ejercicio personal y directo de este derecho, ante cualquier persona, instancia, entidad u organismo.

El artículo 87 *eiusdem* —denomina tal disposición "**Derecho a la Justicia**"— agrega:

Todos los niños y adolescentes tienen derecho de acudir ante un tribunal competente, independiente e imparcial, para la defensa de sus derechos e intereses y a que éste decida sobre su petición dentro de los lapsos legales. Todos los adolescentes tienen plena capacidad de ejercer directa y personalmente este derecho.

²⁴ La LOPNA se refiere en el artículo 101 al derecho de sindicalización de los adolescentes. El artículo 84 *eiusdem* consagra el *derecho de asociación* de los niños y adolescentes. A fin de no confundir este derecho con la creación de personalidad jurídica en sentido estricto (asociación) la cual requiere ser representada por personas plenamente capaces de obrar, el párrafo tercero de dicha norma indica que "*Para que las personas jurídicas conformadas exclusivamente por adolescentes puedan obligarse patrimonialmente, deben nombrar, de conformidad con sus estatutos, un representante legal con plena capacidad civil que asuma la responsabilidad que pueda derivarse de sus actos.*"

Para el ejercicio de este derecho, el Estado garantiza asistencia y representación jurídica gratuita a los niños y adolescentes que carezcan de medios económicos suficientes.

El artículo 13 de la LOPNA titulado "Ejercicio progresivo de los derechos y garantías", prevé:

Se reconoce a todos los niños y adolescentes el ejercicio personal de sus derechos y garantías, de manera progresiva y conforme a su capacidad evolutiva. De la misma forma, se le exigirá el cumplimiento de sus deberes.

Parágrafo Primero: Los padres, representantes o responsables tienen el deber y el derecho de orientar a los niños y adolescentes en el ejercicio progresivo de sus derechos y garantías, así como en el cumplimiento de sus deberes, de forma que contribuya a su desarrollo integral y a su incorporación a la ciudadanía activa.

Parágrafo Segundo: Los niños y adolescentes en condición de retardo mental ejercerán sus derechos hasta el límite de sus facultades.

En base a las disposiciones citadas, cierto sector de la doctrina ha llegado a la conclusión, que la LOPNA le otorga capacidad procesal al menor de edad.

En este sentido se pronuncia Francisco Hung al sostener que "en su concepción actual, parece evidente que el contenido de los artículos 86, 87 y 353 LOPNA comporta —para nosotros, sin lugar a dudas— una modificación de la capacidad procesal de niños y adolescentes. Es prematuro juzgar en este momento si la innovación se justificaba o no; si ella va a ser utilizada o no en la práctica y si tal modificación originará beneficios para los niños y adolescentes, o si por el contrario será fuente de problemas y origen de inflación de conflictos jurídicos ante los órganos jurisdiccionales. *Lo cierto del caso es que —para bien o para mal— nuestro niños y adolescentes poseen en la actualidad capacidad procesal y que tal capacidad la pueden ejercer en forma personal y directa, sin representación ni asistencia de personas mayores de edad*".²⁵

Vale la pena preguntarse si esta posibilidad que concede la LOPNA en los artículos citados se corresponde realmente con el concepto de capacidad procesal. Es decir, cabe preguntarse ¿La LOPNA otorga al menor de edad capacidad procesal?

²⁵ Hung V., ob. cit., p. 354. Cursivas nuestras.

2.2. La incapacidad procesal del menor de edad

La capacidad procesal es la posibilidad de realizar actos procesales válidos por voluntad propia. Así por ejemplo, quien tiene capacidad procesal puede interponer por su propia voluntad demandas, contestarlas, promover pruebas, ejercer los correspondientes recursos, etc. La capacidad procesal forma parte de una noción más amplia, a saber, la *capacidad de obrar*, la cual está referida a la posibilidad de realizar actos jurídicos válidos por voluntad propia:²⁶ si estos actos son negocios jurídicos, estamos en presencia de la *capacidad negocial*, si los actos se refieren a actuaciones procesales, se ha denominado *capacidad procesal*. La capacidad de obrar supone igualmente la *capacidad delictual*, considerada como la posibilidad de responder por el propio hecho ilícito y depende únicamente del discernimiento.

Gordillo en este sentido, indica que cuando nos referimos a capacidad de obrar, no se atiende al dato de la personalidad, fundado en la subjetividad jurídica, sino a la expresión dinámica de la personalidad, es decir, a la posibilidad de actuación libre y responsable.²⁷

La capacidad de obrar resulta proyectada sobre el ámbito del acto o del negocio jurídico, para aludir a la voluntad humana consciente y responsable.²⁸ El sujeto capaz, ha de hallarse en condiciones de inteligencia y voluntad.²⁹

La capacidad de obrar supone y requiere de la voluntad, y ésta viene dada progresivamente en razón de la edad, de allí que sea un contrasentido hablar de un niño con capacidad de obrar.

Así mismo, opina Risolia que la verdadera capacidad, la de hecho, la de obrar, se apoya en datos de la naturaleza.³⁰ Por nuestra parte, consideramos que, siendo la escasa edad, una circunstancia que afecta la voluntad, es por ello

²⁶ Francesco Santoro Passarelli define la capacidad de obrar, como la aptitud de la persona para modificar por su propia actividad su situación jurídica. (*Lineamenti di Diritto Civile. Persone Fisiche*. Padova, Casa editrice Anonio Milani, 1940, XVIII, p. 37). Véase igualmente: Pérez Vargas, ob. cit., p. 44, indica que la capacidad de actuar es la posibilidad de realizar personalmente comportamientos jurídicos que provocan la constitución de efectos jurídicos. Véase también: *infra* Nota 39.

²⁷ Gordillo, Antonio: *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*. Madrid, edit. Tecnos, 1986, p. 34.

²⁸ *Ibid.*, p. 36.

²⁹ *Ibid.*, p. 38.

³⁰ Risolia, Marco Aurelio: *Capacidad y contrato*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1939, p. 16.

que la ley considera al menor como un ser incapaz de actuar en el mundo jurídico, pues sus manifestaciones de voluntad son insuficientes para producir actos o negocios jurídicos válidos. Precisamente, esta circunstancia se convierte en el fundamento de los regímenes de incapaces.

En este orden de ideas, la capacidad de obrar —como acertadamente indica Giunta— representa un fenómeno de autoresponsabilidad del sujeto.³¹

La noción de capacidad incluye y presupone la existencia de voluntad propia, la cual a su vez requiere necesariamente del discernimiento, es decir, de la facultad para discernir o distinguir entre “el bien y el mal”.³² De allí surge la clasificación entre capacidad *natural* y capacidad legal, porque esta última es dispuesta por el derecho en atención a la primera. Es decir, el derecho atribuye capacidad legal a quien tiene capacidad natural, porque cuenta con el discernimiento y la razón necesaria para otorgar tan concesión. Sin embargo, esta atribución no es producto del azar o de una arbitraria voluntad de la ley, sino que depende de la existencia de ciertas causas o condiciones. De allí que, las causas que afectan la capacidad de obrar, son la edad, la salud mental, ciertas minusvalías y la prodigalidad. Se dice que no tiene capacidad de obrar quien en base a esas causas generalmente se encuentra afectado de una incapacidad natural.³³

En este sentido, apunta acertadamente Boggio que en principio, la ley no crea, sino que reconoce o declara la incapacidad.³⁴ La ley reconoce una incapacidad existente y en el mismo sentido no puede crear capacidades que no tengan apoyo en la naturaleza o en la realidad fáctica.

³¹ Giunta, Giovanni: *Incapacità di Agire (interdizione, inhabilitazione, incapacità naturale)*. Milano, Dott. A., Giuffrè editore, 1965, p. 2.

³² Véase en este sentido: Ossorio, Manuel: *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Argentina, edit. Heliasta S.R.L, 1981, p. 257: Por el discernimiento se puede distinguir el bien del mal y entender el alcance, el valor y las consecuencias de cualquier acto. Quien obra sin discernimiento absoluto, no puede darse cuenta del alcance, del valor ni de las consecuencias de las acciones realizadas. En el caso de los menores y de los que sufren enajenación mental, esa falta de discernimiento hace que dentro del ámbito del Derecho Civil, sean nulos o anulables, según los casos los actos jurídicos que realizan en tales condiciones.

³³ Indica Pérez Vargas siguiendo a Giovanni Miele que “la capacidad natural es considerada como el mínimo presupuesto de todo acto jurídico, la capacidad de expresar una voluntad seria y consciente, de poder poner fines a la propia actividad”. (Ob. cit., p. 48).

³⁴ Boggio, Giuseppe: *Delle persone fisiche incapaci*. Torino, Unione Tipografico Editrice, 1888, Vol. 1, p. 4.

Los presupuestos de hecho de la capacidad de actuar son las condiciones de las que depende su reconocimiento (edad, salud).³⁵

Precisamente la edad es una de las causas que afectan la capacidad de obrar porque el derecho considera al menor de edad, en principio, incapaz de obrar. Decimos en principio, porque el derecho reconoce en algunos casos capacidad (plena o limitada) al menor de edad, porque aun siendo menor cuenta con el suficiente grado de discernimiento para realizar ciertos actos. En ocasiones la ley, concede capacidad de obrar al menor según su edad, porque esta se acerca al límite de la mayoría y supone *per se* un mayor grado de discernimiento.³⁶

Esto es así y lo captamos claramente porque cuando el menor adolescente se acerca a la edad de catorce (14) años, en virtud del evidente grado de discernimiento y madurez que posee, no obstante ser todavía menor de edad, el derecho le reconoce capacidad plena o limitada para realizar ciertos actos. Esta esfera de actuación se hace un poco más amplia, cuando el menor adolescente se aproxima a la edad de dieciséis (16) años, pues en tal caso su proximidad a la capacidad plena se hace evidente.

De manera pues, que si bien es cierto que la capacidad natural está fundamentada en la noción de discernimiento, podemos afirmar que a partir de los doce años, el menor entra en la adolescencia y su grado de madurez, de valoración y distinción del mundo que lo rodea, cobra un especial interés en orden a su proyección en la capacidad legal.³⁷ En este orden de ideas, la capacidad procesal, entendida como la posibilidad de realizar actos procesales válidos por voluntad propia, requiere necesariamente de la existencia de una voluntad de entender y de querer, la cual sólo existe en personas que han alcanzado la madurez que deriva del transcurso del tiempo.

Tal vez, la confusión viene dada por la expresión utilizada por la LOPNA “*defender sus derechos por sí mismos*” en razón de una de las acepciones que ha tenido en la doctrina la capacidad de obrar, entendiendo que esta es la *facultad de ejercer los derechos por sí mismos*.³⁸ Esta definición ha sido con razón

³⁵ Pérez Vargas, ob. cit., pp. 44 y 45.

³⁶ Véase *supra* N° 3.1.

³⁷ Se ha considerado que el menor tiene ya desde los siete (7) u ocho (8) años, juicios de claridad y que a los doce (12) ya ha adquirido capacidad de simbolización. (Stilerman, Marta: *Menores, Tenencia, Régimen de visitas*. Buenos Aires, edit. Universidad, 1991, p. 72).

³⁸ Véase Montarsé Lastra, Antonio: *La incapacidad civil de los alienados*. Buenos Aires, s/e, 1929, p. 4, indica que la capacidad de obrar es el grado de aptitud de las personas de existencia visible para ejercer por sí, los actos de la vida civil.

criticada porque se afirma que las personas incapaces de obrar, tienen sin embargo capacidad de goce, y de cierta forma ejercen por sí mismos sus derechos; por ejemplo, el derecho de propiedad del cual son titulares, y así, el recién nacido disfruta de su juguete y el demente de su casa. Por eso, para ser más preciso —ante la observación de que de cierta forma los incapaces también ejercen los derechos— lo correcto es referirse a que más que al ejercicio del derecho, la capacidad de obrar apunta a la realización de actos jurídicos por voluntad propia.

Expresa acertadamente Aguilar Gorrondona, que en materia de capacidad de ejercicio, *lo decisivo no es la facultad de ejercer personalmente los propios derechos o de cumplir personalmente los propios deberes, sino la facultad de realizar actos de voluntad que produzcan en cabeza propia plenos efectos jurídicos*. En efecto, personas que todos consideran privadas de capacidad de ejercicio pueden ejercer personalmente derechos propios (así, por ejemplo, el niño de corta edad que durmiera en una cuna de su propiedad estaría evidentemente ejerciendo en forma personal su derecho de propiedad).³⁹

Para Pérez Vargas el asunto reviste tanta importancia que con todo acierto expresa: “el goce y el ejercicio no coinciden necesariamente con la capacidad jurídica y con la capacidad de actuar, respectivamente”.⁴⁰

Opinamos que esa importante sutileza de lenguaje es lo que ha contribuido a la errónea creencia que cuando la Ley se refiere a “*ejercicio de los derechos por sí mismo*” está concediendo capacidad de obrar al menor de edad. Esto, porque se está tomando como noción de capacidad de obrar, una concepción

³⁹ Véase: Aguilar Gorrondona, ob. cit., p. 200 (en su edición del año 95, en la página 159, el autor utilizaba las cursivas que se indican en el texto citado). Véase en el mismo sentido Rogel Vide “posibilidad o aptitud para realizar eficazmente actos jurídicos” (Rogel Vide, Carlos: *La tutela del deficiente Mental*. En: *La Situación Jurídica de los Deficientes Mentales en el Derecho Español*. Madrid, Departamento de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid, 1975, p. 156). Puig Brutau también refiere que la capacidad de obrar implica producir mediante declaraciones de voluntad efectos jurídicos para sí y para otros (Puig Brutau, José: *Compendio de Derecho Civil*. Barcelona, Bosch Casa Editorial S.A., 1987, Vol. I, p. 181). Lehmann indica que la capacidad de obrar es la posibilidad de adquirir derechos y deberes mediante la propia actividad (Lehmann, Heinrich: *Tratado de Derecho Civil*. Madrid, edit. Revista de Derecho Privado, 1956, Vol. I., p. 122). Loewenwarter indica que la aptitud para adquirir un derecho no se ha de confundir con la capacidad de negociar, o sea, de producir efectos jurídicos por voluntad propia (Loewenwarter, Victor: *Derecho Civil Alemán Comparado*. Chile, edit. Nascimento, 1943, p. 25).

⁴⁰ Pérez Vargas, ob. cit., p. 25.

que ya había sido superada por la moderna doctrina civil que nos sirve de apoyo.

Al comentar la LOPNA refiere Vethencourt de Escobar que uno de los principios rectores de esta ley es el reconocimiento progresivo a los niños y adolescentes del *ejercicio de sus derechos* y garantías, lo cual ha generado la necesidad de que ciertos derechos, usualmente vinculados a la defensa de otros derechos, caso patente de la apertura de procedimientos que desembocan en la imposición de sanciones o multas, puedan ser iniciados y ejercidos directamente por los niños y adolescentes cuyos derechos o garantías han sido vulnerados.⁴¹

De allí, que algunos sostengan que la LOPNA garantiza expresamente la capacidad para *ejercer sus derechos por sí mismos* de manera progresiva, conforme a sus capacidad evolutiva y bajo la orientación de sus padres, representantes o responsables, según lo dispuesto en el artículo 13 de la LOPNA.⁴²

La expresión “*ejercicio por sí mismo de los derechos*” o “*ejercicio propio de los derechos*” no puede entenderse como la concesión de capacidad de obrar en el ámbito procesal. Si un niño, es un incapaz de obrar natural, porque su nivel de madurez no le permite discernir con claridad, evidentemente la ley no puede otorgarle capacidad procesal. Esto, porque la capacidad legal supone la capacidad natural, salvo en el caso de la interdicción legal⁴³ donde no

⁴¹ Vethencourt de Escobar, Belkys: *Las infracciones a la protección debida y las sanciones en la Ley Orgánica para la Protección del niño y del adolescente*. En: Introducción a la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. Caracas, UCAB, 2000, p. 207. (Destacado nuestro).

⁴² Perret Gentil, ob. cit., p. 41. (cursivas nuestras). El autor agrega: “Se pretende crear un régimen de *capacidad jurídica* en el cual se reconoce a los adolescentes mayor capacidad que a los niños en el ejercicio personal de sus derechos” (*idem* —cursivas nuestras). Vale observar que la afirmación anterior confunde capacidad jurídica con *capacidad de obrar*, pues la primera es igual en toda persona, la segunda sí podría hacerse diferente en función de la edad. En este sentido indica acertadamente Pérez Vargas: “La capacidad jurídica no es capaz de sufrir modificaciones, pues éstas implicarían un verdadero anulamiento de la misma de la personalidad jurídica y, lógicamente, no es concebible un sujeto de Derecho carente de tal cualidad”. (ob. cit., p. 62).

⁴³ La interdicción legal, es la privación de la capacidad negocial en razón de una condena a presidio. Véase artículo 23 del Código Penal y 408 del CC. La doctrina distingue la interdicción legal de la interdicción judicial, ésta última como su nombre lo indica, requiere de un procedimiento judicial y procede en razón de la existencia un defecto intelectual grave; la interdicción legal procede por el sólo efecto de la ley y como pena accesoria a la condena penal de presidio.

obstante existir capacidad natural, existe una incapacidad impuesta por la ley como medida de sanción.

El hecho de darle participación al menor, en los casos en que sea el principal interesado, no supone a nuestro juicio, la atribución de capacidad procesal a favor de éste, especialmente en aquellos casos, en que la temprana edad del menor anula la existencia propia del discernimiento. No es posible otorgar capacidad procesal a un ser que por naturaleza es incapaz de obrar.

Se trata simplemente de estimar al niño o adolescente como el protagonista de su propio entorno jurídico y reconocer que su opinión y petición debe ser considerada al margen de su incapacidad de obrar.⁴⁴ Claro está, que la protección debida al menor, se hace efectiva a través de la información que éste pueda llevar a los funcionarios públicos.⁴⁵

Reiteramos que, los artículos 86 y 87 no convierten a un ser incapaz de obrar por naturaleza en plenamente capaz desde el punto de vista procesal. La noción técnica de la capacidad procesal, necesariamente vinculada al discernimiento y a la voluntad propia, no puede confundirse con una sana participación activa del niño o del adolescente en los juicios donde éstos sean los principales interesados. Ese y no otro debe ser el espíritu de un ley de protección.

El artículo 87 de la LOPNA agrega: "*Todos los adolescentes tienen plena capacidad para ejercer directa y personalmente este derechos*".⁴⁶ Sin embargo, creemos que aun en el caso de los adolescentes, dicho artículo no está con-

⁴⁴ La necesidad de escuchar la opinión del menor al margen de su edad está consagrada en el artículo 80 de la LOPNA, pero esto ya estaba previsto con anterioridad a la LOPNA en la Convención de los Derechos del Niño que en su artículo 12 dispone: "1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional".

⁴⁵ Landó señalaba hace tiempo que la legislación futura debía rodear de las máximas garantías las labores de los funcionarios en protección a la minoridad. (Landó, Juan Carlos: *Hacia la protección integral de la Minoridad*. Buenos Aires, edit. Depalma, 1950, p. 207).

⁴⁶ Aun cuando el comentario está referido a la capacidad a la capacidad negocial, refiere Aguilar Gorrondona que no distingue la ley tres edades (niñez, adolescencia y mayoría) pues tanto los niños y adolescentes como los mayores quedaron sometidos en materia de capacidad negocial a las mismas reglas a las cuales estaba se sometían los menores de edad en un caso y los mayores en otro. (ob. cit., p. 213).

sagrando la capacidad procesal plena de los mayores de doce años. Opinamos que la ampliación del radio de acción a favor del adolescente encontraría sentido en su mayor grado de madurez e implica simplemente que el juez debe prestarle a éste la necesaria atención en función de su superior nivel de desarrollo. Sin embargo, no creemos que LOPNA consagre un régimen distinto entre niños y adolescentes en materia de capacidad procesal. Pues como acertadamente señala Aguilar Gorrondona, no obstante la distinción entre niño y adolescente, tal diferenciación no tiene relevancia jurídica porque niños y adolescentes quedaron sometidos casi totalmente a las mismas normas.⁴⁷ Razón de más para seguir sosteniendo que los menores y especialmente los niños no tienen capacidad procesal no obstante las importantes innovaciones de la nueva normativa, porque ello iría contra toda lógica.⁴⁸

De manera pues, que la ley no puede convertir en persona capaz de obrar (y dentro de ésta la procesal) a un ser sin discernimiento por su sola declaración si no existe correspondencia con la capacidad natural. Entendemos que *discernimiento* y *madurez* se perfilan en el ser humano a partir de la adolescencia, por lo que en tal caso, el derecho sí podría conceder al adolescente capacidad procesal en ciertos casos.⁴⁹

La capacidad procesal excede del hecho de "acudir a un tribunal competente, independiente e imparcial, para la defensa de sus derechos..." porque la realización de actos procesales supone actuaciones de gran transcendencia jurídica que pueden llegar hasta la disposición del derecho.⁵⁰

⁴⁷ Aguilar Gorrondona, ob. cit., p. 214.

⁴⁸ Sin embargo, creemos que aun en este caso el derecho no está convirtiendo al mayor de doce años en plenamente capaz desde el punto de vista procesal sino que simplemente le permite el acceso directo al funcionario competente en los casos en que esté de por medio su interés. Obsérvese que de conformidad con el artículo 87 de la LOPNA, se hace una diferenciación entre los niños y los adolescentes, a los efectos del ejercicio personal de tal derecho, obviamente en atención al grado de madurez que acompaña la menor de edad a partir de los doce años.

⁴⁹ Ej. artículo 100 LOPNA.

⁵⁰ Podría hablarse entonces, según indica Betti siguiendo a Carnelutti, que los actos procesales, según la respectiva función técnica que se confía a cada uno en la estructura conjunta de la relación en que se encuadran y en particular, según el modo en que cada uno de ellos concurre a la obtención del resultado de la relación total (por ejemplo, la diferenciación de los actos procesales en actos de adquisición, de gobierno, de elaboración, de composición procesal) o en actos inmediatamente operantes y actos optativos o excitativos, tendientes a un resultado que no depende de ellos solamente. (Betti, Emilio: *Teoría General del Negocio Jurídico*. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 2ª edic., 1943, Prólogo. Traducción de A. Martín Pérez., p. 14).

Quien tenga capacidad procesal podrá interponer acciones, contestarlas, oponer cuestiones previas, promover y evacuar pruebas, presentar informes, ejercer los correspondientes recursos ordinarios y extraordinarios, etc. En la práctica quien tiene capacidad de obrar y a su vez procesal, otorga un poder a un profesional del derecho para que ejerza las actuaciones indicadas, porque éste es quien tiene el conocimiento técnico necesario para proceder en el mundo del derecho.⁵¹

No se debe confundir la capacidad procesal con la capacidad de ser parte en un proceso que se desprende de la capacidad jurídica.⁵² Es la capacidad de poder realizar como demandante o como demandado, actos procesales. Esta

⁵¹ Véase nuestro trabajo: "Algunos problemas de interpretación en materia de tutela". En RFCJPUCV, N° 109, Caracas, 1998, p. 293, indicamos que normalmente la manifestación típica de la capacidad procesal se traduce en otorgar poder a un abogado, para que nos represente en juicio, sin embargo, en la práctica observamos que muchos de estos poderes tienen implícitas facultades de disposición. Vale agregar que no obstante, tener capacidad procesal, será el abogado quien asume la defensa judicial de nuestros derechos en nuestro nombre (de allí que se denomine "representación judicial"). Esto porque sólo el abogado tiene la capacidad de postulación, es decir, el conocimiento técnico-jurídico necesario para lograr tal objetivo. Indica Rengel Romberg que esta es una capacidad meramente formal exigida no por razones naturales sino técnicas, para asegurar al proceso su debido desarrollo. Se refiere a la facultad que corresponde a los abogados para realizar actos procesales con eficacia jurídica, en calidad de partes, representantes o asistentes de la parte. (Rengel Romberg, Aristides: *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano*. Caracas, edit. Arte, 1992, Vol. II p. 39). Los actos procesales se muestran como ciencia y técnica a la vez, por ello requieren de personas especializadas en la materia (Pietro Castro y Ferrandiz, L.: *Derecho Procesal Civil*. Madrid, edit. Tecnos, 3ª edic., 1978, p. 80).

⁵² Véase en el mismo sentido: Rengel Romberg, ob.cit., pp. 34-37. Véase igualmente: Rosenberg, Leo: *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955, T. I., p. 219; La capacidad de ser parte la denomina capacidad jurídica procesal y la capacidad procesal la define como capacidad de actuación judicial. Igual distinción se realiza en la doctrina soviética, según la cual la capacidad procesal de derecho del ciudadano surge con su nacimiento y se extingue con su muerte, en tanto que la capacidad de obrar se adquiere a los 18 años (Tretshnikov, M. y otros: *Derecho Procesal Civil*. Moscú, edit. Progreso, 1989, p. 34). La capacidad jurídica civil de goce es la facultad establecida por la ley de tener derechos y obligaciones y está relacionada con la de goce en el derecho sustantivo, pues todas las personas la tienen; La capacidad jurídica procesal civil de ejercicio es la capacidad de llevar a cabo personalmente las actuaciones procesales y realizar personalmente sus derechos y obligaciones procesales. Las personas jurídicas las tiene desde su nacimiento, las personas naturales la adquieren a los 18 años (*Derecho Procesal Civil Soviético*. México, UNAM, 1971, pp. 83 y 85). Así indica Ribeiro Da Cunha, en su estudio sobre la acción, que todas las personas son capaces de ser parte en un proceso, pero los menores y los entredichos son incapaces de figurar por sí mismos en juicios; necesitan de la representación o de la asistencia, según sean absolutamente incapaces o relativamente incapaces. (Ribeiro Da Cunha, Abelmar: *Do Acão Civil*, s/l, Imprenta Universitaria do Ceará, 1958, pp. 30 y 31).

capacidad procesal es distinta de la capacidad para ser sujeto como demandante o demandado, de una relación jurídico-procesal, que se corresponde o identifica con la capacidad jurídica.⁵³

Trasladando tales ideas al ámbito que nos ocupa, como el menor de edad es en principio incapaz de obrar y en consecuencia no tiene capacidad procesal, cuando un menor debe actuar judicialmente es su representante legal quien otorga el referido poder a un profesional del Derecho a fin que defienda sus intereses. Así, si un niño es propietario de un inmueble, será su representante legal quien otorgue poder a un profesional del derecho con el objeto de que ejerza las acciones a que hubiese lugar. Obsérvese que el niño no es quien otorga el correspondiente poder al abogado, por ser incapaz desde el punto de vista de la capacidad procesal.

Insistimos que la LOPNA no puede convertir a un ser por esencia incapaz natural en una persona con capacidad procesal plena, porque ello se opone a los principios que rigen en materia de capacidad. La capacidad de obrar, supone la capacidad natural, la facultad de distinguir y discernir, que es ajena a la niñez. Es una impropiedad sostener que actualmente los niños y adolescentes son plenamente capaces desde el punto de vista procesal porque así lo indica la letra de la nueva ley.

Ciertamente, pensamos que la ley no atribuye capacidad procesal al menor de edad, en los términos en que ha sido entendido por algunos, pues de la propia lectura de los artículos citados lo que se aprecia, es la obligación de considerar la petición del menor de edad. Por otra parte, no podría la LOPNA aunque lo indicase expresamente —cuestión que no tuvo lugar— atribuir capacidad procesal plena al menor de edad independientemente de la edad de éste, por la sencilla razón que ello iría contra los principios generales de la capacidad.⁵⁴

⁵³ Lete del Río, José: *Derecho de la Persona*. Madrid, edit. Tecnos, 3ª edic., 1996, p. 28.

⁵⁴ Pensamos que los citados artículos de la LOPNA no conceden capacidad procesal al menor, pero en caso de que la ley hubiese hecho tal mención en forma expresa, tal norma debería ser objeto de una interpretación correctiva según las normas que orientan la capacidad. No cabe al efecto argumentar que "queramos o no eso lo indica la ley". No podemos quedarnos en la letra de la ley porque la interpretación supone el manejo de otros elementos distintos a las palabras. Sobre la importancia de ir más allá de la letra de la ley y la necesidad de distinguir cuando no lo hace el legislador, nos pronunciamos en nuestro trabajo: *Algunos problemas de interpretación...*, pp. 262 y 282.

La nueva Ley no puede derogar los principios generales que rigen en materia de capacidad. Los cimientos esenciales de una institución no se derrumban por las expresiones de un legislador que no conoce las consecuencias de sus palabras. Para ello está el intérprete, conocedor de la materia y de las consecuencias jurídicas, quien entre los elementos a considerar a la hora de interpretar debe acudir, además del elemento gramatical, al elemento lógico y sistemático, es decir, a las reglas derivadas de la lógica y a otros aspectos del derecho como sistema coherente. Considerar que el niño es un ser capaz de obrar, iría no sólo contra la lógica, sino contra la naturaleza biológica del ser humano, pues el discernimiento y la madurez las otorga el tiempo y el derecho sólo las reconoce.

De allí que pensemos que es una impropiedad, creer que el legislador puede atribuir capacidad procesal a un ser incapaz natural como es un niño, porque la ley ni así lo indica y aunque lo indicara, tal planteamiento debería ser objeto de una interpretación correctiva en atención a los principios que rigen la capacidad. Los principios inspiran y preceden al sistema jurídico y se superponen a las normas.⁵⁵

En materia procesal, la capacidad se regula en general en derecho de fondo, remitiéndose los códigos procesales a él, sobre la base de que son capaces para litigar quienes tienen capacidad general. Indica acertadamente Vescovi que la capacidad procesal es pues un tema de la teoría general del derecho.⁵⁶

⁵⁵ Señalaba el prof. Levis Zerpa que existe la errónea creencia, tal vez derivada de percepción equivocada del artículo 4 del CC que los principios generales del derecho constituyen la parte final de la interpretación, una vez agotada la ley y la analogía. Contrariamente debe tenerse claro que los principios preceden al sistema y sin ellos no pueden redactarse las normas. ("La Argumentación Jurídica": Ponencia presentada el día 5 de octubre de 2000 en el Tribunal Supremo de Justicia con ocasión del curso sobre "Capacitación Sobre Razonamiento Judicial y Argumentación Jurídica"). Véase igualmente: Luis y Antonio Guillón: *Sistema de Derecho Civil*. Madrid, edit. Tecnos, 9ª edic., 1997, p. 141: "Los principios generales del Derecho no son exclusivamente meros criterios directivos, ni juicios de valor simplemente, ni escuetos dictados por la razón. Son auténticas normas jurídicas en sentido sustancial, pues suministran pautas o modelos de conducta... es evidente la interrelación entre principios y ordenamiento, de ahí que aquéllos puedan estar acogidos de una manera expresa en el texto de las leyes positivas o implícitos en la normativa concreta de las instituciones." Véase también sobre la importancia de los principios: Balaguer Callejón: María Luisa: *Interpretación de la Constitución y Ordenamiento Jurídico*. Madrid, edit. Tecnos, 1997, pp. 125-136.

⁵⁶ Vescovi, Enrique: *Elementos para una Teoría General del Proceso Civil Latinoamericano*. México, UNAM, 1978, p. 28.

En base a los anteriores argumentos concluimos que los niños y adolescentes no tienen capacidad procesal, salvo que excepcionalmente la propia ley así lo considere y en atención a la madurez y discernimiento. Por ejemplo, en el supuesto del artículo 100 de la LOPNA que consagra la capacidad procesal plena del adolescente mayor de 14 años, en el ámbito laboral.

2.3. El sentido de la participación del niño o del adolescente

La idea de darle participación al menor de edad en los casos en que éste sea el principal interesado, no supone a nuestro juicio, la atribución de capacidad procesal a favor del menor, especialmente en aquellos casos, en que la temprana edad del menor anula la existencia propia del discernimiento.

Creemos que el sentido la LOPNA, es considerar la intervención y participación de los niños y adolescentes en los juicios que sean de su interés. La referencia del artículo 86 relativa a la defensa de sus derechos por "sí mismos", simplemente convierte la opinión del menor en un elemento de peso, porque no puede desestimarse la petición y posición del principal interesado por la sola razón de su edad.

Pareciera entonces, que lo que pretende la LOPNA es no descalificar la denuncia o información que podría llevar el niño o adolescente a las autoridades competentes, sino por el contrario, tomarla en cuenta por provenir del principal interesado, no obstante su incapacidad de obrar. De allí que la propia ley califique tal circunstancia como "*derecho a defender sus derechos*" y "*derecho a la justicia*". Tal postura es perfectamente lógica, sana y novedosa porque supone el respeto y consideración por la opinión y denuncia del niño o del adolescente.

Entonces cabe preguntarse ¿resultan afectadas las normas generales de la capacidad procesal en materia de menores de edad?

El artículo 136 del CPC alude a la capacidad procesal:

Son capaces para obrar en juicio, la personas que tengan el libre ejercicio de sus derechos, las cuales pueden gestionar por sí mismas o por medio de apoderados, salvo las limitaciones establecidas en la ley.

La norma transcrita, simplemente proyecta la idea que acompaña la noción de capacidad de obrar, en una de sus subespecies: la capacidad procesal: tendrá capacidad procesal y podrá realizar actos procesales válidos por voluntad propia quien a su vez tenga capacidad de obrar. Contrariamente, quien es incapaz de obrar porque no tiene voluntad para realizar actos jurídicos por voluntad propia, no tendrá tampoco capacidad procesal, porque las actuaciones

nes judiciales, constituyen, igualmente, actos jurídicos que no puede realizar quien carece de capacidad legal o de capacidad natural (discernimiento).

Pues bien, algunos han entendido que la LOPNA afecta esta norma general del CPC. En este sentido, refiere Hung Vaillant que "El artículo 87 de la LOPNA podrá otorgar capacidad procesal a niños y adolescentes modificando la regla específica prevista en el artículo 136 del Código de Procedimiento Civil".⁵⁷

Siguiendo la orientación anteriormente indicada⁵⁸ pensamos que el artículo 87 LOPNA en modo alguno modifica el artículo 136 del CPC, pues este simplemente consagra una norma, que a su vez constituye un principio en materia de capacidad, y es que quien no tiene capacidad de obrar, no tiene a su vez capacidad procesal.⁵⁹ De allí que la nueva ley no pueda sobreponerse a los principios fundamentales que informan la teoría de la capacidad. Precisamente, esa idea de tomar y considerar la petición del niño y del adolescente en forma directa en algunos supuestos, en lugar de convertirlo en un ser plenamente capaz desde el punto de vista procesal, constituye un supuesto especial en que la ley toma en cuenta al menor de edad, a pesar de ser éste un incapaz. Esta posibilidad que plantea la LOPNA en su artículo 87 en lugar de modificar el artículo 136 del CPC simplemente lo completa, pues esta norma indica expresamente "salvo las limitaciones establecidas en la ley", dentro de las cuales consideramos incluido el supuesto que comentamos.

Así mismo, la capacidad procesal de las partes está regulada en el artículo 136 CPC y según esta disposición son capaces para obrar en juicio las personas que tengan el libre ejercicio de sus derechos. Si carecen de tal capacidad de obrar, dispone el artículo 137 *eiusdem* que deberán ser representadas o asistidas en juicio según las leyes que regulan su estado y capacidad.⁶⁰

De manera que el menor de edad requerirá de la representación o la asistencia según el caso para subsanar su incapacidad. No podría existir una nueva capacidad procesal general a favor del adolescente, independiente la edad de éste, porque hasta el menor emancipado, —el cual posee un mayor grado de

⁵⁷ Hung V., ob. cit., p. 355.

⁵⁸ Véase *supra* N° 3.2.

⁵⁹ Valga nuestra insistencia porque el punto es de innegable importancia en orden a una clara, coherente y correcta aplicación de los principios que rigen la materia, sobre todo en materia de enseñanza del Derecho.

⁶⁰ Estas normas generales relativas a la forma de subsanar la incapacidad procesal del menor seguirán teniendo aplicación.

capacidad de obrar que el simple menor— requiere asistencia en el ámbito procesal⁶¹ hasta alcanzar la mayoría de edad.

Para constatar lo inalterable del régimen de incapacidad procesal del menor basta con hacerse algunas preguntas: ¿Quiere decir entonces que ante un procedimiento judicial en el que estemos en presencia de un niño como demandante, sin mediar la representación legal, habrá quedado derogado el ord. 2° del artículo 346 del CPC relativo a la falta de legitimidad del actor por carecer de la capacidad necesaria para estar en juicio?⁶² ¿Será acaso que un niño puede otorgar directamente un poder a un abogado para que lo represente en un juicio de reivindicación de un inmueble del cual es propietario? ¿Será entonces que la figura de la representación legal desaparece en el ámbito procesal en base a los arts. 86 y 87 de la LOPNA y que ya no son los representantes legales del menor de edad quienes subsanan su incapacidad? ¿Será que con la LOPNA ha eliminado la figura de la representación legal a nivel procesal porque los niños y adolescentes tienen capacidad procesal?

Ciertamente no, aunque los ejemplos parezcan extremos, la respuesta correcta debe ser negativa porque en modo alguno podría una ley desconocer los prin-

⁶¹ Véase artículo 383 del CC. La asistencia implica la actuación conjunta a fin de subsanar la incapacidad relativa, a diferencia de la representación que implica la sustitución porque supone una incapacidad absoluta.

⁶² El ord. 2°, artículo 346 de nuestro CPC consagra la cuestión previa dirigida a atacar lo que ha sido denominado por la doctrina como la falta legitimación procesal de las partes (*legitimatío ad processum*). Ella se refiere a la incapacidad de obrar que afecta a la parte actora, ya sea por minoridad, interdicción o inhabilitación. Véase en este sentido: Pesci-Feltri, Mario: *Algunas Consideraciones Sobre el Código de Procedimiento Civil*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1991, p. 126. Se ha asimilado la capacidad procesal a la *legitimatío ad processum* a pesar de que para algunos autores esta última alude concretamente a la posibilidad de intervenir en un procedimiento en particular, al margen de la capacidad de obrar. La *legitimatío ad processum* implica la aptitud para comprender la trascendencia de los actos procesales, y es un requisito necesario de actuación procesal. (Pietro Castro y Ferrandiz, ob. cit., p. 67). Couture define la legitimación procesal como la posibilidad de ejercer en juicio la tutela del derecho. Couture, Eduardo: *Estudios de Derecho Procesal*. Buenos Aires, edit. De Palma, 1979, T. III, p. 208. Autores como Von Bülow critica la expresión excepción por falta de legitimación en casos como el citado, por considerar, que se trata de excepciones por falta de capacidad y no propiamente de legitimación (*La Teoría de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales*. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964. Traducción: Miguel Ángel Rosas Lichtschein, p. 42). Sin embargo, la distinción viene dada entre *La legitimación ad processum* y *legitimatío ad causam*. La primera está identificada con la capacidad de obrar (en el ámbito procesal), la segunda con la vinculación del sujeto a la causa en litigio. Véase *infra* nota 72.

cimientos mínimos que rigen la teoría general de la capacidad. Quien es incapaz de obrar subsana su incapacidad negocial y procesal a través de su representante legal.

¿Cómo debe interpretarse la norma de los artículos 86 y 87 de la LOPNA?

Estamos convencidos que la ley ha querido tomar en cuenta la opinión y participación del menor de edad, no obstante su incapacidad de obrar y de allí que consagre que éste pueda acudir directamente a hacer valer tal petición.

Escuchar la opinión del menor al margen de su edad y de su incapacidad legal, supone el respeto y la consideración de un ser que puede hacerse un juicio propio. Se trata de tomar en cuenta la opinión del principal interesado, la cual será considerada en función de su desarrollo y de las circunstancias.⁶³

Opinamos que se debe notificar y buscar al representante legal del menor de edad a fin de que proceda a subsanar la incapacidad de obrar de su representado. Pues la norma se refiere a la defensa de derechos en general y no propiamente a la vulneración de derechos por parte de sus representantes —que pensamos es la idea que inspira la participación del menor de edad al margen de su representante legal—.

Siendo así, aun cuando estemos en presencia de un adolescente,⁶⁴ se debe traer al proceso a los efectos pertinentes, a su representante legal, porque será sólo éste quien estará en posibilidades de favorecer y manejar los intereses del menor de edad pues además de ser su "representante legal" es por lo general "el administrador" de sus bienes.

Queremos recalcar que el representante legal del menor de edad, generalmente además de ejercer la representación (negocial y procesal) administra sus bienes y maneja en forma unitaria y coherente el patrimonio del menor. De manera que administración⁶⁵ y representación,⁶⁶ si bien son atributos distintos,

⁶³ Domínguez Guillén, María Candelaria: *La tutela ordinaria de menores*. En: *Revista de Derecho del Tribunal Supremo de Justicia*, N° 2, Caracas, 2000, p. 276.

⁶⁴ No obstante, la indicación del artículo 87 que refiere que "todos los adolescentes tienen plena capacidad de ejercer directa y personalmente este derecho".

⁶⁵ La administración está dirigida a la realización de actos a fin de gestionar en forma provechosa el patrimonio del menor.

⁶⁶ La representación implica la realización de actos jurídicos en nombre de otro, y los efectos jurídicos activos y pasivos de tal sustitución recaen en la persona del representado sustituido. En el caso del menor de edad, estamos en presencia de una representación legal porque la misma deriva de la ley. Existe también la figura de la representación voluntaria pero la misma supone la capacidad de obrar del representado.

suponen una actuación paralela. De allí que las excepciones al poder de administración y representación de lo menores sean las mismas,⁶⁷ porque el ejercicio del atributo de la administración requiere necesariamente la posibilidad de representación. Así, un padre que administra un bien, estará obligado a realizar los actos jurídicos necesarios a fin de preservar ese bien. Entre tales actos de representación cabe tanto una actuación negocial como una actuación procesal. Por ejemplo, el representante legal de un menor propietario de un inmueble, administrará éste, si fuere el caso, recibirá el canon producto del arrendamiento, representará al menor en la compraventa del inmueble y ejercerá igualmente la representación judicial para el caso de ser necesario proceder judicialmente con ocasión del mismo.

Así como no se puede generalmente escindir entre administración y representación, es difícil pretender una ruptura entre la representación negocial y la procesal. ¿Será por ejemplo posible, que un niño o cierto adolescente pueda demandar por sí mismo la reivindicación de un inmueble de su propiedad, si es su representante legal quien en forma legal lo representa desde el punto de vista negocial y a su vez administra ese bien? Pareciera no sólo contrario a la normativa que inspira la capacidad, sino perjudicial a los intereses del propio menor de edad, porque esa presunta "capacidad procesal plena" que algunos sostienen a favor del menor, se revertiría en su propio perjuicio.⁶⁸

De allí que creemos que la posibilidad de actuación de los menores en términos generales se orienta en el sentido de dirigirse contra sus propios representantes o ante la omisión de estos, pero sin que los mismos pierdan su condición de representantes legales, incluyendo la materia procesal.

Entonces, finalmente nos preguntamos ¿Cuáles son las innovaciones que la LOPNA ha creado en relación a la capacidad procesal del menor?

Según indicamos, el artículo 100 de la LOPNA reduce a los catorce (14) años, la edad a partir de la cual el menor tiene capacidad de obrar plena en el ámbito laboral. Es decir, en materia laboral, el adolescente de 14 años podrá actuar por sí sólo en lo que respecta a su capacidad negocial y procesal.

Pensamos que, por efecto de dicha norma, debe considerarse igualmente reducida a los catorce (14) años la edad de dieciséis (16) prevista en el artículo 273 del CC. Tal norma indica:

⁶⁷ Véase: Aguilar Gorrondona, ob. cit., pp. 271-279.

⁶⁸ De allí la afirmación de Perret Gentil, en el sentido de que ese ejercicio de los derechos de los niños y adolescentes, debe ser ejercido bajo la orientación de sus padres, de conformidad con el artículo 13 de la LOPNA. (ob. cit., p. 41).

Los bienes que el hijo adquiriera con ocasión de su trabajo u oficio, así como las rentas o frutos procedentes de los mismos, serán percibidos y administrados personalmente por él, si ha cumplido dieciséis (16) años, en las mismas condiciones que un menor emancipado...⁶⁹

Los bienes producto del trabajo del menor, constituyen una excepción al atributo de administración y representación que detenta el representante legal. Esta disposición se presenta como sabia, pues no tendría sentido práctico concederle capacidad plena al menor en el ámbito laboral en virtud de su grado de madurez, para que el producto de su trabajo no sea administrado por él.

En el supuesto estudiado, el menor no requerirá representación en el ámbito negocial y procesal, sino actuará en la misma forma que un menor emancipado.⁷⁰ Es decir, en el sector negocial requerirá de autorización judicial para la realización de actos de disposición y en el aspecto procesal, necesitará de la asistencia de uno de los progenitores que ejerce la patria potestad o en su defecto de un curador especial.

De manera pues, que en nuestra opinión, el caso indicado es el único supuesto en que la LOPNA ha afectado la capacidad procesal del menor, porque si éste tiene 14 años, si bien tiene capacidad procesal plena en el ámbito laboral, para la defensa judicial derivada de los bienes de su trabajo tendrá una capacidad limitada, porque requerirá de asistencia en los términos indicados.

Rechazamos la interpretación, según la cual los arts. 86 y 87 de la LOPNA concedan al menor de edad (niño o adolescente) capacidad procesal por las razones dadas *supra* 3.2. Igualmente no creemos que los arts. 353, 361 y 376 *eiusdem* relativos a la posibilidad del adolescente de doce años, de solicitar la privación de la patria potestad, la revisión y modificación de la guarda o la obligación de alimentos, respectivamente, atribuya capacidad procesal al menor, sino que simplemente convierte al adolescente en legitimado activo a los efectos de dicho procedimiento.⁷¹ Como indicamos, se observa una dife-

⁶⁹ El artículo 248 de la Ley Orgánica del Trabajo consagraba la capacidad laboral plena del menor a partir de los dieciséis (16) años, en tanto que el menor de esa edad pero mayor de catorce (14) requería la autorización de su representante legal.

⁷⁰ Véase artículo 383 del CC.

⁷¹ No estamos de acuerdo con la afirmación de Hung Vaillant al indicar que los adolescentes poseen *capacidad procesal* para solicitar la privación de la patria potestad (artículo 353 LOPNA). (ob. cit., p. 354-Subrayado nuestro). No obstante, el autor utiliza la expresión "legitimados activos" aunque parece asociarla inevitablemente a la capacidad procesal, al indicar: "Desde otro ángulo focal y siempre en los límites del tema de la capacidad procesal, debe ser tomada en consideración la disposición contenida en el artículo 353 LOPNA

rencia entre capacidad procesal y legitimación,⁷² porque esta última está referida a la facultad o posibilidad de iniciar un procedimiento, y la misma pueda tenerla un incapaz de obrar.⁷³ La particularidad de la LOPNA consiste en darle precedencia a la solicitud realizada directamente por el adolescente de doce años a los fines de hacer efectiva la legitimación, en atención a la idea que supone el respeto a la solicitud del principal interesado, no obstante su incapacidad de obrar.

que establece entre los legitimados activos para solicitar al órgano jurisdiccional la privación de la patria potestad a los "hijos a partir de los doce años" (*idem*). Cita en sentido paralelo los artículos 361 y 376 de la LOPNA.

⁷² Esta última es la cualidad necesaria de las partes y va unida más bien al elemento subjetivo de la relación jurídica, y a la titularidad del derecho. Lo cual aparea la idea, de que se resuelve en la decisión de fondo. La legitimación alude, pues, a la especial condición o vinculación de uno o varios sujetos con el objeto litigioso determinado que le habilita para comparecer. Se pretende evitar al exigirse la apertura de la actividad jurisdiccional en el vacío. (Cortes Domínguez, Valentín y otros: *Derecho Procesal Civil*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 1995, p. 65). La legitimación para la causa es el aspecto subjetivo de la relación jurídica controvertida, la competencia para el derecho. (Rosenberg, ob. cit., p. 255). La legitimación se afina en la relación de fondo, en la aptitud psicofísica, en el objeto del litigio (Vescovi, ob. cit., p. 29). Porque la carencia de *legimatio ad processum* (incapacidad de obrar) no impide la *legimatio ad causam*. Sin embargo, preferimos referirnos a capacidad procesal y legitimación, respectivamente. Una persona puede ser incapaz de obrar y no obstante tener legitimación porque tiene la facultad de iniciar un proceso. Sobre la diferencia entre legitimación y capacidad, véase el interesante estudio de Loreto, Luis: *Contribución al estudio de la excepción de inadmisibilidad por falta de cualidad*. En: *Ensayos jurídicos*. Caracas, Fundación Roberto Goldschmidt y Editorial Jurídica Venezolana, 2ª reimpresión ampliada y refundida, 1987, pp. 177-230. Indica Loreto que "la doctrina moderna del proceso ha tomado del derecho común la expresión de legitimación a la causa: *legimatio ad causam*, para designar este sentido procesal de la noción de cualidad, y distinguirla bien de la llamada legitimación al proceso: *legimatio ad processum*, y según que aquélla se refiera al actor o al demandado, la llama legitimación a la causa activa o pasiva: *legimatio ad causam* activa y pasiva. ..." (*ibid.*, p. 184). "Se puede tener cualidad activa y pasiva, sin tener la capacidad procesal. Hay entre ambas nociones la misma correspondencia lógica que en el campo del derecho sustantivo existe entre la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio" (*ibid.*, p. 185).

⁷³ Por ejemplo, dentro de los legitimados activos del procedimiento de interdicción el artículo 395 del CC incluye a los parientes, los cuales podrían ser incapaces de obrar, no obstante tener legitimación. Vgr. Si entre los parientes del presunto enfermo mental se encuentran sus hijos, si estos son menores de edad y los padres, están divorciados, uno de los progenitores podrá solicitar la interdicción de su excónyuge no obstante no estar legitimado en su condición de representante legal del hijo común menor de edad, quien es legitimado no obstante su incapacidad.

No creemos tampoco, que la LOPNA modifique el artículo 32 de la Ley Sobre Derechos de Autor,⁷⁴ pues como hemos indicado la capacidad procesal del menor no se ve afectada por la nueva normativa y tal noción no debe confundirse con la participación que pretende darle la ley al menor de edad.⁷⁵

La nueva ley no afecta la noción técnico jurídica de capacidad procesal como subespecie de la capacidad de obrar. Las limitaciones a la capacidad procesal del menor de edad seguirán siendo las mismas, quien estará sometido a la figura de la representación o de la asistencia, según el caso. Tomar en cuenta las opiniones y solicitudes que pueda realizar el menor de edad, no implica la atribución de capacidad a un ser que por naturaleza es incapaz, sino que es reflejo del respeto y la atención que merece la persona humana.

CONCLUSIÓN

La necesidad de tomar en cuenta en una forma activa y protagónica al menor de edad, no supone la utilización inadecuada de términos jurídicos, tales como "minoridad", "sujeto de derecho" e "incapacidad". El nuevo paradigma que se propugna a través de la LOPNA y por el cual se desea rescatar al menor de un olvido que ciertamente excede la reforma de la Ley, no se hace efectivo desconociendo las nociones básicas que sustentan la Teoría General del Derecho.

Hemos reiterado que la LOPNA no afecta en términos generales la capacidad procesal del menor de edad. Tal noción no debe confundirse con la figura de la legitimación, o la consideración especial de la opinión del menor en razón de su grado de madurez. No es posible desconocer una incapacidad procesal que se desprende de los principios generales que rigen la capacidad, de la lógica jurídica, de la naturaleza biológica y de la esencia misma del ordenamiento jurídico.

⁷⁴ Indica el artículo: "El menor ha cumplido diez y seis años de edad, puede ejercer en juicio las acciones derivadas de su derecho de autor y de los actos jurídicos relativos a la obra creada por él y ejercer en juicio las acciones derivadas de estos actos jurídicos o de sus condiciones de autor".

⁷⁵ Véase en sentido contrario Hung Vaillant, quien indica: "En nuestra opinión, esta capacidad procesal general comporta la modificación de la regla de capacidad procesal especial prevista en el artículo 32 de la Ley Sobre el Derecho de Autor". (ob. cit., p. 355).

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR GORRONDONA, JOSÉ LUIS: *Derecho Civil Personas*, UCAB, 14ª edic. Caracas, 2000.
- ALBALADEJO, MANUEL: *Derecho Civil*, Vol. I, José María Bosch Editor S.A., 14ª edic. Barcelona, 1996.
- ALAMBURO, MARIANO: *La capacidad civil. Estudio de las causas que la determinan, modifican y extinguen, según la filosofía del derecho, la historia de la legislación y el derecho vigente en España*, Edit. Reus S.A., 2ª edic. Madrid, 1931.
- BALAGUER CALLEJÓN, MARÍA LUISA: *Interpretación de la Constitución y Ordenamiento Jurídico*, Edit. Tecnos. Madrid, 1997.
- BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO: *Derecho de la Persona*, Edit. Montecorvo, S.A. Madrid, 1976.
- BETTI, EMILIO: *Teoría General del Negocio Jurídico*, Editorial Revista de Derecho Privado, 2ª edic. (prólogo). Traducción de A. Martín Pérez. Madrid, 1943.
- BOGGIO, GIUSEPPE: *Delle persone Fische incapaci*, Unione Tipografico Editrice, Vol. I. Torino, 1888.
- CARRASCO PERERA, ÁNGEL: *Derecho Civil*, Edit. Tecnos. Madrid, 1996.
- CARREÑO DE HERRAN, CECILIA: *El menor de edad ante la ley Civil colombiana*, Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 1976.
- COUTURE, EDUARDO: *Estudios de Derecho Procesal*, Tomo III, Edit. De Palma. Buenos Aires, 1979.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, VALENTÍN y otros: *Derecho Procesal Civil*, Tirant Lo Blanch. Valencia, 1995.
- Derecho Procesal Civil Soviético*, UNAM. México, 1971.
- DÍEZ-PICAZO, LUIS y ANTONIO GULLÓN: *Sistema de Derecho Civil*, Edit. Tecnos, 9ª edic. Madrid, 1997.
- DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: *Algunos problemas de interpretación en materia de tutela*. En: *RFJPCV*, N° 109, Caracas, 1998, pp. 257-306.

- _____ : "La tutela del Estado y la reforma a la Ley Tutelar de Menores". En: *De los Menores a los niños, una larga trayectoria*. UCV. Caracas, 1999, pp. 75-102.
- _____ : "La tutela ordinaria de menores". En: *Revista de Derecho del Tribunal Supremo de Justicia*, N° 2. Caracas, 2000, pp. 249-282.
- GARCÍA DE ASTORGA, AMARILIS: "La Administración de la comunidad conyugal en situaciones de incapacidad de los cónyuges". En: *Libro Homenaje al prof. José Mélich Orsini*. Caracas, UCV, 1982, T. I, pp. 507-533.
- GIUNTA, GIOVANNI: *Incapacità di Agire (interdizione, inhabilitazione, incapacità naturale)*. Dott. A., Giuffrè editore. Milano, 1965.
- GORDILLO, ANTONIO: *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*, Edit. Tecnos. Madrid, 1986.
- HUNG V., FRANCISCO: "Notas sobre la capacidad jurídica de niños y adolescentes a la luz de la LOPNA". En: *Revista de Derecho del Tribunal Supremo de Justicia* N° 2, Caracas, 2000, pp. 341-359.
- LANDO, JUAN CARLOS: *Hacia la protección integral de la minoridad*, Edit. Depalma. Buenos Aires, 1950.
- LEHMANN, HEINRICH: *Tratado de Derecho Civil*, Edit. Revista de Derecho Privado, Vol. I. Madrid, 1956.
- LEONGÓMEZ, ENRIQUE: *Del principio de las personas naturales*, Edit. Patria. Bogotá, 1926.
- LETE DEL RÍO, JOSÉ: *Derecho de la Persona*, Edit. Tecnos, 3ª edic. Madrid, 1996.
- LOEWENWARTER, VÍCTOR: *Derecho Civil Alemán Comparado*, Edit. Nascimento. Chile, 1943.
- LORETO, LUIS: "Contribución al estudio de la excepción de inadmisibilidad por falta de cualidad". En: *Ensayos jurídicos*, Fundación Roberto Goldschmidt y Editorial Jurídica Venezolana, 2ª reimpression ampliada y refundida. Caracas, 1987. pp. 177-230.
- MONTARSE LASTRA, ANTONIO: *La incapacidad civil de los alienados*, s/e. Buenos Aires, 1929.
- MORAIS DE GUERRERO, MARÍA G. "Adolescentes en conflicto con la Ley Penal (Responsabilidad, sanciones y ejecución en la Ley Orgánica para la pro-

- tección del niño y del adolescente)". En: *Introducción a la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente*. UCAB. Caracas, 2000. pp. 333-355.
- OSSORIO, MANUEL: *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Edit. Heliasta S.R.L. Buenos Aires, 1981.
- PÉREZ VARGAS, VÍCTOR: *Existencia y capacidad de las personas*, Lex Loci Ltda. Costa Rica, 1977.
- PESCI-FELTRI, MARIO: *Algunas Consideraciones Sobre el Código de Procedimiento Civil*, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1991.
- PERRET-GENTIL, CRISTÓBAL CORNIELES: "Los Principios de la doctrina de la protección integral y las disposiciones directivas de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente". En: *Introducción a la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente*. UCAB. Caracas, 2000. pp. 39-64.
- PIETRO CASTRO Y FERRÁNDIZ, L. : *Derecho Procesal Civil*, Edit. Tecnos, 3ª edic. Madrid, 1978.
- PUIG BRUTAU, JOSÉ: *Compendio de Derecho Civil*, Vol. I, Bosch Casa Editorial S.A. Barcelona, 1987.
- RAMOS, RAFAEL: *Capacidad de los menores, para contratar y obligarse*, Hijo de Reus Editores, 3ª edic. Madrid, 1907.
- RAMOS S., CÉSAR JOSÉ: "Bases para la nueva legislación de familia del siglo XXI: El derecho de menores". En: *De los menores a los niños, una larga trayectoria*, UCV. Caracas, 1999. pp. 309-324.
- RENGEL ROMBERG, ARÍSTIDES: *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano*, Vol. II, Edit. Arte. Caracas, 1992.
- RIBEIRO DA CUNHA, ABELMAR: *Da Acao Civil*. Imprenta Universitaria do Ceará. s/l, 1958.
- RICO PÉREZ, FRANCISCO: *La Protección de los Menores en la Constitución y en el Derecho Civil*, Edit. Montecorvo S.A. Madrid, 1980.
- RISOLIA, MARCO AURELIO: *Capacidad y contrato*. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1959.
- ROGEL VIDE, CARLOS: "La tutela del deficiente Mental". En: *La Situación Jurídica de los Deficientes Mentales en el Derecho Español*, Departamento de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid. Madrid, 1975.

ROSENBERG, LEO: *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1955, T. I.

SANTORO PASSARELLI, FRANCESCO: *Lineamenti di Diritto Civile, Persone Fische*, XVIII, Casa editrice Antonio Milani. Padova, 1940.

STILERMAN, MARTA: *Menores, Tenencia, Régimen de visitas*, Edit. Universidad. Buenos Aires, 1991.

TREUSHNIKOV, M. y otros: *Derecho Procesal Civil*, Edit. Progreso. Moscú, 1989.

VETHENCOURT DE ESCOBAR, BELKYS: "Las infracciones a la protección de la vida y las sanciones en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente". En: *Introducción a la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente*, UCAB. Caracas, 2000. pp. 203-232.

VON BÜLOW, OSKAR: *La Teoría de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales*, Ediciones Jurídicas Europa-América. Traducción: Miguel Ángel Rosas Lichtschein. Buenos Aires, 1964.

ZERPA, LEVIS IGNACIO: "La Argumentación Jurídica". Ponencia presentada el día 5 de octubre de 2000 en el Tribunal Supremo de Justicia con ocasión del curso sobre "Capacitación Sobre Razonamiento Judicial y Argumentación Jurídica". Caracas.

El arbitraje arrendaticio

Gilberto Alejandro Guerrero-Rocca*

SUMARIO

Introducción: El arbitraje como medio alternativo para la solución de conflictos en materia arrendaticia • I. Ambito de Validez: 1. Temporal. 2. Material • II. Clases de arbitraje: 1. Institucional e Independiente. 2. Privado y Público • III. El Acuerdo Compromisorio: 1. Acuerdo o pacto independiente de arbitraje arrendaticio. 2. Requisitos y Modalidades de Cláusulas y sus consecuencias jurídicas. 3. Validez de la Cláusula o Acuerdo Compromisorio • IV. Eficacia del Arbitraje frente a la Jurisdicción Ordinaria: 1. Renuncia tácita. 2. La Tentativa de Fraude Procesal. 3. La Posibilidad de Subsanación de los defectos de que pudiere adolecer el acto que originaría la excepción de arbitraje • V. Procedimiento: 1. Constitución del Tribunal Arbitral. 2. Consignación Arrendaticia en el Procedimiento Arbitral. 3. Desistimiento tácito. 4. Designación de los árbitros. 5. Ausencia de laudos interlocutorios, salvo en los casos en que se evite dilapidación de energía procesal. 6. Medidas cautelares y la Comisión Judicial. 6. Anulabilidad del Laudo.

* Abogado mención "Summa Cum Laude" (UCAB). Profesor del Seminario de Derecho Arrendaticio (UCAB). Relator de la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia.

INTRODUCCIÓN:
EL ARBITRAJE COMO MEDIO ALTERNATIVO PARA
LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN MATERIA ARRENDATICIA

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 36.860 de fecha 30 de diciembre de 1999, reimpresa por error material del ente emisor en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 5.453 Extraordinario de fecha 24 de marzo de 2000), consagró en su artículo 258, el deber que tiene la legislación de promover el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios para la solución de conflictos, como alternativa ante las típicas disputas o querellas en sede judicial.

Dicho deber, impuesto por la propia Constitución, no se agota o tiene como único destinatario al legislador, esto es, a la Asamblea Nacional como órgano legislativo nacional; sino también, al propio operador judicial, quien deberá en la medida de lo posible, promover e incitar a las partes querellantes al avenimiento y a la conciliación, mediante el uso de cualesquiera de los medios posibles para tal fin; entre ellos, los clásicos medios de autocomposición procesal (la transacción) y, otros, que si bien no arrojan una solución inmediata o *ab initio*, no obstante, sí procuran un entendimiento voluntario en cuanto a la elección de un mecanismo alterno a la vía judicial; siendo, en ese sentido, el arbitraje (bien de equidad o de derecho), el que por excelencia se amolda mejor a semejante *desideratum*.¹

¹ En vía administrativa, es decir, en los procedimientos administrativos llevados por ante las Direcciones de Inquilinato (para la fijación y revisión de los cánones máximos a cobrar en los inmuebles sujetos a regulación), planteamos la posibilidad de medios de autocomposición procesal y desistimiento, visto que, ya desde la legislación inquilinaria derogada, existía dicha alternativa plasmada en el Reglamento común de LRA y DLDV, que establecía en su artículo 54 que: "La Dirección de Inquilinato homologará todos los convenimientos, desistimientos y transacciones que no sean contrarias a lo que disposiciones de orden público establecen".

Siendo que el artículo 63 LOPA, —aplicable a los procedimientos administrativo de la LAI— preveía a su vez, la posibilidad de que el solicitante, pudiese desistir y, por consiguiente, se ordenase el archivo del expediente, salvo que, por razones de interés público —suficientemente razonadas por la autoridad administrativa— se justificase la continuación de oficio, del aludido procedimiento (artículo 66 LOPA).

En ese mismo sentido, sostenemos que, aún cuando al respecto nada señala LAI, si resultan aplicables las disposiciones recién transcritas por la remisión que de ellas efectúa el artículo 76 *eiusdem*.

Con la entrada en vigencia de la Ley de Arbitraje Comercial (publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 36.430 del 7 de abril de 1998), se sistematizó el arbitraje en lo que se refiere al ámbito comercial, estatuyéndose un régimen legal, que verdaderamente le promueve como alternativa extrajudicial para la solución de conflictos.

En realidad, son diversas la ventajas que dicho cuerpo normativo estatuye, en comparación con el régimen previsto en el artículo 608 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, siendo entre otras, el que se garantiza a las partes la no necesidad de tener que recurrir ante un órgano judicial con el objeto de constituir el Tribunal Arbitral, es decir, la posibilidad cierta de que la par-

Siendo, que si bien LOPA, no hace expresa alusión a transacciones y convenimientos, no encontramos inconveniente de que tales actos de autocomposición sean homologados por la autoridad inquilinaria, más aun cuando, el ya aludido artículo 258 de la Constitución vigente, consagra en su único aparte *in fine* el deber de la Ley (y con ello al intérprete y ejecutor de la misma), de promover la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos.

De suerte tal, que la única circunstancia limitante de tales supuestos de auto-arreglo, será que por motivos de orden público suficientemente razonados (artículos 9 y ordinal 5° el 18, ambos LOPA) y, con arreglo a lo previsto en el artículo 66 LOPA, la autoridad inquilinaria considere necesario desestimar acuerdos, transacciones y convenimientos, continuando el procedimiento.

Vale acotar, que quizás ante procedimientos de fijación y revisión no surjan especulaciones más allá de las efectúndas (salvo la que pudiere devenir por la inadecuada interpretación que sobre la irrenunciabilidad de los derechos inquilinarios estatuye el artículo 7 LAI), sino más bien, sobre los procedimientos referidos a la imposición de sanciones por ilícitos administrativos por la violación de cualquiera de las disposiciones de orden público contenidas en LAI, en donde quedaría abierto un canal especulativo, frente al cual, *prima facie*, quedaríamos tentados en inclinarnos por negar su posibilidad, visto que, el objeto tutelado no es la protección de intereses particulares, sino más bien, la de aquellos definidos como de interés general o colectivo.

Con todo lo anterior, en modo alguno, estamos postulando la relajación absoluta de los derechos otorgados en titularidad de los arrendatarios (vgr: renuncia anticipada —vía contractual— al derecho que pueda tener el arrendatario de la fijación de cánones máximos en un inmueble sujeto a regulación; cuya cláusula de forma indubitada estará inficionada de nulidad absoluta); sino más bien que, una vez iniciado un procedimiento administrativo, las partes pudiesen alcanzar un acuerdo, que a juicio de la autoridad inquilinaria no cerceen los intereses patrimoniales del arrendatario; sólo para el caso en que se regule o revise un canon máximo a cobrar.

En lo que respecta al contencioso administrativo, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, con base a la novísima norma constitucional antes aludida —artículo 258—, ha tenido ocasión de asentar la pertinencia de medios alternativos de conflicto, que bien resultan aplicables, tanto en vía contenciosa administrativa como en vía administrativa, entre otros, Fallo N° 1.409, Exp. 16.396, del 16 de junio de 2000.

tes puedan iniciar el procedimiento de arbitraje (bien institucional o independiente —*infra*—) sin recurrir por ante el Juez de Primera Instancia de conformidad con lo previsto en el último aparte *in fine* del artículo 608 en concordancia con el artículo 628, ambos, del Código de Procedimiento Civil.

Adicionalmente, (tal y como será tratado con detenimiento —*infra*—), la LAC regulariza, sistematiza y promueve la constitución de Centros de Arbitraje en las Cámaras de Comercio y en cualesquiera otras instituciones, como las Universidades, Colegios Profesionales, Academias, entre otras. En ese mismo orden, establece un procedimiento de arbitraje, de aplicación supletoria o voluntaria, cuando no sea aplicable el de la Institución seleccionada o, las partes ya hayan establecido uno. Igualmente, regula y pormenoriza tanto la forma en que las partes pueden acordar someter sus disputas en arbitramento (pacto compromisorio y cláusula compromisoria en un contrato) como también los requisitos que dicho acuerdo debe contener; en ese mismo orden, sistematiza y unifica tanto los supuestos no susceptibles de ser ventilados en arbitraje como los motivos de anulabilidad de los laudos arbitrales y su procedimiento (ante Juez Superior competente). Asimismo, delimita la capacidad de aquellos que obliguen en árbitros, así como también, la situación —antes arduamente debatible— sobre la posibilidad de acuerdos arbitrales celebrados por empresas del Estado y entes públicos. Adicionalmente, sistematiza y regula aspectos sobre los cuales existía vacío legislativo (como el supuesto en que se alegase la invalidez de la cláusula compromisoria ante el propio Tribunal Arbitral) y, la situación en que se pretendiera la ejecución de laudos dictados en el extranjero (sin necesidad de *exequatur*). En fin, innumerables ventajas que superan con creces la tímida, limitada y circunscrita normativa recogida en el Código de Procedimiento Civil respecto del arbitramento; aspectos todos estos que, como se dijo, serán tratados con detenimiento en las páginas siguientes.

I. ÁMBITO DE VALIDEZ

Para determinar el ámbito del arbitraje arrendaticio, esto es, fijar las materias o aspectos de la relación arrendaticia que son susceptibles de ser dilucidadas mediante un procedimiento de arbitraje, resulta perentorio distinguir, entre tres etapas legislativas: (i) La situación antes de la entrada en vigencia de la Ley de Arbitraje Comercial (publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 36.430 del 7 de abril de 1998) y la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios (publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela

N° 5.398 Extraordinario de fecha 26 de octubre de 1999, reimpresa por error material del ente emisor en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 36.845 del 7 de diciembre de 1999); (ii) La situación durante la cual ya había entrado en vigencia la Ley de Arbitraje Comercial más no, la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios y; (iii) La actual situación en que, tanto la Ley de Arbitraje Comercial como la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios se encuentran vigentes.

En primer término, ya hemos comentado que antes de la entrada en vigencia de la Ley de Arbitraje Comercial, las únicas disposiciones que regulaban al procedimiento de arbitraje se encontraban previstas en el artículo 608 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, siendo, que dicho procedimiento se aplicaba —indistintamente— tanto al área comercial como al general. En ese sentido, las partes dentro de la relación arrendaticia podían someter válidamente sus disputas ante un Tribunal Arbitral, sin importar, el destino o el uso de que del bien arrendado se hiciera, es decir, se desestimaba si el arrendamiento tenía como objeto la locación de un inmueble con la intención de realizar actos de comercio (locales comerciales o industriales) o si bien, tenía como objeto sólo fungir como vivienda o habitación del locatario.

Situación esta última que varió con la entrada en vigencia de la Ley de Arbitraje Comercial, pues, ésta dispone en su artículo 1° que su ámbito de aplicación se encuentra circunscrito, únicamente, al arbitraje comercial. Siendo actualmente necesario distinguir entre los inmuebles dados en alquiler con fines de vivienda o habitación de, aquellos destinados a la explotación comercial (locales comerciales, industriales o de oficinas); pues en éstos sí será procedente que las partes, bien mediante una cláusula compromisoria incluida en el contrato de arrendamiento, bien mediante un acuerdo independiente (artículo 5 LAC), estipulen someter sus diferencias y desavenencias sobre el desarrollo, ejecución y terminación del contrato de arrendamiento por ante un Tribunal Arbitral tanto Institucional (*vgr.* Centro de Arbitraje de las Cámaras de Comercio) como Independiente (artículo 2 LAC).

No obstante, sostenemos que la circunstancia de que un inmueble dado en arrendamiento se encuentre destinado a la vivienda o habitación del locatario, no es óbice, de que las partes puedan estipular —como se dijo— bien mediante una cláusula compromisoria en el propio contrato de arrendamiento, como a través de un acuerdo independiente, el que sus diferencias sean resueltas a través de un procedimiento de arbitraje, esto, pues sostenemos que en modo alguno, la Ley de Arbitraje Comercial ha derogado las disposiciones del Código de Procedimiento Civil en su totalidad, esto es, que aún

mantienen su vigencia las disposiciones contenidas en el artículo 608 y siguientes del CPC, en cuanto a materias no encuadrables dentro del ámbito comercial, pues, obviamente, de tener dicho carácter, deberán de regirse por las disposiciones contenidas en la Ley de Arbitraje Comercial.

Inclusive, más adelante trataremos supuestos en donde debe de aplicarse, forzosamente, el Código de Procedimiento Civil; indistintamente se trate de un arbitraje referido a un inmueble cuyo destino o uso sea comercial, como del arbitraje con ocasión a un inmueble que funja de vivienda o habitación del locatario.

En este último sentido, nos inclinamos por aseverar, que no existirá ningún inconveniente —para el caso de inmuebles destinados a vivienda o habitación— para que las partes puedan someterse (bien mediante cláusula compromisoria, bien mediante un acuerdo independiente), no sólo al procedimiento de arbitraje previsto en el CPC; sino también, al procedimiento previsto en cualquiera de los Reglamentos de los Centros de Arbitraje de las Cámaras de Comercio o de otras Instituciones (Arbitraje Institucional) o bien, someterse a otro procedimiento que estimen conveniente (Arbitraje Independiente).

1. Temporal

La vigente Ley de Arrendamientos Inmobiliarios estatuye un régimen que ostensiblemente varía, perfecciona y dinamiza la relación arrendaticia; eliminando situaciones o figuras jurídicas no acordes con el actual desarrollo contractual, esto, no sólo desde el punto de vista sustantivo (obligaciones y condiciones de la relación arrendaticia en general), sino también, referidas al aspecto adjetivo en cuanto a la terminación de la relación y a las acciones tendientes al reconocimiento y cumplimiento de obligaciones (procedimientos judiciales y administrativos).

En ese sentido, dicho nuevo régimen arrendaticio ha ampliado el espectro o ámbito de materias susceptibles de ser sometidas al conocimiento de un Tribunal Arbitral, es decir, ante un procedimiento de arbitraje.

En efecto, antes de la entrada en vigencia de la LAI, algunos aspectos referentes a la duración del contrato de arrendamiento y a la terminación del mismo, resultaban vedados al conocimiento de árbitros arbitradores (equidad) o de derecho (artículo 8 LAC). Ello principalmente, debido a que el desalojo de un inmueble se encontraba confiado a la autoridad administrativa (literales del b al e del artículo 1º del DLDV), mientras que ahora, a la autoridad judicial ordinaria conforme al juicio breve (artículos 34 LAI y 881 del Código de Pro-

cedimiento Civil). Así como también, lo referente a la duración del contrato de arrendamiento, el cual podía ser objeto de prolongación (aun sin la voluntad del arrendador) por la interposición unilateral del arrendatario de una solicitud administrativa de derecho preferente para seguir ocupando el inmueble (una vez fenecido el contrato a plazo fijo o a tiempo determinado) por ante la Dirección de Inquilinato (artículo 4 DLDV y 40 LRA), dentro de un plazo no mayor a treinta días previos al vencimiento del contrato (artículo 45 Reglamento común LRA y DLDV), convirtiéndose el contrato a tiempo indefinido o indeterminado. Situación esta última sustituida por la prórroga legal arrendaticia prevista en el artículo 38 y siguientes de la LAI.

En ese sentido, cabe destacar, que el elemento distintivo o determinante que habrá de dilucidarse para aseverar que alguna materia de la relación arrendaticia es susceptible o no, de quedar sometida al fallo contenido en un laudo arbitral, será precisamente, el grado o carácter de **disponibilidad** que de él, las partes puedan efectuar.

En efecto, tal situación existe desde antes de la entrada en vigencia tanto de la Ley de Arbitraje Comercial como de la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios; circunstancia ésta última que, obviamente persiste, por disposiciones expresas de tales cuerpos normativos.

Tanto del artículo 18 de la derogada Ley de Regulación de Alquileres, como del artículo 608 del Código de Procedimiento Civil, establecían (la primera) y establece (la segunda, sólo aplicable para los casos de arbitraje sobre inmuebles dados en arrendamiento cuyo destino sea habitación o vivienda), la prohibición de comprometer en árbitros sobre aquellos aspectos sobre los cuales no cabe transacción por ser, precisamente, materias de estricto orden público.

En ese sentido, no existía la posibilidad de someter en arbitraje aspectos como: (i) la Regulación de Alquileres sobre inmuebles sujetos a regulación, pues, ésta era y es, una materia estrictamente encomendada a las Direcciones de Inquilinato (artículo 3 derogada LRA); (ii) la Revisión periódica de los cánones previamente fijados por las Direcciones de Inquilinato (artículo 11 derogada LRA); (iii) la sustanciación, tramitación e imposición de sanciones administrativas por ilícitos administrativos por contravención de normas de orden público arrendaticio (igualmente atribuido a las Direcciones de Inquilinato (artículo 30 derogada LRA); (iv) el procedimiento de Desalojo por las causales previstas en los literales del b al e del artículo 1º del derogado Decreto Legislativo Sobre Desalojo de Viviendas; (v) El derecho preferente de seguir ocupando el inmueble luego de haberse concluido las reparaciones y traba-

jos necesarios para la habitabilidad del inmueble (artículo 3 del derogado DL.DV, cuya competencia correspondía a las Direcciones de Inquilinato); (vi) el derecho Preferente de seguir ocupando el inmueble, luego de fenecida o terminada la duración del contrato de arrendamiento celebrado a plazo fijo (artículo 4 del derogado DLDV y artículo 40 LRA, cuya competencia correspondía a las Direcciones de Inquilinato); (vii) la posibilidad de consignar los cánones de arrendamiento, cuando el arrendador rehusare a recibirlos (artículo 5 del derogado artículo 5 del DLDV, ahora previsto en el artículo 51 y siguientes de LAI. Su especial situación en materia de arbitraje será tratada con detenimiento —*infra*—); (viii) el derecho preferente del Sub-arrendatario de seguir ocupando el inmueble (artículo 7 del derogado DLDV, competencia atribuida a las Direcciones de Inquilinato); (ix) El derecho de reintegro por lo pagado en exceso, una vez dictada la regulación de alquileres (artículos 15 y 16 de la derogada LRA y artículo 44 del derogado Reglamento común de la LRA y del DLDV.) (Competencia ésta antes atribuida a las Direcciones de Inquilinato; ahora por disposición del artículo 58 de la LAI, a los Tribunales Ordinarios mediante el juicio breve —artículo 881 CPC—). Circunstancia que puede ser satisfecha también para el arrendatario por el Juez Contencioso Administrativo Arrendaticio, luego de que haya declarado sin lugar el recurso de nulidad (haciendo buen uso de la potestad restablecedora contenida en el artículo 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y el artículo 131 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia) y; (x) los recursos contenciosos administrativos de nulidad contra los actos dictados por las Direcciones de Inquilinato, en los supuestos contenidos en los literales anteriores.

Consideramos perentorio aclarar —una vez más—, respecto de los literales recién expuestos, que tales situaciones se encuentran ya superadas, por la derogatoria de la LRA, del DL.DV y del Reglamento común de éstas; sólo que, aludíamos al arbitraje sobre inmuebles destinados a vivienda y habitación como susceptible de estipularse, no conforme a la Ley de Arbitraje Comercial, sino al propio Código de Procedimiento Civil, al Reglamento de algún Centro de Arbitraje o a cualquier otro procedimiento independiente, toda vez que, tal y como fuere expuesto, la LAC únicamente se encuentra referida al **ámbito comercial**. Las actuales limitaciones al arbitraje arrendaticio sobre inmuebles destinados a vivienda y habitación, son las mismas a las que a continuación se exponen para los inmuebles destinados al uso comercial (oficinas, locales comerciales e industriales).

Situación ésta que persiste —el hecho de que para poder someter en arbitraje, las partes puedan **disponer de la materia**—, lo cual puede desprenderse de lo

previsto en el artículo 3 de la Ley de Arbitraje Comercial y el artículo 7 de la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios, de suerte tal que, no podrá ser objeto de arbitraje arrendaticio (tanto referido a inmuebles destinados al comercio, oficina o industria como para la vivienda o habitación), las siguientes materias: (i) la regulación de Alquileres sobre inmuebles sujetos a regulación, pues ésta es, una materia estrictamente encomendada a las Direcciones de Inquilinato (artículo 29 y 79 LAI); (ii) la Revisión periódica de los cánones previamente fijados por las Direcciones de Inquilinato (artículo 32 LAI); (iii) la sustanciación, tramitación e imposición de sanciones administrativas por ilícitos administrativos por contravención de normas de orden público arrendaticio (igualmente atribuido a las Direcciones de Inquilinato (artículo 82 y siguientes LAI); (iv) la posibilidad de consignar los cánones de arrendamiento, cuando el arrendador rehusare a recibirlos (artículo 51 y siguientes de la LAI. Su especial situación en materia de arbitraje será tratada con detenimiento —*infra*—) y; (v) los recursos contenciosos administrativos de nulidad contra los actos dictados por las Direcciones de Inquilinato, en los supuestos contenidos en los literales anteriores. (Artículo 77 y siguientes de la LAI y artículo 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela).

2. Material

Ahora bien, tratados los puntos anteriores, puede partirse a extraer los aspectos o materias de la relación arrendaticia que pueden someterse al conocimiento de un Tribunal Arbitral, los cuales de forma enunciativa procedemos a exponer en los términos siguientes; no sin antes dejar por sentado que tales supuestos resultarán aplicables tanto para los inmuebles dados en arrendamientos cuyo destino o uso sea el de vivienda o habitación y, los utilizados para el asiento de locales comerciales, industriales o de oficinas.

Siendo de tal manera, que las partes podrán disponer mediante una cláusula compromisoria incluida en el propio contrato de arrendamiento o bien, mediante un acuerdo independiente, que las desavenencias, disputas o controversias sobre el desarrollo, ejecución o terminación del contrato, sean dirimidas o dilucidadas mediante un procedimiento arbitral bien Institucional o Independiente: (i) todas y cada una de las condiciones de la relación arrendaticia, esto es, todas y cada una de las obligaciones tanto de origen contractual (Ej. la obligación de contratar una póliza de seguro), como aquellas de origen legal (Ej. la obligación de aperturar una cuenta bancaria que genere intereses, para el caso en que la garantía de la contratación sea en dinero. Artículo 23 LAI). En ese sentido, todas y cada unas de las obligaciones

previstas en los artículos 12 al 28, salvo aquellas que constituyan o configuren ilícitos administrativos que aparejen una sanción a ser impuesta por las Direcciones de Inquilinato (artículos 13, 15 —sólo respecto de la sanción administrativa— y, 17 —salvo lo previsto en su Parágrafo Segundo—, todos de la LAI); (ii) el ajuste periódico del canon de arrendamiento en inmuebles no sujetos a regulación de alquileres, en la forma prevista en el propio contrato o, en ausencia de estipulación contractual, la procedencia de la cláusula de valor "ope legis" prevista en el artículo 14 de la LAI.² Cabe destacar, que el incumplimiento para con esta obligación daría lugar a la resolución del con-

² En efecto, las formas del aumento o ajuste periódico del canon arrendaticio en inmuebles no sujetos a regulación, son los siguientes:

1) Por la autonomía de la voluntad de las partes, mediante una **Cláusula de Valor**, establecida en el contrato de arrendamiento para el momento de la celebración del mismo o, con posterioridad, una vez iniciada la relación arrendaticia si las partes así lo establecieron de forma sobrevenida. Las modalidades a utilizar serían: (i) La de establecer un aumento porcentual aplicable por el transcurso de un tiempo (Por ejemplo, cada seis meses quedará aumentado el canon en un 40 %); (ii) La aplicación de un **índice valor acumulado** para un lapso determinado (Por ejemplo, establecer el índice de precios al consumidor acumulado durante un año o seis meses, establecido por el B.C.V; o el índice de inflación acumulado, etc.); o bien, similar **índice valor** pero de ajuste sucesivo e inmediato, admitiéndose la moneda extranjera (ajuste sucesivo) (Parágrafo Segundo del artículo 17 LAI), en cuyo caso, habrá que distinguir entre **moneda de cuenta** y **moneda de pago** (la primera referida a la forma de determinación y, la segunda a la forma en que efectivamente se liberará de la obligación); pues el arrendatario siempre podrá liberarse de la obligación arrendaticia, mediante el ofrecimiento del equivalente en moneda de curso legal, como lo es el bolívar (artículo 67 de la Ley del Banco Central de Venezuela). Es decir, es admisible la estipulación del canon arrendaticio en moneda extranjera (tanto como moneda de cuenta y pago); siendo permisible que el arrendatario ilegase a liberarse mediante el pago efectivo de dicha moneda; no obstante, lo que sí resulta vedado o prohibido (inclusive sujeto a sanción administrativa, artículo 82 y siguientes LAI), es la de compeler al arrendatario que así lo haga. En ese mismo sentido, una estipulación contractual por la cual se renuncie de antemano, se encontrará inficionada de nulidad (artículo 7 LAI). Lo graficaremos con un ejemplo simple: se ha estipulado el pago del canon en la cantidad de US 2.000, el inquilino puede liberarse bien pagando esos dos mil dólares (US 2.000) o bien, mediante el equivalente en bolívares de dicha suma al cambio para el momento en que sea exigible; pero en modo alguno, puede obligarse al arrendatario a pagar en dólares, aun y cuando, así lo hayan pactado en el contrato, pues, como se dijo, ello es nulo por disposición del artículo 7 de la LAI. No obstante, si el arrendatario —a su voluntad y arbitrio— paga en dólares, tal liberación es conforme a ley, pero, efectuados esos pagos, no podrá aducirse luego, que ha renunciado a pagar mediante su equivalente en bolívares, para el supuesto, que así desee efectuarlo con posterioridad.

En definitiva, la estipulación y determinación del canon de arrendamiento en moneda extranjera es permisible, — sólo en lo que respecta a moneda de cuenta —; resultando siempre liberado el arrendatario del pago del canon arrendaticio mediante el ofrecimiento de su equivalente en moneda de curso legal y, sin que pueda el arrendador compeler al primero, al pago efectivo en moneda extranjera, aun cuando así lo hayan pactado en el contrato.

trato, bien susceptible de ser decidida mediante un Laudo Arbitral; (iii) sobre la duración del contrato de arrendamiento, esto es, sobre la procedencia o no de la prórroga legal arrendaticia a que se refiere el artículo 38 de la LAI, en cuyo caso, podía fungir como postura controvertida la pretensión de cumplimiento del contrato para la entrega del inmueble por vencimiento del término o, entre otros alegatos, la pretensión de haber ocurrido una tácita reconducción en la convicción de que una vez fenecida la prórroga legal ha existido un consentimiento tácito de seguir ocupando el inmueble; (iv) sobre

2) Mediante la voluntad de la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios, mediante la Cláusula de Valor "Ope Legis", contenida en el artículo 14, cuya inclusión tuvimos ocasión de sugerir ante el Consejo de Ministros, la cual es del tenor siguiente: "En los contratos de arrendamiento, a tiempo determinado o indeterminado, que versen sobre inmuebles exentos de regulación y en los que no se haya pactado cláusula de valor a los fines de la actualización periódica del canon de arrendamiento mensual, éste se ajustará cada vez que haya transcurrido un (1) año de la relación arrendaticia, de acuerdo al Índice General de Precios al Consumidor establecido por el Banco Central de Venezuela, acumulado para ese mismo periodo, si las partes no hubiesen llegado a un acuerdo sobre el monto del mismo."

En ese sentido, los supuestos de procedencia son los siguientes: (i) Que se trate de un inmueble no sujeto a regulación de alquileres, pues como se ha tratado, de estar sujeto a regulación, el ajuste del canon de arrendamiento sólo es procedente mediante un procedimiento administrativo conforme a los extremos contemplados en el artículo 32 de la LAI; (ii) Que las partes no hayan establecido una Cláusula de Valor (en la forma antes expuesta) para ajustar periódicamente el canon de arrendamiento mensual; (iii) Que una vez transcurrido cada año de la relación arrendaticia, las partes no alcancen un acuerdo sobre si aumentan o no el canon inicialmente estipulado; pues, como se observa, el artículo 14 de la LAI, no sólo suplirá el silencio de las partes *ab initio*, es decir, al momento mismo de la celebración del contrato, sino también, para los casos en que no habiéndose previsto una cláusula de valor, éstos no alcancen un acuerdo *inter partes* una vez que se haya cumplido un año en la relación arrendaticia.

Tal propuesta, —recogida en el artículo 14 de la LAI—, responde a la necesidad de suplir el silencio de las partes, cuando, por desconocimiento o poca diligencia, no se han tomado las previsiones a los fines de mantener el *equilibrio económico del contrato de arrendamiento*. En efecto, si tal como hemos expuesto, en aras de mantener dicho equilibrio, la propia autoridad inquilinaria posee la competencia para iniciar de oficio un procedimiento administrativo a los fines de la revisión del canon de arrendamiento —únicamente para los inmuebles sujetos a regulación, léase Parágrafo Segundo del artículo 32 de la LAI—; resultaba perentorio pues, que el legislador previera un mecanismo de autoajuste o de revisión del canon, en el caso de los inmuebles exentos de regulación. Es pues, una justa contrapartida en beneficio de un arrendador que, por lo general, se encuentre desasistido de una adecuada orientación legal (ejemplo cotidiano lo constituye aquella persona de avanzada edad que contrata por muchos años, sin cláusula de valor alguna, quedando sometida al valor nominal inicialmente pactado, durante toda la vigencia del contrato).

Esta norma abarca tanto a los contratos celebrados a plazo fijo o a tiempo determinado y, a los pactados sin tiempo o considerados como a tiempo indeterminado.

el derecho del arrendatario de seguir ocupando el inmueble una vez que ha sido vendido el inmueble (artículo 20 LAI). En este mismo sentido, un posible litigio entre el arrendatario y el nuevo comprador —llamando en tercería al arrendador— por perturbaciones en la posesión, entre otros múltiples conflictos; (v) el ejercicio del derecho de retracto legal arrendaticio, esto es, la acción del arrendatario para subrogarse con las mismas condiciones que el comprador, para adquirir el inmueble arrendado, objeto de venta sin su previa consulta (artículo 42 y siguientes de LAI); (vi) la acción por desalojo, prevista en el artículo 34 de LAI, cuando el contrato fuere verbal o escriturado a tiempo indeterminado o indefinido; (vii) la posibilidad de valorar, apreciar o determinar que una consignación inquilinaria (artículo 51 LAI; derogado artículo 5 DLDV), ha sido o no, legítimamente efectuada (artículo 56 LAI); cuando corresponda al Tribunal Arbitral, —por cualquier acción intentada—, dilucidar si el inquilino está solvente o no (vgr. se ha demandado en arbitraje por resolución del contrato de arrendamiento por falta de pago y, el arrendatario, alega estar solvente por haber consignado en forma legítima). Circunstancia ésta última disimil —la de que el Tribunal Arbitral aprecie la consignación— a la posibilidad de que el arrendatario (sometiéndose voluntariamente en arbitraje, bien mediante cláusula compromisoria en el contrato, bien mediante un acuerdo independiente), renuncie a la posibilidad de poder concurrir al Tribunal de Municipio competente por la ubicación del inmueble, para consignar los cánones de arrendamiento para el supuesto en que el arrendador rehuse recibirlos. Dicha hipotética estipulación estaría inficionada de nulidad absoluta, por los motivos ya expuestos en páginas anteriores (artículo 7 LAI); (viii) cuando de acuerdo tanto a las estipulaciones contractuales como a las legales, exista discrepancia sobre a cuenta de quién deberán de correr las reparaciones, esto es, la determinación del adjetivo “mayor” o “menor” de las reparaciones y; (ix) todas y cada una del resto de las acciones comprendidas dentro del catálogo arrendaticio (artículo 33 LAI), tales como la resolución y cumplimiento del contrato (artículo 1.167 CC), reintegro de depósito en garantía, ejecución de garantías y, reintegro de sobrealquileres, de cuya última acción sostuvimos (*supra*) que podría ser objeto de satisfacción (siempre que fuere peticionada por el arrendatario —principio dispositivo del artículo 12 CPC) por parte del Juez Contencioso al momento de declarar sin lugar un recurso de nulidad contra un acto de regulación de alquileres y, por ende, se determine que el acto administrativo arrendaticio está ajustado a derecho.

III. CLASES DE ARBITRAJE

En páginas anteriores, habíamos comentado sobre la posibilidad que tienen las partes integrantes de una relación arrendaticia, de someter todas sus disputas, desacuerdos o desavenencias sobre el desarrollo, ejecución y terminación del contrato de arrendamiento por ante un Tribunal Arbitral, renunciando de tal forma, a la posibilidad de acceder por ante los Tribunales ordinarios, tal y como así expresamente lo señala el único aparte *in fine* del artículo 5 de la LAC, que dispone que “*En virtud del acuerdo de arbitraje las partes se obligan a someter sus controversias a la decisión de árbitros y renuncian a hacer valer sus pretensiones ante los jueces. El acuerdo de arbitraje es exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria*”. (Precisos comentarios sobre la renuncia tanto a los tribunales ordinarios como a la propia cláusula compromisoria o al acuerdo arbitral, serán efectuados *infra*).

En ese sentido, tal estipulación o sometimiento en arbitraje, podía efectuarse en el propio contrato de arrendamiento mediante una cláusula compromisoria o bien, mediante un acuerdo independiente; siendo, que en ambas estipulaciones, las partes debían de definir la forma en que dicho Tribunal Arbitral debería de constituirse y, el carácter con que los árbitros actuarían.

1. Institucional e Independiente

Así pues, pueden las partes fijar que el arbitraje sea celebrado por ante un Centro de Arbitraje de cualquier institución (artículo 11 LAC) que así lo haya constituido —al centro—, previa observancia de las normas previstas en la Ley de Arbitraje Comercial para tal fin.

Dicha elección de las partes, configurará al arbitraje como institucional (artículo 2 LAC); cuyo procedimiento podrá ser: (i) el previsto en el Propio Reglamento del Centro de Arbitraje seleccionado, el cual, a su vez, deberá cumplir con las exigencias mínimas previstas en la LAC. Este supuesto se aplica cuando las partes hayan hecho sólo alusión (en la cláusula compromisoria o en el acuerdo independiente) al Centro de Arbitraje seleccionado —sin aludir al procedimiento a seguir— o, hayan estipulado, no sólo el Centro de Arbitraje seleccionado, sino también, que el procedimiento a seguir sea el previsto en el Reglamento de dicho Centro. Para todos estos casos, el Reglamento del Centro de Arbitraje seleccionado, regirá todo lo referente a las notificaciones, la constitución del tribunal, la recusación y reemplazo de árbitros, las tarifas administrativas, los honorarios de los árbitros y, todo lo concerniente a la tramitación y consecución del procedimiento arbitral en general (artículo 12 LAC);

(ii) el procedimiento previsto en la LAC, aun cuando, como se dijo, las partes hayan estipulado la consecución del arbitraje por ante un Centro de Arbitraje específico. Este supuesto sólo se aplica, en el único caso en que las partes, una vez fijado el Centro de Arbitraje, estipulen expresamente no someterse al Reglamento establecido por el Centro y, en su lugar, opten por acoger el previsto en la LAC y; (iii) cualquier procedimiento especial que las partes voluntariamente hayan convenido, aun cuando, igualmente hayan pactado constituir el Tribunal Arbitral por ante un Centro de Arbitraje. Este supuesto se aplica cuando, expresamente, las partes estipulen someterse a un procedimiento especial (bien determinado), dejando por sentado, a su vez, que no se someterán al procedimiento previsto en el Reglamento del Centro de Arbitraje seleccionado.

Por otra parte, LAC exige una serie de condiciones mínimas que, tanto el Centro de Arbitraje, como su Reglamento, deberán de contener: (i) el Centro de Arbitraje deberá poseer un asiento permanente, esto es, una sede que guarde las más elementales condiciones para la mejor consecución del procedimiento arbitral (Secretaría, Sala de Audiencias, Sala de Árbitros, Sala de Archivo en donde las partes puedan consultar los expedientes, etc.); (ii) el Centro de Arbitraje deberá poseer una lista pública de, al menos, veinte (20) árbitros los cuales, sostenemos, deberán de guardar las mismas condiciones para el acceso al Poder Judicial (el artículo 253 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, estatuye que los "medios alternativos de justicia" forman parte del Sistema Judicial). (Comentarios precisos sobre la elección de los árbitros, su carácter y demás aspectos, serán tratados —*infra*—); (iii) el Reglamento deberá estipular la forma para la elección de los árbitros a ser ofrecidos mediante la "lista" de árbitros del Centro de Arbitraje; así como también, la forma de su renovación, inscripción y causas de exclusión; (iv) el Reglamento deberá establecer, las normas acjetivas para la consecución y tramitación del procedimiento arbitral; pudiendo a su vez estatuir, que la LAC sea de aplicación supletoria; (v) el Procedimiento para la designación del Director del Centro, sus funciones y facultades y; (vi) la forma para la determinación de las tarifas tanto de los árbitros, como de los gastos administrativos que se generen en virtud del procedimiento arbitral.

También pueden las partes, someterse a un Laudo Arbitral dictado por un Tribunal Arbitral que no pertenezca a un Centro de Arbitraje en específico, ello constituiría un supuesto de **arbitraje independiente** (artículo 2 LAC).

La circunstancia de que las partes pacten (vía cláusula compromisoria en un contrato de arrendamiento o mediante un acuerdo independiente), la consti-

tución de un **Tribunal Arbitral Independiente**, no constituye obstáculo, para que puedan estipular que los árbitros a ser designados, puedan ser los incluidos en cualquiera de las "listas" de árbitros de algún Centro de Arbitraje. Lo que sólo mantendrá que tal arbitraje continúe reputándose como **independiente**, será que su consecución no dependa de Centro de Arbitraje alguno y, menos aún, de su Reglamento. (Sobre la designación de los árbitros y múltiples mecanismos, será tratado *infra*).

Por otra parte, en el arbitraje **independiente**, el procedimiento a seguir será: (i) aquel procedimiento especial que las partes expresamente convengan; (ii) el Procedimiento previsto en LAC, para el único supuesto en que las partes guarden silencio sobre el procedimiento a escoger, tanto en la oportunidad de celebrar el "pacto o acuerdo compromisorio independiente" o a través de la inclusión de una "cláusula compromisoria" en un contrato de arrendamiento.

Así pues, las partes pueden someterse o bien a un arbitraje **institucional**, o a uno **independiente**, en la forma antes expuesta.

En ese mismo sentido, ha sido sostenido por un sector de la doctrina, que el arbitraje puede ser **de derecho** o **de equidad**; clasificación esta última que si bien permite distinguir entre los Laudos Arbitrales dictados con estricto arreglo y apego al derecho positivo (tal y como lo hiciera un juez ordinario), del Laudo Arbitral dictado con entera libertad según sea más conveniente al interés de las partes (pero con observancia a las cláusulas del contrato y a los usos y costumbres mercantiles, de ser el caso); no obstante, en nuestro criterio, tal distinción alude más al **carácter** de los árbitros que a la tipología misma del procedimiento arbitral. (Consideraciones sobre los árbitros y su carácter serán efectuadas —*infra*—).

2. Privado y Público

Otra pretendida clasificación que del arbitraje se ha propuesto, es la que distingue entre el arbitraje para dirimir intereses **públicos**, del arbitraje para dirimir intereses **privados**, esto es, la distinción entre un procedimiento de arbitraje en virtud de una contratación de carácter público (contratos administrativos y contratos de naturaleza privada celebrados por entes de carácter estatal); de los contratos celebrados entre particulares con fines meramente privados (civiles o mercantiles).

En este último particular, sostenemos que tal distinción, si bien resulta, como veremos, importante a los fines de determinar tanto la capacidad que se tenga para comprometer en árbitros, como las materias susceptibles de ser sometidas

en arbitraje (pues, ello varía si se trata de un ente estatal o no), no obstante, estimamos que alude más a la naturaleza jurídica de las partes contratantes, que a la misma forma en que el procedimiento arbitral habrá de sustanciarse, tramitarse y decidirse (ejemplo, un contrato celebrado con una empresa del Estado puede estipular que el arbitraje sea institucional con árbitros de derecho o bien, estipular un arbitraje independiente con árbitros arbitradores).

En ese sentido, si bien el tan controversial y debatido tema del arbitraje de interés público excede con creces el tema que nos ocupa; no obstante, si resultará perentorio efectuar breves consideraciones al respecto, a los únicos fines de dilucidar la situación del **arbitraje arrendaticio** celebrado por: (i) una persona jurídico territorial (República, Estados y Municipios y, cualquier otro órgano que al carecer de personalidad jurídica propia, celebre el contrato obligando a cualquiera de las personas jurídicas anteriores, por ejemplo, un Servicio Autónomo de rango nacional, estatal o municipal); (ii) una persona jurídica de derecho público (ejemplo, Institutos Autónomos), (iii) una persona jurídica estatal pero de derecho privado, tales como una sociedad mercantil en donde la República, los Estados, Municipios o los Institutos Autónomos tengan "participación decisiva" (aspecto este último disímil a señalar "que tengan una participación igual o superior al 50 % del capital social, pues como será tratado —*infra*— puede ocurrir que la persona jurídico territorial no posea el 50% o más del capital social y, paradójicamente, sí tenga un poder de decisión relevante para el destino de la sociedad; situación ésta identificable con las llamadas "acciones doradas" o "acciones privilegiadas" tal y como ocurre en el caso de la empresa telefónica CANTV).

Como punto previo, debemos volver sobre la regulación que sobre los contratos de arrendamiento celebrados por entes públicos, la LAI estatuye: (a) los contratos de arrendamiento o subarrendamiento celebrados por cualquiera de los entes públicos y, los privados de carácter estatal, sobre inmuebles destinados a vivienda, actividades comerciales, industriales, profesionales o de enseñanza se encuentran regidos por la LAI (artículo 1º *et usdem*); (b) resultan exceptuados de regulación de alquileres; los inmuebles pertenecientes a la República, los Estados, los Municipios y los Institutos Oficiales que expresamente determine el Ejecutivo Nacional, salvo en aquellos casos en los cuales con motivo de las actividades que se desarrollen en tales inmuebles, los indicados entes actúen en función jurídico-privada (literal a del artículo 4 LAI); (c) quedan excluidos del régimen previsto en la LAI, todos los contratos de arrendamiento suscritos respecto a: • terrenos urbanos o suburbanos no edificados; • fincas rurales; • los fondos de comercio; • hoteles, moteles, hosterías, paradores turísticos, las pensiones, etc. (artículo 3 LAI).

Así pues, una vez establecido el ámbito de aplicación de la LAI, frente a los contratos de arrendamiento celebrados por entes públicos; debemos precisar cuáles contratos de la administración pueden someterse en arbitraje, bien de carácter comercial o no y, en tal sentido, hacer lo propio respecto de los contratos de arrendamiento.

En primer término, de vieja data se ubican los orígenes de las discusiones doctrinarias sobre la posibilidad de que la Administración pudiere comprometerse en árbitros, esto es, dirimir sus diferencias con ocasión a la formación, desarrollo y extinción de un contrato.

Una primera etapa estuvo signada por la postura acogida por la Procuraduría General de la República (Informe de la Procuraduría de la Nación al Congreso 1959), por el cual sólo se admitía el arbitraje para dirimir asuntos de estricto carácter técnico, resultando excluidos otros aspectos de la contratación. Posteriormente, la doctrina reaccionó ante dicha postura y postuló que si bien no existía (para aquel entonces) ninguna disposición legal que previera la vía arbitral como medio idóneo para que la República resolviera sus conflictos, igualmente, tampoco existía precepto alguno que contrariase la capacidad de la Nación para comprometerse, siendo, que más bien, dicha posibilidad se encontraba afirmada en el artículo 19 del Código Civil. (Antonio Moles Caubet. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela* N° 20. Caracas, 1960, págs. 9 a 34).

Posteriormente, la propia Procuraduría General de la República volvió sobre su criterio precedente y, asentó de manera franca, que la Administración sí puede someter al criterio de árbitros (de derecho o arbitradores) la resolución de conflictos surgidos entre ella y los particulares, *con las limitaciones derivadas de la licitud del objeto y la capacidad de los compromisarios; no siendo susceptibles de ser objeto de arbitraje las materias como las señaladas en el artículo 502 del Código de Procedimiento Civil (derogado) y todas aquellas sobre las cuales no cabe transacción, en las que quedan incluidas, entre otras, las especies administrativas concernientes al ejercicio de poderes, dominio público y régimen impositivo en algunos de sus aspectos fundamentales* (Dictamen del 6 de julio de 1965). Igualmente, cuando por Dictamen de fecha 22 de agosto de 1967, —acogiendo el postulado del Dr. Moles Caubet— se asentó que si bien es posible que la Administración Pública venga en poner fin a controversias que la enfrenten a los particulares por la vía del arbitraje de derecho, es natural que ella —e igualmente, los administrados— cumplan las condiciones y requisitos *a los cuales está sometida en nuestro derecho positivo la figura del arbitraje*.

Así pues, resulta hoy incuestionable —tanto para los autores como para la doctrina administrativa— el que la Administración Pública puede dirimir y resolver sus disputas mediante la vía arbitral, siempre que: (i) la materia a ser sometida en arbitraje sea disponible, es decir, sea susceptible de transacción por no estar comprometido el orden público, las buenas costumbres y el ejercicio de competencias públicas (por ser de obligatorio ejercicio, indisponibles, intransferibles e improrrogables) (artículo 3 LAC; artículo 6 CC; artículo 608 CPC); (ii) que el funcionario que la represente se encuentre suficientemente facultado para tal fin (artículos 1687, 1688 y 1689 CC; artículo 154 CPC; artículos 3, 4 y literal a del artículo 44 LAC).

Ahora bien, una vez sentado que la Administración Pública (en sentido lato) puede someter sus conflictos en arbitraje; resulta perentorio, distinguir su participación entre el arbitraje comercial del general. Así pues, si se trata de una sociedad mercantil (empresa del estado), por su propia naturaleza (actos subjetivos de comercio: artículos 10 y 200 del Código de Comercio) sus negocios jurídicos se presumen de naturaleza mercantil, salvo que de la naturaleza misma del propio negocio se desprenda lo contrario o que, sea una sociedad exclusivamente dedicada a la explotación agrícola o pecuaria, en cuyo caso, el carácter mercantil le vendría por el acto objetivo de comercio que pudieren celebrar. En este último caso, al reputarse como comerciante, resultará obvio que puedan someter sus contratos a un procedimiento arbitral. Tratamiento similar para otras personas jurídicas estatales de derecho privado (Fundaciones, Asociaciones Civiles sin fines de lucro), que aun cuando no son comerciantes en los términos expuestos, esto es, sus negocios jurídicos no gozan de la presunción comercial (no son actos subjetivos de comercio), no obstante, sí podrían celebrarlos (actos objetivos de comercio) y, por ende, pueden también comprometerse en arbitraje.

En igual sentido, las personas jurídicas político-territoriales (República, Estados y Municipios) y, demás órganos que aun cuando carezcan de personalidad jurídica propia, pueden actuar (dentro del ámbito de sus competencias) obligando a las primeras (vgr. Servicios Autónomos sin personalidad jurídica; Ministerios del Poder Ejecutivo Nacional), cuando éstos celebren actos y negocios jurídicos de objetivo carácter comercial, lo que les permitiría registrarse por la LAC.

Por otra parte, se observa un gran cúmulo de contratos susceptibles de ser celebrados por la Administración con el objeto de explotar, desarrollar, prestar o mejorar un servicio público, los cuales en la gran mayoría de los casos contienen cláusulas exorbitante o de ejecución a la voluntad unilateral de la

propia administración; estamos hablando de los denominados contratos administrativos.

Entre éstos encontramos los denominados de "Interés Nacional", es decir, aquellos que según Brewer-Carías, son "...ni más ni menos, el Contrato de Interés Público que concierne a la rama nacional del Poder Público" que según sostiene "...sale de la propia interpretación de los artículos 126 y 127 de la Constitución (1961) ("El Arbitraje y los Contratos de Interés Nacional". Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos N° 13, pág. 173. Caracas 1999).

Contratos estos —los de interés nacional— sobre los cuales nuestro Máximo Tribunal de la República; en fallo de fecha 6 de noviembre de 1997. (Caso Van Dam: repotenciación de tanques), tuvo ocasión de sentar criterio en la forma siguiente:

...nada obsta a la procedencia de este tipo de arbitraje en contratos como el examinado siempre que el mecanismo arbitral escogido se encuentre al mero establecimiento de los hechos derivados de la ejecución del contrato sin que puedan extenderse los árbitros arbitradores a atribuir a esos hechos, fijados por esa vía, consecuencias jurídicas, "según les parezca (a los árbitros) más conveniente al interés de las partes, atendiendo principalmente a la equidad", como pauta el Código de Procedimiento Civil para este tipo de arbitraje.

De lo cual puede colegirse, que en criterio de la mayoría sentenciadora para aquella ocasión, los contratos administrativos de interés público nacional —no comerciales—, por disposición de los artículos 126 y 127 de la Constitución derogada (que se corresponden con los artículos 150 y 151 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela: Cláusula Calvo), las partes deberían resolver sus diferencias y disputas, por ante los Tribunales de la República y, conforme a las leyes venezolanas; salvo que, únicamente, pueda deferirse su conocimiento en árbitros en lo que a los hechos y elementos técnicos se refiere.

Por otra parte, los contratos administrativos celebrados mediante la forma de Concesión, cuyo régimen jurídico prevé, de forma expresa, la posibilidad de que las partes diriman sus diferencias, disputas y desavenencias por ante un Tribunal Arbitral, tal y como lo prevé el artículo 61 de la Ley Orgánica Sobre Promoción de la Inversión Privada bajo el Régimen de Concesiones (Decreto N° 318 con rango y fuerza de Ley Orgánica que Reforma el Decreto Ley N° 138, de fecha 20 de abril de 1994, sobre Concesiones de Obras Públicas y Servicios Públicos Nacionales, el cual también preveía dicha

posibilidad —la del arbitraje— en su derogado artículo 10. *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 5.394 Extraordinario del 25 de octubre de 1999).

Así pues, visto como ha sido todo el tratamiento legal, jurisprudencial y doctrinario en cuanto a la posibilidad jurídica de que la Administración Pública (sentido lato), se comprometa en arbitraje para dirimir sus diferencias por el desarrollo, ejecución y terminación de un contrato; podemos traspolar tales comentarios para el caso concreto en que sea celebrado un contrato de arrendamiento.

En ese sentido, habrá de distinguirse entre: (i) los contratos de arrendamiento que pudieren encerrar un interés público nacional en un momento dado, en cuyo caso, su carácter de nacional no se vería agotado en la República (persona jurídica político territorial), sino también, otras personas jurídicas tanto de derecho público de rango nacional (Instituto Autónomo Nacional) como de derecho privado —aún estatal— con rango nacional (al ser la República propietaria de una Empresa del Estado); en cuyo caso, por disposición del artículo 151 de la Constitución vigente, debe regularse conforme a las leyes nacionales (eliminando toda posibilidad de árbitro arbitradores) y por ante los Tribunales de la República (eliminando toda posibilidad de árbitros de derecho); sólo siendo admisible, someter en arbitramento la discusión sobre elementos fácticos y técnicos; (ii) los contratos de arrendamiento destinados a la consecución y desarrollo de un servicio público en particular (*vgr.* para un establecimiento educativo de carácter oficial), en donde, en nuestro criterio sí sería susceptible de ser sometido en arbitraje (bien independiente o institucional con árbitros arbitradores o de derecho); siempre que cumpla con los dos (2) requisitos básicos antes expuestos para todos los compromisos arbitrales que sean suscritos por entes públicos (*supra*); (iii) los Contratos de arrendamiento en donde "...con motivo de las actividades que se desarrollen en tales inmuebles, los indicados entes (República, Estados, Municipios y demás entes públicos y/o estatales) actúen en función jurídico-privada. (Léase literal a del artículo 4 de la LAL, que aun cuando no referido al punto que nos ocupa, alude a la posibilidad de que se celebre contrato de arrendamiento con entes públicos con fines distintos a los meramente públicos). En donde, en nuestro criterio, sí serían susceptibles de ser sometidos en arbitraje (bien independiente o institucional con árbitros arbitradores o de derecho) y; (iv) todos los contratos de arrendamiento que a los fines de llevar a cabo su objeto social (conforme a su régimen estatutario o acta constitutiva), las personas privadas de carácter estatal lleguen a celebrar; serán susceptibles, en nuestro criterio, de someterse en arbitraje (bien independiente o institucional con árbitros arbitradores o de derecho).

Por último, para todos los casos en que sea admisible el arbitral —en los términos expuestos—, sólo nos resta insistir sobre la capacidad que deben tener quienes procedan a comprometer (vía cláusula contractual o pacto independiente compromisorio); en ese sentido debemos distinguir si se trata de:

- (i) Una persona político territorial (República, Estado, Municipio) y órganos de éstos sin personalidad jurídica propia (Ministerios, Servicios Autónomos de rango nacional, estatal o municipal, Concejos Municipales, Consejos Legislativos, etc.); otras personas jurídicas públicas (Institutos Autónomos Nacionales, Regionales o Municipales). Pues en todos éstos, podrá obligar sólo quien para tal fin se encuentre suficientemente facultado; esto, conforme al ordenamiento jurídico aplicable en cada caso (Constitución Nacional, Ley Orgánica de la Administración Central, las Constituciones de los Estados y demás leyes estatales, Ley Orgánica de Régimen Municipal y Ordenanzas específicas, Leyes de creación de los Institutos Autónomos de rango nacional, estatal o municipal, etc) y, estos funcionarios a su vez, cuando autoricen a otros, deberán efectuarlo de forma **expresa e indubitada** (artículos 1.687, 1.688 y 1.689 CC; artículo 154 CPC; artículo 3, 4 y literal a del artículo 44 LAC).
- (ii) Si se trata de una empresa (sociedad mercantil) en donde la República, los Estados, Municipios e Institutos Autónomos sean titulares de una porción del capital social que sea igual o mayor al 50 %; o también —en nuestro criterio— (por una interpretación "in extenso", cónsona con los intereses públicos) dichas personas aun no siendo titulares de esa porción accionaria, no obstante, si sean titulares de acciones "privilegiadas o doradas" en virtud del elevado interés público que encierra la actividad explotada o prestada (*vgr.* CANTV); en ambos casos, se requerirá de la aprobación del "...*acuerdo estatutario competente y la autorización por escrito del Ministro de Tutela*"; y nosotros agregamos (igualmente por una interpretación no literal y más cónsona) por el Ministro a quien corresponda el control accionario (recuérdese que no existirá tutela, sino control accionario para una empresa del Estado); controles estos últimos —el de Ministro de Tutela y el del Ministro a quien corresponda el control accionario— que obviamente está referido en los que participen los Institutos Autónomos de carácter nacional y la República, mas no las sociedades de los Estados y Municipios. En sentido similar, las sociedades en donde exista participación cualificada —en los términos expuestos por parte de las primeras (empresas del Estado de segundo grado). (Léase artículo 4 LAC).

III. EL ACUERDO COMPROMISORIO

A lo largo de este trabajo ya hemos expuesto que las partes pueden decidir someter sus diferencias, disputas y desacuerdos sobre la interpretación de las cláusulas de un contrato de arrendamiento; modo, tiempo y validez de las obligaciones arrendaticias; sobre la duración del contrato; sobre los motivos de terminación de la relación, en fin, sobre todo lo que verse sobre el desarrollo, consecución y finalización del contrato arrendaticio, por ante un Tribunal Arbitral que a tal fin designen, el cual podrá emitir su Laudo definitivo ajustado al ordenamiento jurídico (árbitros de derecho) o a la equidad (árbitros arbitradores); mediante: (i) una cláusula compromisoria incluida en el propio contrato (artículo 5 LAC), (ii) un pacto o acuerdo arbitral independiente artículo 5 LAC), o bien, (iii) pactar de mutuo acuerdo la constitución de un Tribunal Arbitral, aun cuando, ya se haya iniciado una causa o querrela civil por ante un Tribunal Ordinario por cualquier motivo (Primer aparte del artículo 608 CPC).

1. Acuerdo o pacto independiente de arbitraje arrendaticio

Antes de desarrollar la primera posibilidad de las antes aludidas, es decir, el supuesto en que las partes se sometan en arbitraje a través del propio contrato de arrendamiento —que es la forma más común y a la que con más detenimiento nos referiremos—; consideramos oportuno acotar algunos aspectos referentes al “acuerdo de arbitraje autónomo” o “pacto independiente de arbitraje”, puede verificarse en diversos momentos u oportunidades; pudiendo variar si se trata de un arbitraje comercial o no, en la forma siguiente: (a) si se trata de un arbitraje arrendaticio con vocación comercial (locales comerciales, industriales o de oficina); LAC no exige que el mismo conste en documento autenticado; a diferencia del regulado por CPC (arrendamiento destinado a vivienda o habitación, que también —*supra*— por voluntad de las partes pudiere regirse por: (i) el reglamento de algún centro de arbitraje, (ii) reglas independientes o, (iii) las propias reglas de la LAC), el cual en su artículo 608, estatuye que cuando las partes no estén en juicio, dicho acuerdo “deberá constar en documento autenticado”. En todo caso, en aras de salvaguardar la seguridad jurídica de las partes, sugerimos, que en caso de que las partes convengan a dicho acuerdo o compromiso, el mismo sea debidamente autenticado, pues de lo contrario, una parte renuente o reticente a honrar el compromiso, pudiere alegar —con el único fin de dilatar o distraer el procedimiento— el desconocimiento del documento privado; (b) si las partes ya se encuentran en juicio, forzosamente, se aplicará lo previsto en el artículo 608 y siguientes del CPC;

en el sentido, de que deberán **formalizar dicho acuerdo en el propio expediente de la causa**; aun cuando, posteriormente, éstos acojan someterse a cualquier otro procedimiento distinto al del Código de Procedimiento Penal, pero una vez que se haya constituido el Tribunal Arbitral como lo prevé el aludido Código adjetivo; (c) aun cuando no pueda reputarse como absolutamente “independiente”, es válido aquella cláusula contractual que haga expresa remisión a un acuerdo arbitral “autónomo”; siempre que, dicho contrato conste por escrito y, se señale de forma indubitable, que tal acuerdo forma parte integrante del contrato en cuestión y; (d) si bien la LAC, a diferencia del CPC, no exige la autenticación del acuerdo —*supra*—, consagra el principio escritural para la validez del acuerdo independiente o autónomo de arbitraje (artículo 6 LAC).

2. Requisitos y modalidades de cláusulas y sus consecuencias jurídicas

La cláusula compromisoria se constituye en el mecanismo más utilizado por las partes para someterse voluntariamente a un procedimiento arbitral. Con el objeto de facilitar el entendimiento de los diversos supuestos y alternativas que una estipulación pudiere acarrear, nos atrevemos a ofrecer una serie de modalidades de cláusulas compromisorias.

- 1) Supuesto de Cláusula de Arbitraje Institucional con designación de árbitros de derecho, de conformidad con el listado de un Centro de Arbitraje seleccionado:

Las partes acuerdan expresamente, someter todas las discrepancias, desacuerdos, desavenencias y disputas con ocasión a la interpretación, ejecución y extinción del presente contrato de arrendamiento, a la decisión de mérito contenida en un Laudo definitivo e inapelable dictado por tres (3) árbitros de Derecho, quienes decidirán de conformidad con las leyes venezolanas vigentes. El Procedimiento Arbitral se regirá por las disposiciones previstas en el reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de (*puede ser un Centro de Arbitraje de cualquier otra Institución, como una Academia, etc.*) que se encuentre vigente para el momento en que la solicitud de arbitraje sea interpuesta. Las normas procedimentales de la Ley de Arbitraje Comercial serán aplicadas de forma supletoria en todo lo no previsto en el mencionado Reglamento. Las partes acuerdan la utilización del idioma castellano para todas las actuaciones arbitrales.

- 2) Modelo de Cláusula de Arbitraje Institucional con designación directa de árbitros de derecho:

Las partes acuerdan expresamente, someter todas las discrepancias, desacuerdos, desavenencias y disputas con ocasión a la interpretación, ejecución y extinción del presente contrato de arrendamiento, a la decisión de mérito

contenida en un Laudo definitivo e inapelable dictado por tres (3) árbitros de Derecho, quienes decidirán de conformidad con las leyes venezolanas vigentes. El Procedimiento Arbitral se regirá por las disposiciones previstas en el Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de (...) que se encuentre vigente para el momento en que la solicitud de arbitraje sea interpuesta. Las normas procedimentales de la Ley de Arbitraje Comercial serán aplicadas de forma supletoria en todo lo no previsto en el mencionado Reglamento. Las partes acuerdan la utilización del idioma castellano para todas las actuaciones arbitrales.

Las partes designan como árbitros a los ciudadanos xxxxxxxx, titular de la cédula de identidad xxxxxx, quien es (profesión o cargo), y a xxxxxxxx, titular de la cédula de identidad xxxx, quien es (profesión o cargo); quienes a su vez elegirán de mutuo acuerdo al tercer árbitro quien deberá reunir las mismas cualidades y condiciones que éstos. En caso de que los árbitros designados no lleguen al acuerdo en cuanto a la elección del tercer árbitro, éste será designado por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de (...) de acuerdo a la lista formal de árbitros de dicho Centro.

3) Modelo de Cláusula de Arbitraje Independiente con designación directa de árbitros de derecho:

Las partes acuerdan expresamente, someter todas las discrepancias, desacuerdos, desavenencias y disputas con ocasión a la interpretación, ejecución y extinción del presente contrato de arrendamiento, a la decisión de mérito contenida en un Laudo definitivo e inapelable dictado por tres (3) árbitros de Derecho, quienes decidirán de conformidad con las leyes venezolanas vigentes, teniendo lugar en la ciudad de (...). El Procedimiento Arbitral se regirá por las disposiciones previstas en la Ley de Arbitraje Comercial que se encuentre vigente para el momento en que la solicitud de arbitraje sea interpuesta. Las partes acuerdan la utilización del idioma castellano para todas las actuaciones arbitrales.

Las partes designan como árbitros a los ciudadanos xxxxxxxx, titular de la cédula de identidad xxxxxx, quien es (profesión o cargo), y a xxxxxxxx, titular de la cédula de identidad xxxx, quien es (profesión o cargo); quienes a su vez elegirán de mutuo acuerdo al tercer árbitro quien deberá reunir las mismas cualidades y condiciones que éstos. En caso de que los árbitros designados no lleguen al acuerdo en cuanto a la elección del tercer árbitro, cualquiera de las partes podrá solicitar su designación por ante el Juez competente de Primera Instancia, de conformidad con lo previsto en el artículo 17 de la Ley de Arbitraje Comercial.

4) Modelo de Cláusula de Arbitraje Independiente con designación indirecta de árbitros de derecho:

Las partes acuerdan expresamente, someter todas las discrepancias, desacuerdos, desavenencias y disputas con ocasión a la interpretación, ejecución y extinción del presente contrato de arrendamiento, a la decisión de mérito

contenida en un Laudo definitivo e inapelable dictado por tres (3) árbitros de Derecho, quienes decidirán de conformidad con las leyes venezolanas vigentes, teniendo lugar en la ciudad de (...). El Procedimiento Arbitral se regirá por las disposiciones previstas en la Ley de Arbitraje Comercial que se encuentre vigente para el momento en que la solicitud de arbitraje sea interpuesta. Las partes acuerdan la utilización del idioma castellano para todas las actuaciones arbitrales.

Cada parte nombrará un árbitro los cuales deberán ser Abogados y especialistas de reconocida trayectoria en la materia arrendaticia. Los árbitros designados elegirán de mutuo acuerdo al tercer árbitro quien deberá reunir las mismas cualidades y condiciones que los dos primeros. En caso de que los árbitros designados no lleguen al acuerdo en cuanto a la elección del tercer árbitro, cualquiera de las partes podrá solicitar su designación por ante el Juez competente de Primera Instancia, de conformidad con lo previsto en el artículo 17 de la Ley de Arbitraje Comercial.

Respecto del modelo "1", se observa que dicha cláusula comporta que la designación de los árbitros se regirá por las disposiciones del Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio seleccionada (o cualquier otra institución que haya constituido algún Centro de Arbitraje) y que se encuentre vigente para el momento en que sea interpuesta la solicitud formal de arbitraje. En este sentido, la designación del árbitro por parte de la solicitante, deberá ser efectuada en la misma oportunidad en que se interponga la solicitud; mientras que el demandado o intimado, deberá efectuar similar designación al momento en que conteste la solicitud. Designaciones todas éstas con base al listado de árbitros del Centro acordado.

Como acotación común a los modelos de cláusulas "1" y "2", se observa que dichas cláusulas compromisorias aparejan que las normas procedimentales de la Ley de Arbitraje Comercial, sólo se aplicarán de manera supletoria en los aspectos no previstos en el Reglamento del Centro de Arbitraje seleccionado.

Tal situación se justifica —la aplicación supletoria de la LAC— pues, por razones prácticas, las partes no estipulan todo y cada una de las reglas que regularán el arbitraje. Así, en ausencia de estipulación convencional regirán las disposiciones del Reglamento del Centro de Arbitraje acordado y, en ausencia de éstas, suplirán las previstas en la Ley de Arbitraje Comercial.

Un ejemplo de esta última situación de aplicación supletoria de normas, lo constituye el hecho de que, tal como se observa de las cláusulas "1" y "2" antes expuestas, no ha sido estipulado la duración máxima del proceso, en cuyo caso se aplicará lo que determine el Reglamento y en ausencia de dicha disposición, se aplicará la prevista en el artículo 22 de la Ley de Arbitraje Comercial que estatuye que "si en el acuerdo de arbitraje no se señalare el término

para la duración del proceso éste será de seis (6) meses contados a partir de la constitución del tribunal arbitral”.

Por otra parte, en los cuatro modelos ofrecidos, se observa que todos los árbitros a ser designados poseen el carácter de árbitros de derecho; en ese sentido, LAC (artículo 8) a diferencia de lo previsto en el CPC (Parágrafo Tercero del artículo 618), estatuye que ante el silencio de las partes en cuanto a determinar el carácter de los árbitros, éstos deben entenderse como de derecho; mientras que el aludido Código adjetivo estatuye que ante dicha ausencia de disposición de las partes, se entienden que los árbitros serán arbitradores o de equidad.

En este último sentido, es común observar, que algunas cláusulas compromisorias, —en la creencia de dar por satisfecho el requisito de estipular el carácter de los árbitros (como árbitros de derecho)—, sean redactadas sólo haciendo mención a la profesión de Abogado de los árbitros y que los mismos decidirán conforme a las leyes venezolanas. Esto en modo alguno serviría para dejar por sentado —de forma expresa e indubitable— el carácter de los árbitros. Así pues, resultará conveniente que las partes expresen directamente que los árbitros son de derecho o de equidad; pues, en caso contrario, se aplicará el régimen supletorio antes expuesto, tanto por la LAC, como por el CPC según corresponda. A ese respecto, también resultará perentorio que las partes estipulen que los árbitros decidirán, esto es, emitirán su decisión de mérito vertida en un Laudo, conforme a las leyes venezolanas tanto sustantivas como adjetivas vigentes, para el momento de la interposición de la solicitud de arbitraje.

Por otra parte, en toda cláusula compromisoria o pacto compromisorio —tal y como se observa de los modelos de cláusulas anteriores— será indispensable que las partes definan con precisión el mecanismo para la elección de los árbitros: (i) en la forma prevista en el Reglamento del Centro de Arbitraje seleccionado (supuesto de arbitraje Institucional); (ii) En la forma prevista en la LAC (caso en que sea un arbitraje independiente o que, aun cuando sea institucional, las partes así expresamente lo pacten) y (iii) de forma directa en la propia cláusula compromisoria.

Tal estipulación —la de definir en la propia cláusula la forma para designar los árbitros— resulta relevante si la intención de las partes es la de tratar de disminuir en lo posible, el deber de recurrir por ante la jurisdicción ordinaria; elemento este último de carácter subjetivo, que resulta tácito pues, de ser lo contrario, no tendría sentido el hecho de haber pactado una cláusula compromisoria en el contrato de arrendamiento.

En este sentido, ante la ausencia, omisión o falta de estipulación sobre la designación de los árbitros en la cláusula compromisoria incluida en el contrato de arrendamiento o bien en el pacto independiente de arbitraje, las partes pueden: (i) **de mutuo acuerdo** subsanar tal omisión, mediante la designación de los árbitros, supuesto éste totalmente improbable o, al menos, difícil de verificar en materia arrendaticia, toda vez que, si ocurre alguna disputa o discrepancia es poco factible que decidan (casi de la mano) nombrar árbitros, cuando lo más seguro, es que alguna de las partes se vea en la necesidad de compeler a la otra para que concurra a constituir el Tribunal Arbitral (por ante el Centro de Arbitraje en caso de que el procedimiento sea institucional o bien, ante el Tribunal Competente de Primera Instancia si es independiente —*infra*—); situación esta última que se agrava si el arbitraje seleccionado es independiente, pues, no existiría siquiera, autoridad o sede alguna por ante la cual, pueda la otra parte interponer la solicitud de arbitraje; (ii) **compeler** a la otra parte a constituir el Tribunal Arbitral, para el caso en que aun habiéndose estipulado cláusula compromisoria —pero sin indicar la forma de designación de los árbitros que es lo que aquí nos ocupa— la otra parte sea renuente en designar su árbitro —lo cual supone un desinterés en constituir el Tribunal Arbitral—, en cuyo caso, podrá petitionarse al Juez de Primera Instancia competente para que efectúe tal designación (artículo 17 LAC) y; (iii) **deferir** el nombramiento del tercer árbitro o del árbitro único en el Juez de Primera Instancia competente, para el caso en que, no habiéndose estipulado la forma de designación de los árbitros —como en los supuestos anteriores—, no obstante, las partes si hayan designado sus respectivos árbitros (que en caso de ser de varios los árbitros, deberán ser siempre en número impar en su totalidad (artículo 16 LAC), lo cual supone voluntad para formalizar el arbitraje, pero, no habido avenimiento sobre la forma de escogencia del tercero de aquéllos. También, para el supuesto similar en que —aun no habiendo establecido la forma de designación de árbitros en el contrato como en los casos anteriores— si acuerden someterse a un único árbitro, pero, no lleguen al acuerdo posterior de designar quién es. (Artículo 17 LAC).

En los modelos de cláusulas “3” y “4”, las partes establecen que se regirán por el procedimiento previsto en la Ley de Arbitraje Comercial, esto debido a la circunstancia de que al ser un Arbitraje Independiente, resulta poco práctico (o al menos inusual), que las partes en el propio contrato estipulen todo el procedimiento a seguir. No obstante, al ser independiente el arbitraje, las partes pueden escoger cualquier procedimiento que estimen más conveniente; sólo que la LAC, ante el silencio que pudiere ocurrir —en cuanto a la elección—, lo suple estatuyendo que en ausencia de disposición sobre las reglas

adjetivas, se aplicarán las previstas por ella (artículo 15). Tal silencio puede ser suplido, sí y sólo sí, se trata de un arbitraje arrendaticio sobre un inmueble destinado al uso comercial, esto es, referido a un local comercial, industrial o de oficina, pues, en caso contrario (vivienda o habitación) —si las partes se han comprometido en arbitraje independiente— ante el silencio sobre el procedimiento a seguir, deberá de aplicarse el previsto en el CPC.

Acotamos una vez más que, la circunstancia de que las partes se sometan en arbitraje arrendaticio con ocasión a un inmueble destinado a vivienda o habitación, no es obstáculo para que las mismas, de mutuo acuerdo, establezcan regirse por el procedimiento previsto en la LAC (ya que el sometimiento es bien mediante una cláusula contractual; un pacto independiente o, un pacto por ante un Tribunal ordinario que venga conociendo de la causa). Tal circunstancia estriba en que, mediante un pacto o cláusula compromisoria referida a un arbitraje independiente, las partes pueden establecer el procedimiento que mejor les plazca conforme a sus intereses; en ese sentido, siendo la LAC la ley que mejor se amolda al desarrollo arbitral en nuestro país, qué mejor elección que dicho cuerpo normativo.

Situación —insistimos— que no varía para el caso en que, estando el arbitraje arrendaticio referido a un inmueble destinado a vivienda o habitación, las partes acuerden someterse por ante el Centro de Arbitraje de cualquier Institución (Arbitraje Institucional). Supuesto en el cual, resultará obvio que el procedimiento a seguir sea el previsto en el Reglamento de dicho Centro, salvo que, expresamente hayan pactado regirse por la LAC (el único aparte *in fine* del artículo 15 *eiusdem*, prevé la posibilidad de que aun habiéndose escogido un arbitraje institucional —lo cual forzosamente supone por imperio de la misma ley, la existencia de un Reglamento— puedan las partes, obviar dicho Reglamento y, en su lugar, someterse a las normas procesales de la LAC).

En las cuatro cláusulas anteriores, se establece de forma expresa que el Laudo que dictarán los árbitros, será “Definitivo” e “Inapelable”. Tal estipulación es recomendable a los fines de evitar tanto incidencias que necesiten fallos interlocutorios, como la posibilidad de que la parte perdidosa intente recurso de apelación; situaciones éstas que atentan contra la celeridad y la aspiración de alcanzar una decisión única y expedita. (No obstante el *desideratum* procesal de evitar decisiones interlocutorias; más adelante será tratada la posibilidad en que sea perentorio que los árbitros dicten un Laudo Interlocutorio, cuando, este último sea imprescindible para evitar dilapidación inútil de energía procesal: vgr. caso en que la cláusula compromisoria sea inválida o ineficaz y, por ende, el Tribunal Arbitral no sea competente). Por otra parte, aun

cuando los modelos de cláusulas compromisorias “1” y “2”, establezcan que el procedimiento arbitral se regirá por las disposiciones contenidas en el Reglamento del Centro de Arbitraje seleccionado, no obstante, las disposiciones no procedimentales contenidas en la Ley de Arbitraje Comercial se aplicarán de manera directa una vez que el supuesto de hecho de dichas normas sea verificado; siendo éstas las que a continuación se señalan (esta acotación no es pertinente para los modelos “3” y “4”, toda vez que, en ambos, se estipula que todo el procedimiento se rige por la propia LAC, de manera que, para éstas resultaría inoficiosa la presente acotación): (i) las normas previstas en el Capítulo I referido a las Disposiciones Generales (desde los artículos 1 al 10); (ii) las normas previstas en el Capítulo II referido al Arbitraje Institucional (desde los artículos 11 al 14), (iii) las normas previstas en el Capítulo VII referidas a la Anulabilidad del Laudo definitivo por ante un Tribunal Superior competente del lugar donde se hubiere dictado (artículos 43 al 47) y; (iv) las normas previstas en el Capítulo VIII referidas al reconocimiento y Ejecución del Laudo (artículos 48 y 49)

En cuanto a disposiciones de gran importancia adjetiva, que serían comunes a los modelos de cláusulas antes desarrolladas, recibirán aplicación directa las siguientes normas de la Ley de Arbitraje Comercial:

(i) En caso de que cualquiera de las partes oponga la nulidad o invalidez de la cláusula compromisoria, el propio Tribunal Arbitral es competente para decidir sobre su propia competencia y sobre la eficacia del acuerdo arbitral; permitiéndose a la parte que haya opuesto tal excepción, la posibilidad de efectuar una designación *sui generis* de árbitro, esto es, que aun cuando haya opuesto la incompetencia del Tribunal por la invalidez o nulidad de la cláusula compromisoria, puede esta parte designar un árbitro para que constituya la terna arbitral con el único propósito de declarar o no su competencia y sin que, en modo alguno, esa designación *sui generis* de árbitro, se entienda como una aceptación o aprobación de la competencia del Tribunal Arbitral. Esto de conformidad con los artículos 7 y 25 de la Ley de Arbitraje Comercial. (Situación que ocurrió en el Primer caso de Arbitraje Institucional registrado en el país en materia arrendaticia —una vez entrada en vigencia de la LAC— por ante la Cámara de Comercio de Caracas, marcado como el caso N° 001, y del cual comentaremos con detalle —*infra*—).

En ese mismo sentido, se acota que la circunstancia de que sea alegada la nulidad de la cláusula compromisoria, no afecta la validez o nulidad del contrato de arrendamiento principal; esto es, que si alguna parte opone la ineficacia del acuerdo o la cláusula arbitral, la consecuencia procesal de su esti-

mación, no puede ser otra que la declinatoria del Tribunal Arbitral para ante el Tribunal competente, sin que en modo alguno se afecte la validez del contrato de arrendamiento. Si aun se alega la nulidad de la cláusula y, a su vez, la nulidad del contrato de arrendamiento o, al menos, de alguna (s) otra (s) cláusulas —no la totalidad—; el sólo hecho de haberse estimado la procedencia de la nulidad del acuerdo o de la cláusula compromisoria, sólo permitirá al Tribunal Arbitral, proceder a declinar su competencia. En ese mismo sentido, sólo podrá pronunciarse sobre el mérito de la denuncia de nulidad del contrato o, de algunas de sus cláusulas, en el único caso en que se haya desestimado la petición de declaratoria de nulidad del acuerdo o cláusula compromisoria y, por ende, se haya declarado competente.

Así pues, en definitiva, la petición de nulidad del contrato o de cualquiera de sus cláusulas no comporta, necesariamente, la nulidad de la cláusula arbitral o compromisoria, y en igual sentido, la denuncia o alegato de nulidad de la cláusula compromisoria no conlleva indefectiblemente, la nulidad del contrato en general, sólo aparejará la incompetencia del Tribunal Arbitral frente a la jurisdicción ordinaria.

(ii) La posibilidad de que el Tribunal Arbitral dicte, **mas no ejecute** (*infra*) medidas cautelares, o bien, ordene la evacuación de pruebas. Ambos supuestos con la asistencia de un Tribunal de Primera Instancia competente. Ello de conformidad con el **artículo 28 de la Ley de Arbitraje Comercial**.

3. Validez de la cláusula o acuerdo compromisorio

En el punto anterior tuvimos ocasión de sistematizar lo que una cláusula de arbitraje o acuerdo compromisorio debe contener (requisitos y estipulaciones), así como también, el desarrollo de las consecuencias jurídico-prácticas que se originan de tales estipulaciones contenidas en una cláusula arbitral y, la forma en que la legislación aplicable puede suplir el silencio de las partes en diversos supuestos.

Nos corresponde pues, indagar sobre otras causales que puedan inficionar de nulidad al acuerdo o cláusula compromisoria, éstos, de tal magnitud que comporten su ineficacia e invalidez y, por tanto, aparejen la incompetencia del Tribunal Arbitral; pues como ha sido expuesto —*supra*—, de resultar procedente la denuncia formulada por alguna de las partes, respecto de la nulidad del acuerdo o cláusula, no existirá otra alternativa procesal que la declinatoria de competencia del Tribunal Arbitral para ante el Juez Ordinario competente.

En ese sentido, la doctrina comparada y nacional es constante en considerar al arbitraje como un medio de autocomposición extrajudicial entre las partes, los cuales mediante una **voluntad expresa**, convienen de forma anticipada, en **sustraer del conocimiento del poder judicial ordinario** (acuerdo éste que también podría ser posterior, para el único caso en que, aun cuando ya iniciada una causa judicial, mutuamente acuerden someterse en arbitraje), todas las diferencias, controversias o desavenencias que por la ejecución, desarrollo, interpretación o terminación de un negocio jurídico pueda sobrevenir entre ellas.

De suerte tal, que el arbitraje constituye una excepción y eclipse a la competencia constitucional que tienen los tribunales ordinarios del país de resolver por imperio de la ley, todas y cada una de las querellas que les sean sometidas por los ciudadanos a su conocimiento, en uso del derecho constitucional de la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses previstos en los artículos 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

De allí que, tal régimen de excepción, **exige el cumplimiento y la verificación de una manifestación de voluntad inequívoca y expresa de las partes involucradas**; pues de lo contrario, el relajamiento de tales extremos comportaría de manera inexorable, la propugnación de un estado de inseguridad jurídica perenne, en donde de acuerdo a las circunstancias, cada parte opondría según su conveniencia, la sustracción o no de las causas del conocimiento del poder judicial ordinario.

En efecto, tal preocupación por mantener una seguridad jurídica firme en cuanto sea verificada una manifestación de voluntad inequívoca, expresa e indubitada a la hora de someter o comprometer en árbitros, se encuentra plasmada tanto en los textos legales sustantivos (artículos 1.688 y 1.689 del Código Civil) como los adjetivos (artículo 154 del Código de Procedimiento Civil); y de origen más reciente, en leyes especiales (artículo 3 y literal a) del artículo 44, ambos de la Ley de Arbitraje Comercial).

En ese sentido, deben diferenciarse las situaciones en las cuales se celebre el acuerdo o pacto compromisorio; es decir, debe distinguirse la situación en que: (i) el acuerdo de arbitramento sea efectuado por los representantes de las partes durante la consecución de una causa judicial, lo cual presupone la inexistencia previa de acuerdo arbitral alguno o, en su defecto, que haya existido semejante acuerdo previo pero, tácita o expresamente, haya sido renunciado por las partes; para luego, durante el desarrollo de un juicio, proceder a "revivirlo". Dichos supuestos de renuncia pueden consistir en que —aun existiendo cláusula compromisoria— una de las partes haya demandado en vía judicial y, la otra, haya contestado el fondo de la demanda sin oponer en forma —como

cuestión previa ord. 1º artículo 346 del CPC— la excepción de acuerdo arbitral (renuncia tácita) y; también, de forma expresa mediante la contestación de la demanda, señalando una renuncia al previo sometimiento en árbitros y; (ii) la situación en la cual los representantes de las partes celebren un contrato que incluya una cláusula compromisoria o bien, pacten un acuerdo independiente de arbitraje; supuestos éstos de mayor frecuencia.

En el primero de los supuestos expuestos, la legislación adjetiva exigirá aplicación preferente, toda vez que, la situación en la cual las partes acuerden someterse en árbitros y, en consecuencia, pacten sustraerse del conocimiento que hasta ese momento, venía ejerciendo un Juez ordinario, tendrá lugar en vía judicial, esto es, bajo el previo sometimiento al *imperium* de la Jurisdicción Ordinaria.

En ese sentido dispone el primer aparte del artículo 608 del CPC que:

Si estuvieren ya en juicio, el compromiso se formalizará en el expediente de la causa, y en él deberán expresar las partes las cuestiones que cada uno someta al arbitramento, si no constaren ya en el juicio; el número y nombre de los árbitros, el carácter de éstos, las facultades que les confieran y lo demás que acordaren respecto del procedimiento. (Destacado nuestro)

Más directamente, en cuanto a la capacidad de los representantes de las partes para comprometer en árbitros —ya iniciado un juicio—, el artículo 154 del Código de Procedimiento Civil, es diáfano en estatuir que dicha facultad haya sido otorgada de forma expresa e indubitable, cuando dispone que:

El poder faculta al apoderado para cumplir todos los actos del proceso que no estén reservados expresamente por la Ley a la parte misma; pero para convenir en la demanda, desistir, transigir, comprometer en árbitros, solicitar la decisión según la equidad, hacer posturas en remates, recibir cantidades de dinero y disponer de derecho en litigio, se requiere facultad expresa. (Destacado nuestro)

De suerte tal, que una vez intentada una demanda judicial mediante la interposición de cualquiera de las acciones contenidas en el catálogo arrendaticio (artículo 33 LAI), las partes de mutuo acuerdo podrán someterse en arbitraje arrendaticio, rigiéndose por las disposiciones contenidas en el artículo 608 y siguientes del CPC (visto que —como se dijo—, el acuerdo de arbitramento —para este único supuesto— tiene lugar una vez que ha sido instada la vía judicial). Caso en el cual, los apoderados judiciales de ambas partes, deberán de contar con un poder otorgado en el cual, de forma expresa, se les haya facultado para comprometer en árbitros y, especificándose a su vez, el carácter de los árbitros (de derecho o equidad) frente a los cuales quedarán comprometidos.

La ausencia de facultad expresa en el poder otorgado en beneficio de los representantes de las partes, inficionará de nulidad absoluta al acuerdo de arbitraje. Lo cual generaría la potencialidad de que sea declarada la nulidad del Laudo Arbitral que se llegue a consignar, de conformidad con lo previsto en el artículo 3 y literal a) del artículo 44, ambos de la Ley de Arbitraje Comercial.

Respecto del segundo de los supuestos expuestos, este es, el referido a los acuerdos o pactos compromisorios contenidos en una cláusula contractual o, mediante un acuerdo independiente; se observa, que similar exigencia deberán de reunir los representantes de las partes contratantes en cada caso.

En este segundo supuesto, cuando nos referimos a “representante”, lo efectuamos en sentido amplio, ya no en sentido restringido en cuanto a la figura del “apoderado judicial” (*supra*); pues, el carácter de representante no sólo podrá devenir de un documento poder otorgado a un abogado o no, sino también (y es lo más común a los fines contractuales), de las disposiciones estatutarias de una persona jurídica en particular o, en ejercicio de su normativa (vgr. El presidente de una C.A. puede tener dicha facultad de forma permanente por disposición de sus estatutos; la junta directiva de una C.A. en ejercicio de sus estatutos designa a un representante legal y, a este último se le autoriza para comprometer en árbitros a los fines contractuales; etc); o bien mediante un contrato de mandato entre personas naturales o entre una jurídica y una natural, entre otros supuestos.

En efecto, dispone el artículo 1.688 del Código Civil que:

El mandato concebido en términos generales no comprende más que los actos de administración. Para poder transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier acto que excede de la administración ordinaria, el mandato debe ser expreso. (Destacado nuestro)

En ese mismo sentido, el artículo 1.689 del Código Civil dispone que:

El mandatario no puede exceder los límites fijados en el mandato. El poder para transigir no envuelve el de comprometer.

Con lo cual —al igual que para el primer supuesto— resultará necesario que la persona que celebre el contrato de arrendamiento con cláusula compromisoria o, aquel que pacte un acuerdo independiente de arbitraje, deberá de contar con facultad expresa por medio del cual se le autorice para tal fin, pues de lo contrario, al carecer de capacidad suficiente para celebrar válidamente el compromiso arbitral, se degenerará en la nulidad absoluta del acuerdo, pacto

o cláusula según se trate. Comportando la incompetencia del tribunal arbitral que se llegue a constituir.

No obstante, en todos estos casos, más adelante trataremos el supuesto en el cual, aun habiéndose excedido el representante en sus propias facultades, esto es, habiéndose comprometido en árbitro sin tener facultad expresa para ello, persista la competencia del tribunal arbitral, mediante la subsanación del exceso efectuado por el mandatario, pero a través de una manifestación inequívoca e indubitable del mandante (la parte en estricto sentido) de querer someterse en arbitraje, lo cual implicaría, la no verificación de otras conductas procesales encaminadas al sometimiento voluntario para ante la jurisdicción ordinaria. (Supuestos que serán tratados en el próximo punto, con especial referencia al caso N° 001 del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas, que se constituyó en el primer caso de arbitraje institucional con la entrada en vigencia de la LAC).

IV. EFICACIA DEL ARBITRAJE FRENTE A LA JURISDICCIÓN ORDINARIA

En los puntos anteriores hemos venido tratando que la voluntad de las partes de someterse a un procedimiento arbitral se constituye en una excepción o exclusión del conocimiento ordinario de la jurisdicción y, como tal, exige para su procedencia una serie de requisitos o conductas procesales encaminadas a evitar cualquier manipulación o relajamiento indebido por parte de los querrelantes.

En ese sentido, como primer elemento fundamental para la procedencia de la excepción del acuerdo o pacto arbitral frente a la jurisdicción ordinaria, observamos como elementos fundamentales los siguientes: (i) la validez y eficacia del acuerdo, pacto o cláusula compromisoria, esto es, el apego y respeto de los requisitos y extremos que la legislación exige para que tales acuerdos surtan plenos efectos jurídicos, tanto en el campo sustantivo como el adjetivo y, por tanto, resulte eclipsado el conocimiento que por mandato constitucional detentan los tribunales ordinarios de la República para dirimir conflictos y controversias entre los ciudadanos. Entre los requisitos, encontramos tanto los atinentes a las estipulaciones contenidas en la cláusula o acuerdo arbitral, como también, los referentes a la capacidad suficiente de quienes, mediante la celebración del pacto o negocio que le contenga, procedan a comprometer en árbitros y; (ii) la existencia de conductas procesales de las partes en disputa, orientadas o tendentes a una inequívoca, indiscutible y no fraudulenta intención de someterse en arbitraje. Conductas éstas calificables como demos-

trativas de una incuestionable voluntad de no sometimiento al conocimiento de la jurisdicción ordinaria y, en su lugar, al Laudo Arbitral que a bien los árbitros designados lleguen a consignar.

Elementos éstos, de necesario examen, a los fines de determinar si la excepción de arbitraje es o no válida y procedente frente al conocimiento de la jurisdicción ordinaria; para lo cual sería perentorio, a su vez, el análisis de tres situaciones que de forma común, serán decisivas para el aludido examen a que hacemos referencia: a) La denominada "Renuncia Tácita al Arbitraje Arrendaticio"; b) La tentativa de "Fraude Procesal en el Arbitraje Arrendaticio"; y c) La posibilidad de subsanación de los defectos de que pudiere adolecer el acto que originaría la excepción de arbitraje.

1. Renuncia tácita

En puntos previos, hemos dejado en claro que la voluntad de sometimiento a la decisión de mérito contenida en un Laudo Arbitral, tanto mediante una cláusula compromisoria como también a través de un pacto independiente, se constituye en una "excepción" o eclipse legal al conocimiento que de ordinario detentan los Tribunales de la República para dirimir diferencias o disputas entre particulares y; en ese mismo sentido, que en aras de salvaguardar la seguridad jurídica de las partes, resultaba perentorio la búsqueda de mecanismos apropiados para evitar la relajación o manipulación fraudulenta de los medios de solución de conflictos, tanto judiciales como extrajudiciales (entre estos últimos el arbitraje).

En ese respecto, resultaba forzosa la verificación de una voluntad procesal de las partes sin vacilaciones o medias tintas, con una determinación inequívoca en la forma en que aspirasen dirimir sus disputas o diferencias. Con lo cual, una vez que haya sido perfeccionado el acto negocial contentivo de un compromiso arbitral o un acto independiente con carácter compromisorio, la propia legislación debía responder ante la posibilidad de que, cualquiera de las partes previamente comprometidas, optasen por medios de proceder distintos a la voluntad antes formulada.

En ese particular, las partes pueden —de mutuo— proceder a disolver —expresamente— el compromiso arbitral que les une, bien mediante un pacto independiente, bien mediante específicas exposiciones durante el desarrollo de una querrela judicial.

No obstante, puede obtenerse una renuncia tácita que se desprenda de sus conductas procesales en vía judicial; bien mediante: (i) la interposición de una

demanda judicial, en cuyo caso, dicha renuncia quedaría supeditada a la conducta procesal inmediata de la contraparte³ (infra), es decir, su eficacia se encontraría sometida a una condición suspensiva que directamente dependerá de si su adversario, expresa o tácitamente aviene en semejante postura, bien mediante una manifestación expresa en someterse a la decisión judicial en ciernes, o bien mediante la "ausencia de oposición en forma" de la excepción del compromiso arbitral; y (ii) la contestación de la demanda, sin que, una vez apersonado en juicio, el demandado no haya opuesto en "forma" la excepción de arbitraje; es decir, una doble condición: (a) Que la primera actuación del demandado no haya sido la de oponer la excepción; y (b) Que aun cuando la haya opuesto, esta última no haya sido en "forma", es decir, mediante el mecanismo procesal idóneo para solicitar la incompetencia del tribunal, en aras de que sea declarada su declinatoria en el Tribunal Arbitral a constituirse. (El mecanismo procesal idóneo bajo nuestra vigente legislación adjetiva, no sería otra sino la oposición de cuestiones previas, por incompetencia del Tribunal Judicial de conformidad con el ordinal 1º del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil).

Verificados cualquiera de ambos supuestos, se denotaría una manifiesta e indubitable renuncia respecto del pacto previo de sometimiento a un Laudo Arbitral. Una postura contraria a la expuesta, no haría otra cosa que promover la verificación de situaciones de dudosa convicción de parte, es decir, fomentaría la proliferación de oportunistas posturas procesales que por lo general, nos arrojarían al pernicioso vicio de cualquier procedimiento, como lo es, el denominado "fraude procesal".

La legislación y la doctrina comparada, no han vacilado en promover la sanción procesal consistente en considerar como una renuncia tácita al compromiso arbitral, a todos aquellos actos procesales encaminados a dar continuidad al conocimiento iniciado por un juez ordinario.

El Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional (firmado en Ginebra el 21 de abril de 1961), dispone en su artículo V, lo siguiente:

³ Visto que los contratos "tienen fuerza de ley entre las partes" sólo revocable por mutuo consentimiento (Art. 1.159 del Código Civil). De manera tal que, una vez interpuesta una demanda judicial, aun existiendo cláusula compromisoria o acuerdo independiente de arbitraje, nacerá la carga procesal para la otra parte, de acometer una actuación encaminada a disentar de dicha autónoma renuncia e, insistir en su propia voluntad de someter sus disputas en arbitraje y, por ende, solicitar del Tribunal Ordinario la declinatoria de competencia.

1. Toda excepción o declinatoria por incompetencia de Tribunal estatal basada en la existencia de un acuerdo o compromiso arbitral e intentada ante el Tribunal estatal ante el cual se promovió el asunto por una de las partes del acuerdo o compromiso arbitral *deberá ser propuesto por el demandado, so pena de pérdida de derechos por vencimiento del plazo, antes o en el mismo momento de presentar sus pretensiones o alegaciones en cuanto al fondo, según que la ley del país del tribunal considere tal excepción o declinatoria como una cuestión de derecho procesal o sustantivo.* (Cursivas nuestras)

En igual sentido, la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, aprobado por la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional el 21 de junio de 1985, el cual dispone en su artículo 8, lo siguiente:

1. *El Tribunal al que se someta un litigio sobre un asunto que es objeto de un acuerdo de arbitraje remitirá a las partes al arbitraje si lo solicita cualquiera de ellas, a más tardar, en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible.* (Destacado nuestro)

Por su parte, el autor Lluís Caballol Angelats, en su obra *El Tratamiento Procesal de la Excepción de Arbitraje*, efectúa un extenso análisis del artículo 11 de la Ley de Arbitraje de España (Ley 36/1988, de 5 de diciembre de 1988) norma que dispone que:

1. *El convenio arbitral obliga a las partes a estar y pasar por lo estipulado e impedirá a los Jueces y Tribunales conocer de las cuestiones litigiosas sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque inmediatamente a la oportuna excepción.*

2. *Las partes podrán renunciar por convenio al arbitraje pactado, quedando expedita la vía judicial. En todo caso, se entenderá que renuncian cuando, interpuesta demanda por cualquiera de ellas, el demandado o demandados realicen, después de personados en el juicio, cualquier actividad procesal que no sea la de proponer en forma la oportuna excepción.* (Destacado nuestro).

En ese sentido, el mencionado autor expresa que la norma recién transcrita contempla dos condiciones para que pueda verificarse la "renuncia tácita" que nos ocupa. En primer término, que el demandado haya realizado, después de personado en juicio, cualquier actuación distinta a oponer la excepción y; como segundo, que la excepción —en caso de haberse opuesto como primer acto procesal del demandado— no haya sido opuesta en "forma", esto es, conforme a la figura o mecanismo procesal idóneo para formalizarla en el proceso. (En el caso nuestro sería el de oponerla como cuestión previa de conformi-

dad con lo previsto en el ordinal 1º del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil).

Así, respecto del primer elemento para la verificación de la renuncia tácita —no oponer la excepción de arbitraje y, por ende no solicitar la declinatoria de competencia como primero e inmediato acto procesal del demandado—, Caballol Angelats sostiene que tal exigencia "...tiene por objeto evitar la deslealtad al exigir el cumplimiento de la sumisión. Actúa contra sus propios actos el que ante la presentación de la demanda interviene en juicio como si no existiera la sumisión y posteriormente la invoca para conseguir el efecto negativo. La necesidad de oponer la excepción surge cuando la contraparte exterioriza la voluntad de apartarse de lo acordado presentando la demanda. En este momento sólo la parte que todavía no ha intervenido en el proceso puede invocar la excepción. Por ello, una actuación ante los tribunales que no cuestione la continuación del litigio puede ser tenida en cuenta para estimar producida la renuncia tácita". (Op. Cit. Pág. 77)

En cuanto al segundo elemento que configuraría la renuncia tácita —la no oposición en "forma" de la excepción y, por ende, de la solicitud de declinatoria por incompetencia del tribunal ordinario—, el referido autor sostiene que: "El demandado, además de no haber realizado ninguna actuación después de personado en juicio, que no consista en alegar la excepción de arbitraje, debe oponerla en forma. La sanción por no hacerlo es la renuncia tácita". (Op. Cit. Pág. 88). En ese mismo sentido, que la expresión oponer en "forma" alude a que no bastará —para oponer adecuadamente la excepción— que la parte demandada haga alusión o exprese la existencia de un compromiso arbitral (en una cláusula contractual o un acuerdo independiente), sino que tal oposición debe efectuarse conforme a la especial técnica que el procedimiento legal establezca.

Así, expresa el comentado autor que: "...la excepción no ha sido opuesta en forma cuando es alegada por un cauce procesal distinto al previsto legalmente, cuando es alegada en un momento diferente o cuando se invoca de manera distinta a la prevista". (Op. Cit. Pág. 89).

En nuestro criterio, las consideraciones previas, si bien han sido elaboradas con base a la Ley de Arbitraje española, no obstante, resultan consonas y acordes con nuestro procedimiento civil ordinario y con la sana interpretación que de las normas de nuestra Ley de Arbitraje Comercial se haga. En ese sentido, no acoger los supuestos antes expuestos como una renuncia tácita, nos colocaría en un estado procesal destinado a la promoción de conductas procesales oportunistas y con una flagrante tentativa de fraude procesal. En ese

mismo particular, insistimos la pertinencia de los asertos previos para nuestro régimen procesal, máxime aun cuando, nuestra Ley de Arbitraje Comercial, fue redactada con una directa e indiscutible influencia de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, aprobado por la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional del 21 de junio de 1985; aspecto éste que se verifica cuando, inclusive, algunas de las propias disposiciones de la LAC, proceden a transcribir (casi literalmente), normas contenidas en dicha Ley Modelo (el caso del artículo 7 y 25 de la LAC, con el artículo 16).

La situación que nos ocupa —la renuncia tácita al compromiso arbitral— tuvo ocasión de verificarse en el ya aludido caso N° 001 del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas (caso: Desarrollos Inmobiliarios C.A. vs. Latina Publicidad Exterior C.A., el cual se constituyó en el primer caso de arbitraje institucional con la entrada en vigencia de la LAC), en donde la parte que solicitó el arbitraje (DI), previamente fue objeto de una demanda judicial por ante la jurisdicción ordinaria, para lo cual, siendo la oportunidad de vencimiento del plazo para el emplazamiento (20 día de despacho, artículo 344 del CPC), en lugar de oponer en forma la excepción de arbitraje por la existencia de una cláusula compromisoria (cláusula por lo demás viciada de nulidad absoluta por haber sido celebrada por un representante carente de facultad expresa para ello, por el otorgamiento de un poder insuficiente), mediante la oposición de una cuestión previa por incompetencia del Tribunal (ordinal 1º del artículo 346 del CPC); procedió a contestar el fondo de la demanda, sometiéndose expresamente a la decisión de mérito del Tribunal Ordinario, lo que indiscutiblemente configuró una "renuncia tácita" al compromiso arbitral.

En definitiva, siendo coherentes con la seguridad jurídica de las partes en conflicto, y en aras de erradicar la promoción de conductas procesales oportunistas, somos partidarios de predicar la renuncia tácita a los acuerdos arbitrales cuando: (i) interpuesta una demanda judicial, la demandada efectúe cualquier acto procesal que no sea la oposición de la excepción de arbitraje; y (ii) que aun cuando efectuada como primera actuación la oposición de la excepción de arbitraje, ésta no haya sido formalizada (*lato sensu*) a través del mecanismo procesal idóneo, el cual en nuestro régimen adjetivo, no es otro que la cuestión previa a que se refiere el ordinal 1º del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil.

2. La tentativa de fraude procesal

Una vez que las partes han celebrado un contrato de arrendamiento contenido de una cláusula compromisoria o de un pacto independiente de arbitraje para dirimir sus eventuales diferencias en torno al desarrollo, interpretación y terminación de una relación arrendaticia; resulta probable que en el ámbito procesal puedan acaecer conductas de índole adjetivo, destinadas a revertir la voluntad previa contenida en un compromiso arbitral.

En ese sentido, debe distinguirse de aquellas conductas, que si bien se encontrarán orientadas a revertir los efectos del compromiso arbitral, no obstante, no poseen una vocación de sorpresa o fraude en detrimento de la posición litigiosa de la parte co-contratante; de otras, manifiestamente destinadas a subvertir el sano y adecuado cauce procesal de las disputas y querellas que no sólo pueden evidenciar una postura acomodaticia de la parte frente a los resultados de uno y otro proceso, sino más grave aún, la inseguridad jurídica procesal que puede generar la existencia de causas y decisiones contradictorias, y el desarrollo de etapas y actos procesales en sumo grado inútiles o realizados en vano.

Al respecto, encontramos los siguientes supuestos, que a manera enunciativa exponemos para ilustrar el punto que nos ocupa:

(i) Que una de las partes proceda a demandar por ante la jurisdicción ordinaria, aun a sabiendas de la existencia previa de un compromiso arbitral, contenido tanto en una cláusula compromisoria como en un pacto independiente. En este supuesto, no podríamos reputar a tal conducta procesal como fraudulenta "per se" pues, las partes siempre quedarán en la libertad de disolver el pacto compromisorio (mutuamente). En ese sentido, ya hemos señalado que la interposición unilateral de una demanda judicial, se constituiría en una renuncia —aun no eficaz— condicionada a la voluntad de la contraparte; pues, si esta última aviene en proseguir la querrela judicial (tanto expresamente como tácitamente —*supra*—), sólo así, resultará desechado el compromiso arbitral antes celebrado; en caso contrario, esto es, en el supuesto que la parte demandada oponga en forma la excepción de arbitraje, no prosperaría la intención unilateral de renunciar al compromiso arbitral por parte del demandante judicial.

(ii) Otra conducta destinada a revertir o disolver al pacto o acuerdo compromisorio y, por ende, orientado a dejar expedita la vía judicial, sería un acuerdo autónomo y posterior, en el cual las partes, manifiesten —expresamente— su voluntad de apartarse del compromiso previamente celebrado. Supuesto este

último que en modo alguno, podría estimarse como fraudulento, cuando deviene de la voluntad bilateral de lo contratantes y, máxime aún, cuando no existe proceso instaurado alguno (tanto judicial como arbitral).

(iii) Conducta procesal que indiscutiblemente sí sería reputable como fraudulenta, aquella en la cual, una vez iniciada una contienda judicial y en la cual las partes voluntariamente se han sometido a la decisión de mérito de la jurisdicción ordinaria, posteriormente, cualquiera de aquellas pretenda hacer valer la cláusula o compromiso arbitral en aras de constituir un Tribunal Arbitral; pues como ha sido expuesto, el haber convenido en someterse al conocimiento de la jurisdicción ordinaria, se constituye en una renuncia tácita al acuerdo arbitral. De allí que el citado autor Caballol Angelats, sostenga que "...el tratamiento procesal de la excepción de arbitraje debe orientarse a reducir el mínimo el volumen de trabajo desarrollado por el tribunal en el momento de su resolución, y que así se evitará la posible actuación fraudulenta de la parte demandada con la consiguiente dilapidación de energía procesal. (Op. Cit. Pág. 92) (destacado nuestro). (Supuesto este último verificado en el caso N° 001 del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas, caso Desarrollos Inmobiliarios C.A. vs. Latina Publicidad Exterior C.A).

(iv) En similar sentido al supuesto anterior, —en cuanto reputar como una conducta orientada a generar fraude procesal—, aquella en la cual, las partes se orienten a la consecución de un procedimiento arbitral, esto es, hayan ya iniciado un procedimiento arbitral destinado a la constitución de un Tribunal Arbitral (por la existencia previa de cláusula o pacto compromisorio) y, posteriormente, cualquiera de ellas interponga una demanda judicial, aduciendo la ineficacia o invalidez de la cláusula compromisoria. En ese supuesto, resultará evidente la tentativa de fraude procesal, dado que, en primer término, la parte accionante judicialmente, estaría pretendiendo inobservar o sustraerse de un procedimiento arbitral no sólo al que se sometió expresamente al momento de su inicio, sino también, al que se comprometió al momento de contratar. En segundo término, en el supuesto en que sea alegada —por cualquiera de las partes— la invalidez de la cláusula compromisoria, el propio Tribunal Arbitral es competente para dilucidar dicha denuncia (artículos 7 y 25 de la LAC), siendo, que deberá ser opuesta —so pena de preclusión— dentro de las cinco (5) primeras audiencias del mencionado Tribunal Arbitral; supuesto este último —claro está— para el caso en que existiendo compromiso arbitral, las partes se hayan sometido expresamente al arbitraje y, no hayan renunciado tácita o expresamente a ello, mediante el sometimiento a las decisiones de mérito de la jurisdicción ordinaria.

Frente a todos estos supuestos de tentativa de fraude procesal, resulta pertinente lo expuesto por el autor alemán Walter Zeiss en su obra *El Dolo Procesal* quien asienta que "... la innovación de una posición jurídica es inadmisibles cuando está en contradicción con la conducta anterior del legitimado y la actual conducta procesal viola además la buena fe. La buena fe habrá sido violada cuando el adversario haya tenido razón para confiar en la conducta anterior del que ahora sale accionando, y se haya ajustado o acomodado por tanto a una determinada situación de hecho o de derecho". (Destacado nuestro). (Pág. 35).

3. Posibilidad de subsanación de los defectos de que pudiere adolecer el acto que originaría la excepción de arbitraje

En puntos previos, ya han sido tratados los requisitos que debe encerrar el pacto, cláusula o acuerdo compromisorio y, en ese sentido, discriminamos las estipulaciones mínimas que toda cláusula o acuerdo arbitral debe contener, así como también, la capacidad suficiente que deben tener todos aquellos representantes de las partes para poder comprometer en árbitros.

Ahora bien, aun cuando un acuerdo o cláusula compromisorio se encuentre viciada, bien por la ausencia de fundamentales estipulaciones, o por la incapacidad del representante de las partes, —en cuanto a la posibilidad de comprometer en árbitros—; no obstante, es probable que tales deficiencias sean subsanadas bien por la propia actitud diligente de las partes o por la aplicación supletoria de la legislación, esto último, como una solución legal ante el silencio de las partes en cuanto a las estipulaciones de rigor.

De seguido, algunos de los supuestos más comunes: (i) las partes no establecieron la duración máxima del procedimiento arbitral. En tal caso, la LAC dispone en su artículo 22 que ante tal silencio estipulatorio, la duración máxima del procedimiento arbitral y, por ende, el lapso para que los árbitros consignen su Laudo Arbitral, no excederá de seis (6) meses contados a partir del momento en que el Tribunal Arbitral se haya constituido. Dicho lapso pudiere ser prorrogado, de forma motivada, cuando las partes expresamente así lo solicitasen o bien, de oficio por parte de los árbitros; (ii) las partes no establecieron el carácter de los árbitros, es decir, no estipularon si los árbitros decidirían conforme a derecho o a la equidad (árbitros de derecho o arbitradores). Si el procedimiento ha de regirse por el CPC, ante el silencio de las partes, los árbitros se entenderán como arbitradores (de equidad), (Parágrafo Tercero del artículo 618 CPC). Si ha de regirse por la LAC, éstos ante el silencio de parte, se entenderán de derecho (artículo 8 LAC); (iii) las partes

no estipularon el lugar en donde funcionará el Tribunal Arbitral y el idioma a emplear. Tal silencio puede ser suplido por: i) la norma procedimental que se haya seleccionado (por ejemplo, el Reglamento de cualquier Centro de Arbitraje); ii) Por la propia voluntad posterior de las partes, que de mutuo acuerdo, procedan a subsanar tales omisiones; iii) Si no existe acuerdo posterior, el propio Tribunal Arbitral tomará la decisión en cuanto al lugar y al idioma (artículo 9 y 10 LAC); (iv) las partes no estipularon sus reglas de procedimiento (esto para el caso de que haya sido seleccionado un procedimiento arbitral independiente, pues, de haberse acogido uno institucional, resultará aplicable el Reglamento del Centro seleccionado). Las reglas procedimentales de la Ley de Arbitraje Comercial serán aplicables de forma supletoria (artículo 15 LAC); y (v) las partes no estipularon, a cabalidad, el procedimiento para la designación de los árbitros. Ante dicho silencio reproducimos los asertos expuestos en el Capítulo III, punto "2. Requisitos y Modalidades de cláusulas y sus consecuencias jurídicas" y, otros que serán tratados *infra*. No sin reiterar en esta ocasión, que tal omisión pudiera acarrear (según los casos), la necesidad de participación de un Juez de Primera Instancia competente (artículo 17 LAC).

Por otra parte, en cuanto al defecto referido a la incapacidad del representante, esto es, para el caso en que se haya celebrado un contrato contentivo de una cláusula compromisorio o un pacto independiente de arbitraje y, algún representante de las partes careciere de suficiente capacidad para comprometer en árbitros, visto que, dicha disposición —la de comprometer en árbitros— es reputable como aquellas que exceden la simple administración (aspecto tratado *supra*); encontramos que, tal deficiencia puede ser subsanada pero sometida a una serie de condiciones y a la no verificación de conductas procesales contrarias u opuestas a tal subsanación.

En efecto, la doctrina civilista es pacífica en aceptar que el mandante puede ratificar y otorgar su aceptación a los actos que, en exceso, el mandatario pueda haber realizado (expresa: mediante una declaración inequívoca o, tácita mediante actos de los cuales se pueda desprender su anuencia), tal y como lo constituiría el supuesto en el cual, un representante de alguna de las partes haya resultado "comprometida" en árbitros, sin tener la facultad expresa para ello.

En ese sentido, el mandante podría al momento de interponer una solicitud de arbitraje, expresar que aun cuando el mandatario no tenía facultad expresa para comprometer en árbitros al momento de la celebración del contrato o del pacto independiente, no obstante, en ese mismo acto ratifica el exceso y, por ende, procede a someterse al Laudo Arbitral que los árbitros designados lleguen a consignar.

En igual sentido, para el caso en que sea la otra parte celebrante la que interponga la solicitud de arbitraje, y el otro mandante proceda (expresa o tácitamente) a igualmente someterse al procedimiento arbitral.

Es pues, necesario en definitiva, que el mandante proceda mediante un acto expreso o tácito a convalidar el exceso de su mandatario.

Tal situación no sería verificable —la ratificación o subsanación de los excesos— cuando el mandante haya efectuado actos vacilantes o no consonos con la pretendida ratificación de los excesos de su mandatario. En ese sentido, que el mandante haya otorgado —por ejemplo— otro poder o mandato a otra persona a los fines de contestar una demanda judicial con el objeto de contestar el fondo de la misma y, a su vez, someterse expresamente a la decisión de mérito de la jurisdicción ordinaria; para luego entonces — en evidente fraude procesal *supra*— pretender subsanar el exceso de su primer mandatario mediante la solicitud de arbitraje (Situación verificada en el caso N° 001 del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas. "Desarrollos Inmobiliarios C.A. vs. Latina Publicidad Exterior C.A).

En definitiva, para el caso en que el representante de alguna de las partes haya celebrado un contrato con cláusula compromisoria o un pacto arbitral independiente, sin tener facultad expresa para ello, esto sólo será subsanable por el mandante, cuando de forma expresa o tácita se desprenda una inequívoca actitud encaminada a su ratificación.

V. PROCEDIMIENTO

Previamente hemos tratado lo referente a la base legal aplicable al procedimiento arbitral, es decir, las reglas adjetivas que regirán el desarrollo del controvertido en sede arbitral; siendo, que LAC, el CPC y los Reglamentos de los Centros de Arbitraje, se aplicarían directa o supletoriamente, según los casos⁴.

⁴ • Para el caso de los arbitrajes institucionales: (a) El procedimiento previsto en el propio Reglamento del Centro de Arbitraje seleccionado, el cual, a su vez, deberá cumplir con las exigencias mínimas previstas en la LAC. Este supuesto se aplica cuando las partes hayan hecho sólo alusión (en la cláusula compromisoria o en el acuerdo independiente) al Centro de Arbitraje seleccionado —sin aludir al procedimiento a seguir— o, hayan estipulado, no sólo el Centro de Arbitraje seleccionado, sino también, que el procedimiento a seguir sea el previsto en el Reglamento de dicho Centro. Para todos estos casos, el Reglamento del Centro de Arbitraje seleccionado, regirá todo lo referente a las notificaciones, la constitución del tribunal, la recusación y reemplazo de árbitros, las tarifas administrativas, los honorarios de los árbitros y, todo lo concerniente a la tramitación.)

Dependiendo del procedimiento que resulte de inmediata aplicación, según el tipo de arbitraje seleccionado y del resto de las estipulaciones de las partes (en la cláusula compromisoria o pacto independiente); serán verificadas algunas variaciones procedimentales; más sin embargo, en todos ellos podrá observarse la existencia de etapas básicas o fundamentales en todo procedimiento que se repunte como arbitral.

1. Constitución del Tribunal Arbitral

El acuerdo arbitral puede estipularse a través de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o a través de un pacto independiente; así pues, dependiendo del arbitraje seleccionado (Independiente o Institucional) —*supra*—, aquella parte que estime perentorio instar la consecución del procedimiento arbitral ante cualquier desavenencia, disputa o diferencia sobre el desarrollo, ejecución, interpretación o terminación de la relación arrendaticia, podrá interponer su solicitud de arbitraje por ante el Centro de Arbitraje seleccionado o por ante los árbitros previamente designados o, en este último caso, por ante la persona o autoridad a quien se haya confiado tal designación de ser el caso.

Al momento de interponer la solicitud de arbitraje por ante el Centro de Arbitraje (Arbitraje Institucional) o por ante los árbitros designados previamente o, al menos ante la persona o autoridad acordada para que los designe (Arbitraje Independiente), dicha parte deberá exponer sus razones de hecho y de

consecución del procedimiento arbitral en general (artículo 12 LAC). (b) También el procedimiento previsto en la LAC, aun cuando, como se dijo, las partes hayan estipulado la consecución del arbitraje por ante un Centro de Arbitraje específico. Este supuesto sólo se aplica, en el único caso en que las partes, una vez fijado el Centro de Arbitraje, estipulen expresamente no someterse al Reglamento establecido por el Centro y, en su lugar, opten por acoger el previsto en la LAC. (c) Incluso, cualquier procedimiento especial que las partes voluntariamente hayan convenido, aun cuando, igualmente hayan pactado constituir el Tribunal Arbitral por ante un Centro de Arbitraje. Este supuesto se aplica cuando, expresamente, las partes estipulen someterse a un procedimiento especial (bien determinado), dejando por sentado, a su vez, que no se someterán al procedimiento previsto en el Reglamento del Centro de Arbitraje seleccionado.

• Respecto del arbitraje independiente: (a) Aquel procedimiento especial que las partes expresamente convengan. (b) El Procedimiento previsto en la LAC, para el único supuesto en que las partes guarden silencio sobre el procedimiento a escoger, tanto en la oportunidad de celebrar el "pacto o acuerdo compromisorio independiente" o a través de la inclusión de una "cláusula compromisoria" en un contrato de arrendamiento.

• Respecto del arbitraje pactado en vía judicial: El Procedimiento previsto en el artículo 608 y siguientes del CPC, cuando el pacto o acuerdo arbitral se celebre durante el desarrollo y consecución de un juicio ordinario.

derecho, así como también, efectuar la designación del árbitro de rigor, esto es, seleccionar el árbitro cuya elección le corresponde dentro del listado de árbitros del Centro de Arbitraje (en el caso de Arbitraje Institucional). Acotamos que para facilitar el estudio de las presentes alternativas y situaciones, léase el Cap. "III. El Acuerdo Compromisorio" y, en particular, el punto 2. "Requisitos y Modalidades de cláusulas y sus consecuencias jurídicas", pues como señalamos antes, existe una diversidad de supuestos y situaciones que variarán de acuerdo a las estipulaciones efectuadas por las partes bien en la cláusula compromisoria o en un pacto independiente.

Dicha última acotación —en cuanto a la diversidad de supuestos y remisión al lector al punto 2 del Cap. III— en el sentido de que el *iter* natural para la iniciación del procedimiento arbitral debe cumplir con:

(i) **La designación de los árbitros**, la cual puede ser del listado del Centro de Arbitraje seleccionado, supuesto este último en el cual se puede presentar **contumacia** de la otra parte, no sólo para formalizar (no acudir al Centro de Arbitraje a contestar la solicitud de arbitraje) sino también, no proceder a designar el árbitro de rigor, en cuyo caso, el propio Reglamento del Centro, estipulará la forma en que se suplirá dicho silencio que, por lo general, consiste en la designación de oficio de dicho tercer árbitro (el que correspondía a la parte contumaz) según el acuerdo del árbitro designado por la parte solicitante del arbitraje y el árbitro designado por el propio Centro. En el caso en que la **contumacia** de la otra parte se verifique ante un arbitraje independiente, cuyos árbitros ya hayan sido designados en el propio acuerdo o cláusula arbitral, obviamente no existirá inconvenientes a ese respecto —en lo que se refiere a la designación de los árbitros—. No obstante, de haberse optado por un arbitraje independiente sin haberse estipulado quiénes serían los árbitros, la parte solicitante del arbitraje, deberá acudir ante un Tribunal de Instancia competente, a los fines de suplir dicha **contumacia** de la contraparte para tales fines (artículo 17 LAC).

(ii) Los árbitros pueden ser recusados por las partes y podrán inhibirse (artículo 35 y siguientes de la LAC) por los mismos motivos contemplados en el Código de Procedimiento Civil (artículos 82 y 84). Esto aunado a su vez, por la disposición constitucional prevista en los artículos 253 y 258, que consagran que los medios alternativos de justicia o solución de conflictos —entre éstos el arbitraje— forman parte del sistema judicial.

(iii) Una vez designados los árbitros (con o sin contumacia de alguna de las partes); deberán de manifestar su aceptación de forma escrita, dentro de un lapso perentorio que establezca el Reglamento del Centro de Arbitraje, la LAC o las

reglas independiente (según las reglas que resulten aplicables —*supra*—). Una vez que hayan aceptado el número de árbitros que corresponda (cuyo número siempre deberá ser impar), deberá **constituirse el Tribunal Arbitral**, en cuya primera oportunidad se fijarán sus honorarios y los costos administrativos del Centro (de ser arbitraje institucional) o del procedimiento mismo (de ser arbitraje independiente), ello, de conformidad con las reglas que en tal sentido sean aplicables por el Reglamento del Centro de Arbitraje, o bien por la voluntad de los árbitros (según el caso).

(iv) Las partes deberán de **sufragar los gastos administrativos y los honorarios de los árbitros**, conforme a lo estipulado en el Reglamento o a lo acordado en la instalación del Tribunal, dentro de un lapso perentorio establecido en dicho Reglamento o en la LAC (artículo 20). La no consignación de tales gastos, se entenderá como una "**renuncia tácita**", caso en el cual, el Tribunal Arbitral podrá archivar el expediente y las partes podrán recurrir ante los Tribunales ordinarios. No obstante, la **contumacia** de alguna de las partes, no afectará a la otra, en el sentido de que, aquella que quiera continuar con el procedimiento, podrá subrogarse —transitoriamente— en los gastos de la otra (cuyo monto recobraría con la condenatoria en costas). La no consignación de los gastos y honorarios, puede ser una sanción procesal —como hemos señalado— prevista en el numeral 1 del artículo 33 de la LAC.

(v) Constituido como haya sido el Tribunal Arbitral (cubierta la designación definitiva de los árbitros; decidida la incidencia de recusación o inhibición —*infra*—), y efectuado el pago de los gastos (honorarios y erogaciones administrativas) el cual puede ser conjunto o con subrogación parcial ante la contumacia de alguna parte; dicho Tribunal deberá de citar, para que dentro de un lapso perentorio (lapso previsto en el Reglamento o en la LAC: artículo 23, según los casos —*supra*—) tenga lugar la **primera audiencia de trámite con el objeto de que sea suscrita la ACTA MISIÓN**, por el cual se fije, conforme a las estipulaciones de la cláusula compromisoria o pacto, las reglas procedimentales aplicables (Reglamento del Centro, la LAC, o reglas independientes y particulares según los casos —*supra*—): (a) El procedimiento a seguir, su duración y forma, entiéndase, la fase de sustanciación y decisión; las pruebas admisibles, el o los árbitro(s) que fungirían como director(es) de la sustanciación y todas y cada una de las estipulaciones que en rigor sean necesarias para la adecuada consecución del procedimiento arbitral; (b) El tema **decidendi**, esto es, el ámbito o materia sujetas al Laudo Arbitral (vgr: la disputa puede versar sobre la terminación de un contrato de arrendamiento o sólo a quiénes corresponda efectuar las reparaciones mayores, etc.), este último punto es de vital importancia, a los fines de probar una eventual *ultra o minus*

petita para la interposición de una acción de nulidad contra el Laudo Arbitral por ante un Tribunal Superior competente (literal d del artículo 44 LAJ); (c) Intimamente relacionado con lo anterior, la *trabazón de la litis*, esto es, que las partes hayan expuesto sus puntos y argumentos de hecho y de derecho, a los fines de que resulte establecido sobre qué deberá versar el Laudo Definitivo.

Por otra parte, ya hemos hecho alusión al supuesto por el cual, aun no existiendo —de forma previa— cláusula o acuerdo arbitral, las partes de mutuo acuerdo, avengan en someterse expresamente a un procedimiento arbitral, el cual pudiere ocurrir, mediante la celebración de un pacto compromisorio independiente. Este a su vez, con ocasión a: (i) una querrela judicial iniciada, en cuyo caso, dicho pacto será celebrado en vía judicial y siguiendo el procedimiento previsto en el CPC (primer aparte del artículo 608) o bien, (ii) mediante la suscripción de un acuerdo o pacto que adherirían al contrato inicial de arrendamiento. En todos estos casos —los de un compromiso arbitral so-brevenido— deberán de efectuarse todas y cada una de las estipulaciones de rigor y, por ende, la verificación de los pasos y etapas antes expuestas, esto, de conformidad con la legislación aplicable para cada caso —*supra*—.

2. Consignación arrendaticia en el procedimiento arbitral

Con ocasión al desarrollo del Cap. I, tuvimos ocasión de delinear los supuestos susceptibles de ser sometidos al conocimiento de un Tribunal Arbitral mediante la decisión de mérito vertida en un Laudo definitivo y, en tal sentido, acotamos que la consignación arrendaticia (artículo 51 LAI), si es materia susceptible de ser ventilada por ante un Tribunal Arbitral, en lo que respecta a la valoración de ésta, esto es, sobre la valoración si la misma ha sido o no, —en términos de la LAI— “legítimamente efectuada” y sin que se pueda cercenar, a cualquiera de las partes, de la posibilidad de proceder a consignar por ante el Tribunal de Municipio competente por la “ubicación del inmueble”.

En ese mismo sentido, sostenemos que la posibilidad jurídico-procesal que tiene el arrendatario de consignar los cánones de arrendamiento, ante el rehusamiento en recibirlos por parte del arrendador, no resultaba vedada u obstaculizada por el hecho de que las partes se hayan comprometido —por cualquier vía o forma— a un procedimiento arbitral.

Así pues, es procedente la posibilidad de valorar, apreciar o determinar que una consignación inquilinaria (artículo 51 LAI; derogado artículo 5 DLDV), ha sido o no, legítimamente efectuada (artículo 56 LAI); por parte de un Tribunal Arbitral —por cualquier acción intentada—, a los fines de dilucidar si el inquilino está solvente o no (vgr: se ha demandado en arbitraje por resolución

del contrato de arrendamiento por falta de pago y el arrendatario alega estar solvente por haber consignado en forma “legítima”).

Circunstancia de valoración esta última disimil —la de que el Tribunal Arbitral aprecie la consignación— a la posibilidad de que el arrendatario (sometiéndose voluntariamente en arbitraje, bien mediante cláusula compromisoria en el contrato, bien mediante un acuerdo independiente), renuncie a la posibilidad de poder ocurrir al Tribunal de Municipio competente por la ubicación del inmueble, para consignar los cánones de arrendamiento para el supuesto en que el arrendador rehúse recibirlos. Dicha hipotética estipulación —la renuncia a la posibilidad de consignar ante un Juez de Municipio— si estaría inficionada de nulidad absoluta, por los motivos ya expuestos en páginas anteriores (artículo 7 LAI).

Así pues, la circunstancia de que las partes se hayan comprometido en árbitros y que, dicho procedimiento se instaure, no es óbice para que el arrendatario haya podido —ante el rehusamiento del arrendador— proceder a consignar los cánones de arrendamiento por ante el Tribunal de Municipio competente por la ubicación del inmueble.

Si el rehusamiento ocurre, durante la tramitación del procedimiento arbitral, sostenemos que el arrendatario **podrá consignar por ante el Tribunal Arbitral ya constituido**, en el único supuesto en que, tal posibilidad, se haya previsto en la cláusula arbitral o, al menos, en el Acta Misión (*supra*) suscrita por ambas partes pues, tal situación es totalmente similar —*mutatis mutandis*— a la posibilidad misma del arbitraje, esto, en el sentido de que tal acuerdo constituye una renuncia válida al conocimiento de la Jurisdicción Ordinaria, de suerte tal que, si tal posibilidad —la consignación ante el Tribunal Arbitral— no ha sido aceptada (vía cláusula o pacto compromisorio; o Acta Misión), no puede ninguna de las partes oponerla a la otra de forma unilateral.

No obstante, en caso de que no se haya previsto o pactado —de mutuo— dicha posibilidad por ante el propio Tribunal Arbitral, ello no es obstáculo para que, durante el transcurso del procedimiento arbitral, el arrendatario proceda a consignar por ante el Tribunal de Municipio competente por el lugar del inmueble y, acompañe por ante el Tribunal Arbitral, copia simple o certificada de dicha consignación arrendaticia (obviaremos discusiones sobre el valor en vía arbitral de las copias. En todo caso, no existirán dudas sobre el valor probatorio de la certificada, mientras que respecto de la simple, puede tenerse como legalmente reconocida en caso de que la contraparte no la impugne).

En todo caso, efectuadas como hayan sido las consignaciones por ante un Tribunal de Municipio, el arrendador no necesitará en forma alguna, autori-

zación o anuencia del Tribunal Arbitral para retirarlas. En igual sentido, la circunstancia de que sean retiradas —únicamente por parte del arrendador— no obra contra él, es decir, no significan en modo alguno una renuncia o contradicción para con sus alegaciones y su causa *petendi* (Salvo que el tema *decidendi* del arbitramento sea, obviamente, la falta de pago). Criterio éste último doctrinario y jurisprudencial que loablemente la LAI tuvo ocasión de recoger en su artículo 52.

En ese mismo sentido, Laudo Interlocutorio de fecha 5 de enero de 1999, dictado por los árbitros designados (Dr. José Luis Aguilar Gorrondona; Dr. Francisco López Herrera y Dr. Luis Alfredo Araque Benzo), en el caso N° 001 del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas (caso: Desarrollos Inmobiliarios C.A. vs. Latina Publicidad Exterior C.A), en donde los apoderados judiciales de la demandante (D.I.), "solicitaron la autorización para retirar las cantidades depositadas judicialmente"; frente a lo cual el mencionado Tribunal Arbitral asentó que:

En relación con el pedimento de autorización para retirar las aludidas sumas de dinero, cabe señalar: 1) que DESARROLLOS INMOBILIARIOS, C.A. no necesita autorización alguna del Tribunal Arbitral para efectuar los aludidos retiros; 2) que el Tribunal Arbitral no tiene poder ni facultad legal alguna para autorizarlos ni para prohibirlos; y 3) que tampoco es potestad del Tribunal impedir las consecuencias jurídicas de determinado supuesto de hecho.

Por todo ello, al Tribunal Arbitral no le es legalmente posible acoger, por vía de medida cautelar innominada, la referida solicitud de la parte actora. (Negrillas del Laudo).

3. Desistimiento tácito

A lo largo del presente capítulo, hemos expuesto que el compromiso arbitral se constituye en una renuncia válida al derecho constitucional que posee todo ciudadano (artículo 26 CRBV), de hacer valer sus pretensiones por ante los Tribunales Ordinarios y, en su lugar, acogerse —voluntariamente— a un medio alternativo de conflicto (artículo 258 CRBV) cuya definición se encontrará contenida en un Laudo emitido por otros particulares designados de conformidad con la legislación.

En ese sentido, "en virtud del acuerdo de arbitraje las partes se obligan a someter sus controversias a la decisión de árbitros y renuncian a hacer valer sus pretensiones ante los jueces. El acuerdo de arbitraje es exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria". (Artículo 5 LAC).

Así pues, las partes deben de mantener durante todo el *iter* arbitral una disposición inequívoca e indubitada, en cuanto a someterse al Laudo que habrá de dictarse, es decir, verificar actitudes procesales encaminadas a no contrariar el compromiso arbitral antes suscrito, pues, de ocurrir tales vacilaciones, la sanción procesal no será otra que liberar la excepción, esto es, aperturar una vez más la vía judicial, resultando ésta expedita ante cualquier acción que se pretenda incoar.

En ese último particular, se observa, que las partes deberán —como obligación procesal— **sufragar los gastos administrativos y los honorarios de los árbitros**, conforme a lo estipulado en el Reglamento del Centro de Arbitraje (Arbitraje Institucional) o a lo acordado en la instalación del Tribunal (Arbitraje Independiente), dentro de un lapso perentorio establecido en dicho Reglamento o en la LAC (artículo 20).

En ese sentido, la no consignación de tales gastos y honorarios, se entenderá como una "renuncia tácita", caso en el cual, el Tribunal Arbitral podrá archivar el expediente y, las partes podrán recurrir ante los Tribunales ordinarios. Sanción ésta procesal, que encuentra su justificación, no sólo por los asertos antes expuestos, en cuanto a que la normativa adjetiva entiende que si las partes no insisten en la adecuada consecución del arbitramento, debe cesar la excepción ante la jurisdicción ordinaria (Último aparte del artículo 20 y numeral 1 del artículo 33, ambos de LAC); sino también, la circunstancia de que no puede aparejarse a los árbitros y al Centro de Arbitraje (de ser el caso) una carga económica.

No obstante, la **contumacia** de alguna de las partes, no afectará a la otra, en el sentido de que, aquella que quiera continuar con el procedimiento, podrá subrogarse —transitoriamente— en los gastos de la otra (cuyo monto recobraría con la condenatoria en costas).

4. Designación de los árbitros

Con ocasión al desarrollo de puntos anteriores, hemos tratado con detenimiento lo referente a las diversas situaciones y alternativas en torno a la designación de árbitros; ello, no sólo desde el punto inicial o preliminar consistente en las estipulaciones contenidas en la cláusula o pacto arbitral, sino también, en la forma en que las partes pueden proceder a designar los árbitros una vez interpuesta la solicitud de arbitraje y, a su vez, la solución ante la contumacia de alguna de ellas para tales fines.

Nos corresponde en esta ocasión, referirnos a la Designación "Ad hoc" de árbitros, esto es, aquella designación en donde alguna de las partes, aun a pesar

de basar su principal alegato en solicitar la "declinatoria de competencia" por parte del Tribunal Arbitral —próximo a constituirse—, por estimar que el compromiso arbitral es nulo e ineficaz; no obstante, designa a un árbitro sin que ello, en modo alguno, implique una contradicción con su *petitum* principal, o que tal designación, pueda interpretarse como un "sometimiento" al Laudo Arbitral (Segundo aparte del artículo 25 LAC).

En similar sentido, la Ley Modelo Sobre Arbitraje Comercial Internacional aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional el 21 de junio de 1985, la cual sirvió de auténtico modelo para la Ley de Arbitraje Comercial venezolana (G.O. N° 36.430 del 7 de abril de 1998); cuando dispone en su artículo 16.2 (dicho artículo fue reproducido por el artículo 25 de LAC) que:

La excepción de incompetencia del Tribunal arbitral deberá oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación. (El artículo 25 LAC, modifica dicho lapso hasta el quinto día hábil después de la primera audiencia). Las partes no se verán impedidas de oponer la excepción por el hecho de que hayan designado a un árbitro o participado en su designación.

Tal posibilidad —la designación "Ad hoc" de árbitro— sólo encuentra justificación en los siguientes presupuestos, pues, ¿Qué sentido tendría, designar un árbitro, si lo que se pretende es que no se continúe con la consecución del procedimiento arbitral?

El Tribunal Arbitral es competente para dilucidar sobre su propia competencia (artículos 7 y 25 LAC), esto es, tiene plena facultad no sólo para fijar y establecer que es competente en un caso concreto; sino también, la posibilidad de entablar un conflicto negativo o positivo de competencia frente a otro Tribunal Arbitral o frente a otro Tribunal Ordinario. En ese sentido, ante un conflicto negativo o positivo de competencia (Negativo: ambos se declaran incompetentes. Positivo: ambos se declaran competentes), tanto entre Tribunales Arbitrales como entre uno Arbitral y otro Ordinario, estimamos que será el Tribunal Superior Competente común a ambos, conforme a: (i) el domicilio procesal que hayan escogido las partes en el contrato de arrendamiento vía cláusula compromisoria o, en su defecto (ii) por la ubicación del inmueble. Tal postura en considerar al Tribunal Superior común a ambos como competente, en el sentido de que: (i) la LAC (artículo 43), prevé la posibilidad de demandar la nulidad del Laudo por parte del Tribunal Superior competente al lugar donde se dictó el Laudo y (ii) porque ante el silencio de la LAC al respecto, resulta de aplicación supletoria el CPC (artículos 70 y sigs).

Dicha posibilidad —la recién expuesta— no la pierde el Tribunal Arbitral, aún cuando, cualquiera de las partes haya alegado la nulidad o invalidez del acuerdo o cláusula arbitral.

En igual sentido, porque aun alegándose la nulidad del contrato en su totalidad; ello no afecta la validez y eficacia de la cláusula compromisoria, la cual puede analizarse de forma independiente (vgr. puede ocurrir que algunas cláusulas del contrato se encuentren irradiadas de nulidad, empero, la cláusula compromisoria se válida y, viceversa).

Así pues, en definitiva, "*Las partes no se verán impedidas de oponer la excepción (de incompetencia del Tribunal Arbitral) por el hecho de que hayan designado un árbitro o participado en su designación*". (Segundo aparte del artículo 25 LAC)

Por último, estimamos pertinente recomendar, que ante la eventualidad de que: (i) Se haya renunciado "tácitamente" al compromiso arbitral (*supra*) mediante un sometimiento expreso a la jurisdicción ordinaria y/o (ii) La cláusula compromisoria o acuerdo sea nulo e ineficaz (*supra*), entre otros motivos por la incapacidad del representante de algunas de las "obligadas" (incapacidad para comprometer en árbitros) y; no obstante, alguna de las partes, posteriormente (en flagrante tentativa de fraude procesal —*supra*—), intente una solicitud de arbitraje ante el Centro de Arbitraje respectivo (Arbitraje Institucional) o ante los árbitros designados (Arbitraje Independiente); será prudente que la parte que oponga la excepción de incompetencia por los motivos expuestos u otros (solicitud de declaratoria de incompetencia por parte del Tribunal Arbitral), proceda a efectuar la designación "Ad hoc" del árbitro de rigor (artículo 7 y 25 LAC), pues, de lo contrario, será casi inexorable que ante su silencio (y aun cuando sus alegatos de incompetencia sean procedentes), que se proceda a designar el árbitro cuya elección le correspondía, ello, por intermedio de un Juez de Primera Instancia competente (caso Arbitraje Independiente, artículo 17 LAC), o bien por la voluntad del árbitro designado por la otra parte y el designado por el Centro de Arbitraje (caso de Arbitraje Institucional, cuyos Reglamentos, por lo general, prevén esta solución en caso de contumacia de alguna de las partes para designar árbitros).

5. La ausencia de laudos interlocutorios, salvo en los casos en que se evite dilapidación de energía procesal

Si bien el artículo 27 de la LAC, dispone que "*En el procedimiento arbitral no se admitirán incidencias*", ello en virtud del *desideratum* que inspira la normativa que regula la institución del arbitraje mismo; no obstante, ya la

doctrina y la legislación comparada han admitido la posibilidad de que el Tribunal Arbitral pueda, según los casos, emitir decisiones o Laudos interlocutorios o preliminares cuando, precisamente, estos sean imprescindibles o cónsonos con el afán de depurar al procedimiento arbitral de actuaciones o actos de ejecución inútil, esto es, cuando las excepciones opuestas a ser resueltas por alguna incidencia, se encuentren destinadas a producir efectos definitivos o conclusivos del propio procedimiento arbitral.

Tratadistas de vieja data como Ugo Rocco en su obra *Tratado de Derecho Procesal Civil* (Tomo I, Pág. 174), sostienen la posibilidad de Laudos interlocutorios, a cuyo efecto se asiste de la doctrina de Casación Italiana, en donde se asentó que:

Los Laudos arbitrales parciales son admisibles. La sentencia parcial no está vinculada con la estructura propia del proceso ordinario, y menos todavía es incompatible con el proceso arbitral. Se dirige ella a satisfacer un interés de las partes, que puede tener urgencia de proveerse de un título ejecutivo y de obtener un pronunciamiento constitutivo o de declaración de certeza sobre los puntos de la litis que más le apremian o respecto de los cuales la decisión presenta carácter de inaplazabilidad desde el punto de vista práctico. (Casación, 7 de mayo de 1952, n. 1.275). (Destacado nuestro)

Bajo el imperio del vigente Cód. Proc. Civ. No se excluye la posibilidad de emitir sentencias arbitrales parciales (Casación, 8 de marzo de 1951, n. 569, "Giur. II", I.I.392).

El vigente Cód. Proc. Civ. No excluye la posibilidad de emitir laudos arbitrales parciales (Casación, 21 de marzo de 1953, n. 729, "Foro II", 1953, I, 1079).

Por su parte, la Ley de Arbitraje española (*supra* citada) 36/ 1988 (B.O. núm. 293, de 7 de diciembre de 1988), permite la solución *in limine litis* de la excepción de incompetencia del Tribunal Arbitral, permitiendo a su vez, que las partes puedan recurrir frente a tal decisión, pero una vez que haya finalizado el procedimiento arbitral mediante un Laudo definitivo; así dispone su artículo 23 que:

1. *La oposición al arbitraje por falta de competencia objetiva de los árbitros, inexistencia, nulidad o caducidad del convenio arbitral deberá formularse en el momento de presentar las partes sus respectivas alegaciones iniciales.*

2. *Si los árbitros estimaren la oposición planteada sobre las cuestiones del párrafo anterior quedará expedito el acceso a los órganos jurisdiccionales para la solución de la cuestión litigiosa sin que quepa recurso contra la decisión arbitral. La decisión arbitral desestimatoria sobre estas cuestiones podrá impugnarse, en su caso, al solicitarse la anulación judicial del laudo.*

3. *En todo caso, la falta de competencia objetiva de los árbitros podrá ser apreciada de oficio por éstos aunque no hubiese sido invocada por las partes.* (Destacado nuestro)

Por su parte la Ley modelo UNCITRAL (*Supra citada*) en su artículo 16.3 (la totalidad de dicho artículo 16 fue parcialmente transcrito en el artículo 25 de la LAC), también otorga una solución satisfactoria ante el punto que nos ocupa, en el sentido de que, permite al Tribunal Arbitral dirimir *in limine litis* sobre todas aquellas excepciones que le hayan sido opuestas y, entre éstas, la oposición de incompetencia del Tribunal Arbitral. En ese sentido, dispone la referida norma que:

3. *El Tribunal arbitral podrá decidir las excepciones a que se hace referencia en el párrafo 2 (referido a la excepción de incompetencia del Tribunal Arbitral —supra) del presente artículo como cuestión previa o en un laudo sobre el fondo. Si, como cuestión previa, el Tribunal arbitral se declara competente, cualquiera de las partes, dentro de los treinta días siguientes al recibo de la notificación de esa decisión, podrá solicitar del Tribunal competente, conforme a al artículo 6° que resuelva la cuestión, y la resolución de este Tribunal será inapelable; mientras esté pendiente dicha solicitud, el Tribunal arbitral podrá proseguir sus actuaciones y dictar un laudo.* (Destacado nuestro)

Como se observa, dicha Ley Modelo UNCITRAL (la cual sirvió de auténtico modelo de la LAC) otorga la posibilidad de que, opuesta como haya sido una excepción de incompetencia del Tribunal Arbitral, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje, dicho Tribunal proceda a decidir sobre éstas, mediante un Laudo Interlocutorio; ello, con el único objeto de disipar la consecución inútil de actos procesales en el caso de que las excepciones sean estimadas como pertinentes. Inclusive, permite a las partes recurrir contra el fallo dictado por el Tribunal Arbitral por ante un Tribunal Ordinario (que conforme a la LAC, sería un Tribunal Superior).

Frente a lo cual se observa, paradójicamente, que aun cuando el legislador patrio (LAC) se inspiró en la citada ley modelo UNCITRAL; no obstante, no procedió a reproducir la solución que dicho artículo 16.3 otorga, pues como se observa del artículo 25 de la LAC, dicha "copia parcial" sólo se limitó en conferir al Tribunal Arbitral, la antes aludida facultad para decidir sobre su propia competencia sin establecer —a diferencia del artículo 16.3 de la Ley Modelo— la forma y oportunidad en que la misma —la decisión interlocutoria— pueda dictarse.

Aun así, sostenemos sobre la pertinencia y la utilidad de que en Venezuela, sea acogida esta postura mundial en acatamiento a la garantía constitucional

prevista en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que consagra una justicia expedita (recuérdese que el artículo 253 *eiusdem*, incluye a los medios alternativos de justicia —arbitraje— dentro del Sistema Judicial).

Con lo cual, sostenemos con Caballol Angelats que: "...el tratamiento procesal de la excepción de arbitraje debe orientarse a reducir al mínimo el volumen de trabajo desarrollado por el tribunal en el momento de su resolución, y que así se evitará la posible actuación fraudulenta de la parte demandada con la consiguiente dilapidación de energía procesal." (Op. Cit. Pág. 92).

En definitiva, ¿qué sentido tendría proseguir la consecución de un procedimiento arbitral —y cualquier otro— si en la oportunidad de dictar la decisión definitiva de mérito —Laudo— al Tribunal Arbitral le correspondiera declinar su competencia? Dicha posibilidad —la de la dilapidación de energía procesal— lo que comportaría es la injustificada e indebida dilación del proceso controvertido que, como acotamos, cercenaría la garantía constitucional consagrada en el artículo 26 de la vigente Carta Magna.

6. Medidas cautelares y la Comisión Judicial

Si algún tema sobre el arbitraje ha despertado discusiones y posiciones doctrinarias contrarias, no dudamos en sostener que sea el referido a la posibilidad de que los Tribunales Arbitrales dicten medidas cautelares, comisionen a Jueces Ordinarios o lleguen, inclusive, a practicar medidas ejecutivas.

El autor español Caballol Angelats (*supra* citado) trata el punto partiendo en reconocer el carácter jurisdiccional de los árbitros ante el litigio, por más que existan aspectos —en puridad— de la potestad jurisdiccional que no les estén atribuidos, apuntando que los árbitros como sujetos privados "...no quedan eximidos de respetar la prohibición de autotutela vigente sobre todos los ciudadanos (prohibición de la justicia por la propia mano privada en ausencia del Estado). Por ello, si los árbitros ejecutaran el laudo o las medidas cautelares, realizarían una injerencia en la esfera jurídica del ejecutado, que por su condición de sujetos privados tienen prohibida". Agregando que, "El fundamento contractual del arbitraje conlleva que el árbitro no pueda realizar más de lo que podían realizar las partes y dentro del marco que estas le han fijado. Antes de la sumisión, ninguno de los litigantes podía actuar sobre la esfera jurídica ajena para realizar su interés. Así pues, tampoco los árbitros pueden hacerlo. En méritos de la competencia subsidiaria estas facultades quedan en manos de los Tribunales. La ejecución del laudo o la adopción de medidas cautelares constituye una vía de auxilio y fomento del

arbitraje que sólo corresponde al Estado". Concluyendo con que "La jurisdiccionalidad del arbitraje se agota con la emisión del laudo". (Op. Cit. Págs. 35, 36).

Así pues, compartimos el criterio expuesto, en cuanto a que el arbitraje si bien es una forma alternativa para la solución de conflictos y, a su vez, constituye una renuncia válida al acceso a la jurisdicción ordinaria; no obstante, no puede subrogarse o sustituirse en el Estado en el ejercicio del *ius imperium*, como para proceder —por medios privados— a limitar o disminuir el patrimonio de similares particulares.

Empero lo antes expuesto, si resulta incuestionable el grado jurisdiccional que detentan cuando éstos pueden válidamente dirimir conflictos o controversias entre similares particulares mediante una decisión de mérito vertida en un Laudo, el cual se entenderá como pasado por fuerza de cosa juzgada.

No obstante, resulta conveniente distinguir los diversos supuestos en los cuales se observa, una línea delgada entre lo privativo o exclusivo de los órganos judiciales y lo que los árbitros pueden efectuar como órganos incluidos dentro del Sistema de Justicia (artículo 253 CRBV).

Así, distinguimos los siguientes supuestos: (a) los árbitros pueden en la fase cognoscitiva de la *litis*, proceder a sustanciar el proceso y, dentro de ello, proceder a dirigir —para luego valorar— la actividad probatoria de las partes; en cuyo supuesto podrán requerir el auxilio de los Tribunales Ordinarios (artículo 27 y 28 LAC), (artículo 27 de la ley Modelo UNCITRAL), (artículo 27 en concordancia con el 43, ambos de la Ley de Arbitraje de España, Ley 36/ 1988); (b) la posibilidad de obtener medidas cautelares, dictadas por un Tribunal Ordinario, antes del inicio de las actuaciones arbitrales, o bien durante éstas, sin que en modo alguno se pueda interpretar como una renuncia tácita al compromiso arbitral (no previsto en la LAC, sino en la Ley modelo UNCITRAL en su artículo 9). Supuesto éste último cuya aplicación en nuestra legislación —en el estado de la evolución y desarrollo actual de las experiencias arbitrales— pudiera confundir o nublar los precarios conceptos que muchos pretendemos difundir, en cuanto a la no proliferación de conductas procesales fraudulentas, equívocas o vacilantes con riesgo de fraude procesal, esto es, la necesidad de fijar claros conceptos sobre la renuncia tácita (*supra*). No obstante, nada obsta para que tal situación se verifique, siempre que, de forma expresa, manifiesta e indubitada, la parte solicitante manifieste su disposición de continuar o proseguir —con todas sus consecuencias— el procedimiento arbitral; (c) el auxilio del Tribunal Ordinario, ante la contumacia o desacuerdo, en la designación de árbitros; situación ésta que, obviamente no

comporta una contradicción con la voluntad de sometimiento (*supra*) (artículo 17 LAC; artículo 11 de la ley modelo UNCITRAL, artículo 38 de la Ley de Arbitraje Española, ley 36/1988); (d) El Tribunal Arbitral podrá DICTAR las medidas cautelares que estime necesarias respecto del objeto del litigio y podrá exigir de la parte solicitante garantía suficiente (artículo 26 LAC). Dicha posibilidad no incluye la ejecución de la medida, sólo la emisión de la misma, en cuyo caso, deberá comprobar los requisitos de toda medida cautelar como lo son el *periculum in mora* (peligro en la mora) y *fumus bonis iuris* (la apariencia de buen derecho) o inclusive, proceder conforme al supuesto del artículo 590 del CPC para el caso en que estos requisitos no estén comprobados. Ahora bien, volvemos sobre esa pretendida "inexistencia absoluta o rígida de incidencias", ¿acaso, en aras de la celeridad, puede cercenarse a la parte afectada por la medida —e inclusive a terceros—, el derecho constitucional a la defensa, y no permitirle la posibilidad de oponerse a la misma? De allí, la insistencia de aquellos que sostienen la participación de un órgano judicial, pues, planteamos que se debe —necesariamente— abrirse una incidencia en caso de que la parte afectada se oponga a la medida (artículo 602 CPC); pudiéndose valorar también, la actitud de la parte afectada por la medida mediante la sustitución de la medida por una garantía (artículo 589 CPC).

(e) cuando se "comisione" a un Tribunal Ordinario para la ejecución de una medida, tal "comisión" no lo será en los simples términos del artículo 234 del C.P.C., de suerte tal que, no resultará aplicable lo previsto en los artículos 237, 238 y 239 *eiusdem* (que prevén un juez comisionado sólo ejecutor y no valorativo); pues, por todos los asertos expuestos, el juez "comisionado" por un Tribunal Arbitral, estará en la facultad de: (i) Valorar si la "comisión" le es vinculante, esto es, si el Tribunal Arbitral es competente o no para dirimir la causa principal (análisis del compromiso) y (ii) Analizar si están llenos los extremos de ley para acordar la medida. Aspectos estos últimos que, lamentablemente, no fueron sistematizados y previstos por la LAC y que conspiran —necesariamente— sobre la anhelada unidad jurisdiccional del arbitraje que el legislador pretendía. Ha debido LAC, en todo caso, permitir la alternativa antes comentada (prevista en el artículo 9 de la ley modelo UNCITRAL), en cuanto a permitir la obtención preliminar de medidas (antes de instalado el Tribunal Arbitral) o durante el desarrollo del arbitraje por ante los Tribunales Ordinarios y otorgarle así, directo tratamiento a las medidas por ante los Tribunales Ordinarios, en cuyo caso, se ahorraría una doble valoración o examen, que bajo el régimen presente, deviene en necesario y; (f) a pesar de que, obviamente, una vez dictado el Laudo definitivo, el mismo es de obligatorio cumplimiento por las partes (artículo 31 LAC), nada se dispo-

ne sobre la ejecución del laudo. La Ley de Arbitraje de España (Ley 36/1988) establece en su artículo 53, que ante la contumacia de cumplirlo voluntariamente, la otra parte puede ocurrir ante el Tribunal competente de Primera Instancia para tal fin. Alternativa esta última que por sobradas razones, debe de acogerse en nuestro sistema.

7. La anulabilidad del Laudo

Con ocasión a puntos previos, señalamos que resultaba prudente la estipulación de que el Laudo a ser dictado por los árbitros sea inapelable. Dicha acotación con el único objeto de evitar la posibilidad de alguna interpretación especulativa de parte "hábil", pues, aun cuando ello no se previera en la propia cláusula o acuerdo compromisorio, ello resultaba consustancial con el procedimiento de arbitraje, esto es, no resulta admisible recurso de apelación alguno tanto frente al propio Tribunal Arbitral como ante un Tribunal Superior de la Jurisdicción ordinaria.

No obstante, si resulta admisible la acción —que lejos de ser "apelación"— persiga la nulidad del Laudo arbitral. Nos referimos a la posibilidad de incoar una acción de anulabilidad del Laudo Arbitral por ante un Tribunal Superior competente por el lugar donde se haya dictado. Recurso este que deberá interponerse dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes (artículo 43 LAC) a la notificación del Laudo o "...de la providencia que lo corrija, aclare o complemente". (Dicha posibilidad dentro de los quince [15] días hábiles siguientes a la expedición del mismo. Artículo 32 LAC).

En cuanto a los supuestos taxativos para la procedencia de dicha nulidad, la LAC (artículo 44), recoge los expuestos en el artículo 34 de la ley modelo UNCITRAL; también reproducidos en el artículo 45 de la Ley de Arbitraje de España (Ley 36/1988).

Por último, contra la decisión que dicte el Tribunal Superior, no será admisible recurso de apelación alguno, pues, siendo una decisión de segunda instancia (*per saltum*), es lógico sostener dicha negación. No obstante, siendo que el aludido Tribunal Superior "...conocerá del mismo conforme a lo establecido en el Código de Procedimiento Civil para el procedimiento ordinario", si será admisible el recurso de casación conforme a lo previsto en el ordinal 2º del artículo 312 del CPC; siendo a su vez, admisible el recurso de invalidación (artículo 321 y sigs. CPC) y recurso de amparo constitucional contra sentencias (artículo 4 LOA).

Domicilio a los fines de la *cautio iudicatum solvi*

Eugenio Hernández-Bretón

1. La *cautio iudicatum solvi*, *cautio pro expensis*, *cautio actoria* o *caución de arraigo en juicio* es conocida en Venezuela desde su regulación en el artículo 27 del Código Civil de 1867. La redacción actual, contenida en el artículo 36 del Código Civil de 1982, es el producto de la constante revisión de su texto.¹

2. El origen más remoto del actual artículo del Código Civil parece encontrarse en el artículo 16 del Código Civil de los Franceses² y en el artículo 30 del Proyecto de Código Civil de García Goyena,³ aún cuando en estos dos casos la caución la debía el demandante de nacionalidad extranjera.

¹ En cuanto a la evolución de la disposición ver Universidad Central de Venezuela, Código Civil de Venezuela. Antecedentes, Comisiones Codificadoras, Debates Parlamentarios, Jurisprudencia, Doctrina, Concordancias. Artículos 19 a 40, Caracas (1969), pp. 505 y ss.

² Artículo 16 del Código de Napoleón: "En toutes matières, autres que celles de commerce, l'étranger qui sera demandeur, sera tenu de donner caution pour le payement des frais et dommages-intérêts résultant du procès, à moins qu'il ne possède en France des immeubles de une valeur suffisante pour assurer ce payement".

³ Artículo 30 del Proyecto de Código Civil de Florencio García Goyena: "El extranjero demandante en España debe afianzar el pago de lo que fuere juzgado y sentenciado, a no ser que posea en España bienes inmuebles en cantidad suficiente".

3. En Venezuela, al contrario de Francia y España, la caución la debe el demandante no domiciliado que no posea en el país bienes en cantidad suficiente. En todo caso, se deja a salvo lo que dispongan leyes especiales, como por ejemplo, el artículo 1.102 del Código de Comercio.⁴

4. Según su artículo 64, la Ley de Derecho Internacional Privado ("LDIP") entra en vigor seis meses después de su publicación en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*. La LDIP fue publicada en la *Gaceta Oficial* N° 36.511 del 6 de agosto de 1998. De esta manera, la LDIP entró en vigor el día 6 de febrero de 1999. A partir de ese momento, según su artículo 63, desarrollará su efecto derogatorio frente a todas aquellas disposiciones que regulen la materia objeto de la LDIP.

5. Según esta norma se derogan todas las disposiciones que regulen la materia objeto de esa LDIP. Se trata de una fórmula derogatoria muy particular y muy poco utilizada por el legislador venezolano. Generalmente, el legislador venezolano prefiere utilizar como cláusula derogatoria la referencia a la derogación de "cualquier otra disposición normativa que colida con esta Ley."⁵ La fórmula escogida es lo suficientemente amplia como para afirmar la derogación de cualquier norma de Derecho Internacional Privado preexistente al 6 de febrero de 1999 que regulase la materia cubierta por la LDIP.

6. La fórmula derogatoria escogida es lo suficientemente amplia como para generar discusiones. Sin embargo, consideramos que aun habiendo utilizado la fórmula derogatoria convencional se habrían generado problemas similares, comunes a todos los casos de entrada en vigencia de nuevas leyes. Evidentemente, la mejor fórmula hubiese sido indicar expresamente las disposiciones a ser derogadas. Tal propuesta fue formulada en proceso de revisión del Proyecto de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado pero luego fue desechado por el entonces Congreso de la República. No obstante, la Exposición de Motivos del Proyecto de la LDIP contiene un señalamiento

⁴ Dice este artículo "En materia comercial no está obligado el demandante no domiciliado en Venezuela a afianzar el pago de lo que fuere juzgado y sentenciado".

⁵ Así por ejemplo, el artículo 76 de la Ley Orgánica de Salud del 17.9.98, publicada en *Gaceta Oficial* N° 5.263 Extraordinario de 17.9.98: "Se derogan la Ley de Sanidad Nacional publicada en *Gaceta Oficial* de la República de Venezuela N° 19.626 de fecha 22 de julio de 1938 y la Ley Orgánica del Sistema nacional de Salud publicada en *Gaceta Oficial* de la República de Venezuela N° 33.745 de fecha 23 de junio de 1987, así como todos aquellos reglamentos o cualquier otra disposición normativa que colidan con esta Ley."

ejemplificativo y no exhaustivo de las disposiciones que deroga la LDIP.⁶ A pesar de lo anterior, se plantea nuevamente la cuestión de saber la real extensión de la fuerza derogatoria de la LDIP.

7. Un trabajo reciente elaborado por un grupo de profesores y asistentes de cátedra de las Universidades Católica Andrés Bello y Central de Venezuela ha hecho valiosas sugerencias en cuanto a la fuerza derogatoria de la LDIP.⁷ Se trata, no obstante, de un trabajo colectivo que muestra la opinión de la mayoría de los coautores en cuanto al problema en cuestión. Es, ciertamente, un muy acertado intento de presentar de manera clara el ámbito del poder derogatorio de la LDIP. En todo caso, somos de la opinión que la disposición del artículo 63 de la Ley fue concebida para exponer que toda la normativa anterior preexistente en materia de Derecho Internacional Privado en sentido amplio, que fuese objeto de normación por la LDIP, quedaba derogada en el momento de entrada en vigencia la LDIP.

8. Si bien el artículo 63 de la Ley establece la derogatoria de todas las disposiciones que regulan la materia objeto de esa Ley, dicha derogatoria sólo se extiende a la materia regulada por la Ley. Así, disposiciones en materia de Derecho Internacional Privado no regulada en la propia Ley mantienen su vigencia. Una muestra de ello es precisamente lo dispuesto en materia de *cautio iudicatum solvi*. A tenor del artículo 36 del Código Civil, el demandante no domiciliado en Venezuela debe afianzar el pago de lo que pudiera ser juzgado y sentenciado, a no ser que posea en el país bienes en cantidad suficiente, y salvo lo que dispongan leyes especiales. La LDIP no regula la *cautio iudicatum solvi*.

9. De esta manera, constatado que la materia, es decir la *cautio iudicatum solvi*, no está regulada en la Ley, debe afirmarse que mantiene vigencia el artículo 36 del Código Civil.⁸ En todo caso, a los fines de su aplicación, se requiere verificar qué contenido debe darse a la expresión domicilio utilizada en dicho artículo.

⁶ *Exposición de Motivos, en Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado (1996). Comentarios*. Caracas: Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Eventos N° 11 (1998), p. 157, 168.

⁷ Tatiana B. de Mackelt (Coordinadora), *Ley de Derecho Internacional Privado (1996). Derogatorias y Concordanancias*. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales (1998).

⁸ Así lo ha reconocido la jurisprudencia. Al respecto ver, Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia del 22 de julio de 1999, *Krackerton Corporation v. República de Venezuela*; Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, sen-

10. El domicilio de las personas físicas está regulado por los artículos 11 y ss. de la LDIP. Desde un punto de vista estrictamente técnico, puede afirmarse que los artículos 11 a 15 de la LDIP son normas instrumentales de Derecho Internacional Privado. Es decir, si bien son normas que coadyuvan a solucionar problemas de jurisdicción, competencia y de derecho aplicable, ellas mismas no determinan —directa ni indirectamente— el derecho aplicable a la situación con elementos de extranjería relevante ni tampoco resuelven la cuestión de la jurisdicción o competencia para conocer del asunto. Por lo tanto, en puridad de conceptos no se trata de normas de conflicto indirectas, indicadoras o formales ni de normas contentivas de criterios atributivos de jurisdicción o competencia. Por otra parte, tampoco se trata de normas materiales, pues no resuelven de manera directa e inmediata la cuestión jurídica de fondo planteada. Se trata, más bien de dispositivos técnicos que sirven de auxiliares metodológicos a las normas de conflicto y a las de jurisdicción y competencia en el proceso de solución de los problemas que le son planteados.

11. Para los fines de la LDIP, el domicilio de la persona física o natural tiene un contenido específico, distinto de la noción tradicional de domicilio contenida en el artículo 27 del Código Civil. A partir de la entrada en vigencia de la LDIP, se entiende que el domicilio de una persona física o natural se encuentra en el territorio del Estado donde tiene su residencia habitual (artículos 11 y 15 de la LDIP). Tal noción de residencia habitual debería ser de fácil comprobación.⁹ La LDIP no define el término residencia habitual. La noción de domicilio en el sentido de residencia habitual es nueva en el derecho venezolano. Sin embargo, es de destacar que, tradicionalmente, la doctrina venezolana distingue entre domicilio, residencia o paradero.¹⁰ Lo que previamente, antes de la LDIP, se conocía como residencia, pasa a ser residencia habitual a los efectos de la LDIP, y lo que antes era habitación, morada, permanencia o paradero sería lo que podríamos llamar simple o mera residencia. Sin embargo, este último concepto es irrelevante para el Derecho Internacional Privado venezolano. De tal manera, residencia habitual sería el lugar donde vive “habitualmente” una persona. Esto implica una cierta estabilidad en el tiempo.

tencias del 15.8.2000, Aerolíneas Argentinas, S.A. v. Banco Central de Venezuela; 10.8.2000, Aerovías Nacionales de Colombia, S.A. Avianca v. Banco Central de Venezuela; 17.4.2001, Líneas Aéreas Costarricenses, S.A. (LACSA) v. Banco Central de Venezuela.

⁹ Exposición de Motivos del Proyecto de LDIP, cit. Nota 3, p. 82.

¹⁰ José Luis Aguilar Gorrondona, *Derecho Civil. Personas*. 12ª Ed. UCAB: Caracas (1995), pp. 156-157.

10. No cambia con cualquier alejamiento personal de la misma ni tampoco exige elemento subjetivo o intencional alguno.¹¹ No obstante, la fijación o cambio de domicilio debe ser voluntaria, debe ser querida por el individuo. Su determinación es objetiva, puramente fáctica.¹² Su determinación depende del caso concreto, tomando en cuenta el hogar, la familia, el sitio de trabajo, relaciones de amistad, el tiempo libre, etc.

12. La LDIP no regula lo relativo al domicilio de las personas jurídicas. La única disposición de la LDIP referida expresa y concretamente a las personas jurídicas no hace mención al domicilio de las mismas (artículo 20). Ciertamente, desde el punto de vista del derecho aplicable al estatuto de las personas jurídicas su domicilio es irrelevante, pues el mismo queda sometido al derecho del lugar de su constitución. Sin embargo, aun dentro del marco de la LDIP el domicilio de las personas jurídicas es significativo, a los fines de fijar la jurisdicción y la competencia de los tribunales venezolanos (artículos 39 y 52, en concordancia con los artículos 40 y ss. del Código de Procedimiento Civil). Para tales casos, el domicilio sigue siendo el que fija bien el Código Civil (artículo 27, 28 y 29) o bien el Código de Comercio (artículo 203), en cuyos casos se tendrá a lo dispuesto en el acta o documento constitutivo o a falta de tal señalamiento el lugar de su dirección o administración o establecimiento principal, según sea el caso, salvo lo dispuesto en leyes especiales. Esta opinión es la seguida por la jurisprudencia.¹³ Como resulta-

¹¹ Nótese, por ejemplo, que la Convención Interamericana sobre Domicilio de las Personas Físicas en el Derecho Internacional Privado (CIDIP-II, Montevideo 1979) no exige el *animus manendi*; al respecto ver Gonzalo Parra Aranguren, “La Segunda Conferencia Especializada sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-II)”, en *Codificación del Derecho Internacional Privado en América*. UCV: Caracas (1982), pp. 393 ss. (425). Según reporta el propio Profesor Parra Aranguren: “La ley aprobatoria de la Convención fue sancionada por el Congreso Venezolano en 1985, con expresa reserva del artículo 3 [nota del autor: domicilio de las personas incapaces], pero el Poder Ejecutivo ni ha ordenado su publicación en la Gaceta Oficial ni depositado el Instrumento de ratificación. Por tanto, no se encuentra vigente en Venezuela”. Aparentemente, la reserva fue formulada por el Congreso Venezolano, ver Gonzalo Parra Aranguren, “La Ley Venezolana de 1998 sobre Derecho Internacional Privado”, en *Revista de la Fundación Procuraduría* 22 (1999), pp. 119 ss. (128-129). El texto de la Convención puede verse en Tatiana de Muekeit, *Material de Clase para Derecho Internacional Privado*. 4ª Ed. UCV: Caracas (2000). Tomo II, pp. 76 ss.

¹² José Luis Aguilar Gorrondona, cit. Nota 5, pp. 156-157. La distinción entre domicilio y residencia es hecha en la Constitución de 1999 (ver artículos 32, 33, 34 y la Disposición Transitoria Segunda).

¹³ Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia del 11.8.1999, Pedro Glucksmann v. Metales Internacionales Paraguaná, C.A. (Metimpaca).

do de lo anterior, se puede verificar que el Derecho Internacional Privado venezolano dispone, por lo menos a los fines de la determinación de la jurisdicción sobre las personas jurídicas y de las personas físicas, de dos naciones diferentes; a saber, para las primeras rige el derecho común preexistente, a saber, el contenido en el Código Civil y en el Código de Comercio, mientras que para las segundas es la LDIP la que rige, estableciendo como domicilio de las mismas el lugar de su residencia habitual.

13. Los comentarios antes hechos no limitan su aplicación en materia de determinación del derecho aplicable según las disposiciones de LDIP. Siempre que la LDIP se refiera al domicilio de una persona física se aplican las disposiciones antes comentadas. En especial, además de lo referido a la materia del Derecho Internacional Privado en sentido estricto, la noción de domicilio antes comentada encuentra plena aplicación para el caso en que el domicilio constituya un medio para determinar la jurisdicción de los tribunales venezolanos (artículo 15 de LDIP). Por lo tanto, la noción de domicilio reconocida implícitamente en el artículo 39 de la LDIP como un criterio atributivo de jurisdicción tiene el contenido de los artículos 11 y ss. de la LDIP. Además de lo anterior, idéntico contenido tendrá la noción de domicilio utilizada en los artículos 50(1) y 51(1) de LDIP al regular asuntos de competencia en materia de acciones relativas a universalidades de bienes y de acciones de estado civil de las personas o en materia de relaciones familiares. Esta conclusión no deriva inmediatamente del antes referido artículo 15 de LDIP sino de la necesidad de guardar consistencia interna en cuanto al manejo de los conceptos en el caso de la LDIP.

14. Interpretando concatenadamente los artículos 63 y 15 de la LDIP, la noción de domicilio del artículo 11 de la LDIP solo opera dentro de los límites de la propia LDIP, vale decir la noción de domicilio en el sentido de residencia habitual tan solo despliega su función para la materia objeto de la LDIP. De esta manera, el Derecho Internacional Privado venezolano se vale, por lo que respecta a la noción de domicilio de las personas físicas, de dos nociones diferentes. La noción de domicilio del artículo 11 de la LDIP tan solo tiene relevancia dentro y para el ámbito exclusivo de la LDIP. De esta manera, la noción de domicilio a los fines de la aplicación de la *cautio iudicatum solvi* que no es materia objeto de la LDIP, debe fijarse tanto para las personas físicas como para las personas jurídicas según lo dispuesto en el Código Civil y en el Código de Comercio. La noción de domicilio de las personas físicas con su contenido de residencia habitual, es irrelevante fuera del ámbito de regulación de la LDIP.

Derogatoria del artículo 36 del Código Civil ante la vigencia de la Ley de Derecho Internacional Privado

Tatiana B. de Maekelt
Haydée Barrios

SUMARIO

Introducción • 1. Origen, objetivos y características de la norma. 2. Ubicación en el Código Civil de la "*cautio iudicatum solvi*" • 3. Concepto de domicilio en el Derecho Internacional Privado • 4. Aplicación general del domicilio en el ámbito del Derecho Internacional Privado • 5. Alcance de la derogatoria contenida en el artículo 63 de la Ley de Derecho Internacional Privado • 6. Importancia práctica de la "*cautio iudicatum solvi*" a la luz del cambio del concepto de domicilio en el Derecho Internacional Privado • 7. Derogatoria de la "*cautio iudicatum solvi*" en el Derecho mercantil y en el Derecho laboral • 8. El Debido Proceso • 9. Equilibrio de los intereses de las partes • 10. Conclusiones.

INTRODUCCIÓN

El artículo 36 del Código Civil es, sin duda alguna, una norma de Derecho Internacional Privado de carácter especialísimo, y cuya derogatoria a la luz de la Ley de Derecho Internacional Privado está en discusión.

En efecto, el artículo 63 de la Ley de Derecho Internacional Privado contiene una derogatoria, de carácter general, de todas las disposiciones que regulen la materia objeto de esta Ley. Su característica de ley general coadyuva a plantear dudas sobre el alcance de las diversas derogatorias frente a las disposiciones especiales contenidas en los códigos y leyes.

En las consideraciones que siguen pretendemos aclarar estas dudas en lo que concierne al artículo 36 del Código Civil, y formular las consiguientes conclusiones respecto a la vigencia del mencionado artículo.

1. ORIGEN, OBJETIVOS Y CARACTERÍSTICAS DE LA NORMA

El artículo 36 del Código Civil venezolano de 1982, establece:

El demandante no domiciliado en Venezuela debe afianzar el pago de lo que pudiere ser juzgado y sentenciado, a no ser que posea en el país bienes en cantidad suficiente, y salvo lo que dispongan leyes especiales.

A partir del Código Civil de 1867 encontramos en los códigos sucesivos la misma disposición, que exige al demandante extranjero¹ o no domiciliado afianzar el pago de lo que pudiere ser juzgado y sentenciado, a no ser que posea bienes suficientes en el país. La última parte de la norma se agregó en el Código de 1873. Como fuentes probables de esta disposición se citan el Código Napoleón y el proyecto de Código Civil de García Goyena. El Código Civil venezolano de 1942 agrega "y salvo lo que dispongan leyes especiales". Este añadido permanece en la reforma del Código Civil de 1982.²

Es evidente que la norma tiene por objeto proteger al demandado, asegurándole el pago de posibles costos y resultados del proceso, incoado por una persona no domiciliada en el país y sin bienes en el mismo, que pudieren garantizar dichos costos y resultados.

El artículo 36 contiene una norma material de Derecho Internacional Privado, que aun cuando no indica derecho aplicable, se refiere a un supuesto con elementos extraños que caracteriza la relación jurídica propia de esta materia.

¹ Solamente el Código de 1867 se refiere al "extranjero" demandante, todos los demás Códigos se refieren al "no domiciliado en Venezuela".

² Código Civil de Venezuela. Artículos 19-40. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1991, pp. 479-480.

Efectivamente, se trata de la situación de los demandantes no domiciliados en Venezuela que, según la norma mencionada, deberán cumplir con el pago de la llamada *cautio iudicatum solvi*, para poder demandar en la República.

2. UBICACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL DE LA CAUTIO IUDICATUM SOLVI

El artículo 36 está ubicado en el Libro Primero, Título II del Código Civil, referente al domicilio. Esta ubicación subraya la relación del contenido de la disposición con el concepto de domicilio, consagrado en el artículo 27 del mismo Título II del Código Civil, que reza: "El domicilio de una persona se halla en el lugar donde tiene el asiento principal de sus negocios e intereses".

Esto lleva a la conclusión de que si el demandante está domiciliado en Venezuela, debe tener en ella negocios e intereses con los que responderá por las resultas de la demanda.

Si la persona no posee en el país este asiento principal de sus negocios e intereses, ni bienes con los que pueda responder para cubrir los costos del proceso, se le exige la respectiva caución.

En todo caso, debido al contenido procesal del artículo, la ubicación de la norma en el Código Civil no es la más adecuada.

3. CONCEPTO DE DOMICILIO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

La Ley de Derecho Internacional Privado se aleja del concepto del domicilio previsto en el artículo 27 del Código Civil e introduce la calificación especial del domicilio de la persona física: se encuentra en el territorio del Estado donde tiene su residencia habitual (artículo 11). Pudiera pensarse que este nuevo concepto sustituye el contenido del artículo 27 del Código Civil, cuando de la materia conflictual se trate. Sin embargo, el artículo 15 de la misma Ley de Derecho Internacional Privado parece querer limitarlo a su propio contenido, es decir, al domicilio utilizado en el articulado de la Ley, ya sea como elemento indicador (factor de conexión) del derecho aplicable o como criterio atributivo de jurisdicción. Ninguno de estos supuestos es el del artículo 36 del Código Civil.

4. APLICACIÓN GENERAL DEL DOMICILIO EN EL ÁMBITO DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

En consecuencia de las consideraciones anteriores se podrá concluir que el artículo 36 del Código Civil no está derogado por la Ley de Derecho Internacional Privado, debido a que es una norma material aplicable a un supuesto conectado con elementos extraños, de carácter específico, que amerita ser ubicada en una ley especial. Esta norma está relacionada estrechamente con el concepto del domicilio consagrado en el artículo 27 del Código Civil y, además, con franco propósito de proteger al demandado. Sin embargo, estas conclusiones deben analizarse a la luz de otras consideraciones.

Es evidente la intención del legislador de modificar el concepto del domicilio en el ámbito de Derecho Internacional Privado, e imprimirle un carácter amplio, por cuanto no tendría razón alguna el utilizar varios conceptos de domicilio en la misma rama jurídica. Además, la calificación del domicilio como residencia habitual, responde a la tendencia universal de flexibilizar este concepto, a los fines de su fácil comprobación.

La Convención Interamericana sobre Domicilio de las Personas Físicas en el Derecho Internacional Privado, suscrita pero no ratificada por Venezuela por razones netamente formales, ya que nuestro país participó activamente en su discusión y aprobación,³ también califica, en primer lugar, el domicilio como residencia habitual; en segundo, como centro principal de los negocios; a falta de estas circunstancias, como lugar de la simple residencia y, en su defecto, el lugar donde se encontrare la persona (artículo 2). El artículo demuestra la tendencia fáctica de la residencia que se observa en las legislaciones comparadas.

Resultaría inconveniente mantener calificaciones diferentes del domicilio para aplicarlas en el campo de Derecho Internacional Privado. Cada vez que se requiriera acudir al domicilio, habría que preguntarse de qué domicilio se trata y, cada caso se convertiría en objeto de una exhaustiva investigación, lo cual afectaría la unificación de soluciones, uno de los objetivos de la materia en su concepción actual, crearía inseguridad jurídica y propiciaría el fraude.

Es significativo el contenido del artículo 20, único aparte del numeral 2 de la Ley Federal Suiza sobre Derecho Internacional Privado, que expresamente

³ Gonzalo Parra-Aranguren: *Codificación de Derecho Internacional Privado en América*. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1982, pp. 430-431.

excluye la aplicación en el ámbito del Derecho Conflictual de las disposiciones del Código Civil relativas al domicilio y a la residencia, para evitar la posible confusión propia de la utilización en la misma materia de diversos "conceptos de domicilio".⁴

5. ALCANCE DE LA DEROGATORIA CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 63 DE LA LEY DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

La Ley de Derecho Internacional Privado, en su artículo 63, incluye una derogatoria expresa de todas las disposiciones que regulen la materia objeto de esta Ley, lo cual, en principio, debería conducir a la derogatoria del artículo 36 del Código Civil que, como ya se ha dicho, contiene una norma de Derecho Internacional Privado. Sin embargo, dado el carácter general de esta Ley, la regulación de las materias específicas podría ser competencia de leyes especiales. Efectivamente, la norma contenida en el artículo 36 del Código Civil consagra una regulación de carácter especial que interesa al Derecho procesal y no tendría que ser derogada por la Ley de Derecho Internacional Privado.

6. IMPORTANCIA PRÁCTICA DE LA *CAUTIO JUDICATUM SOLVI* A LA LUZ DEL CAMBIO DEL CONCEPTO DE DOMICILIO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Aunque el artículo 36 del Código Civil contiene una norma especial que podría considerarse no derogada por el artículo 63 de la Ley de Derecho Internacional Privado, la aplicación del concepto del domicilio, propio de esta materia, entendido como residencia habitual, afecta la finalidad de dicha norma, que consiste en proteger los intereses del demandado.

Efectivamente, si el domicilio es la simple residencia, no constituye garantía alguna de que existan bienes en el territorio del Estado donde se encuentre dicho domicilio, por lo cual no se podrán cubrir las resultas del juicio que se intentare.

⁴ Tatiana B. de Maekelt y colaboradores: *Material de Clase para Derecho Internacional Privado*, cuarta edición, Instituto de Derecho Privado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2000, p. 376.

Es decir, tenga el demandante domicilio en el país o no lo tenga, resulta absolutamente irrelevante a los fines de la caución prevista en el artículo 36 del Código Civil, motivo por el cual la norma deja de cumplir el objetivo para el cual fue concebida. En forma aguda, Aníbal Dominici entendió el problema al referirse al Código Civil de 1896, y lo expresó con las siguientes palabras: "...si bastase la mera residencia, la disposición (equivalente al artículo 36 del Código Civil vigente) sería nugatoria, y quedaría despojado el demandante de la garantía sobredicha".⁵

7. DEROGATORIA DE LA CAUTIO IUDICATUM SOLVI EN EL DERECHO MERCANTIL Y EN EL DERECHO LABORAL

El legislador venezolano no parece preocuparse en todos los casos por la defensa de los intereses del demandado frente al demandante no domiciliado en el país y sin responsabilidad suficiente para cubrir las resultas del juicio. Desde hace ya muchos años el artículo 1.102 del Código de Comercio establece una excepción a la *cautio iudicatum solvi* en materia comercial: el demandante no está obligado en esta materia a afianzar el pago de lo que fuere juzgado y sentenciado. Los comentaristas patrios justifican esta excepción con la necesidad de favorecer al demandante extranjero, no domiciliado en Venezuela, que reclama en la República el cumplimiento de obligaciones contraídas por alguien que si está domiciliado en ella.⁶ Este argumento no parece suficiente o, por lo menos, circunscrito a ciertas situaciones del siglo XIX. Y, si en materia mercantil el legislador abolió la *cautio iudicatum solvi* para favorecer al comerciante extranjero, con más razón debería protegerse al demandante civil a quien se le impide el ejercicio de su legítimo derecho de demandar al deudor domiciliado en Venezuela y con bienes suficientes en el país.

Asimismo, en materia laboral la interpretación de los Tribunales del Trabajo, exige al trabajador de prestar caución o fianza suficiente para reclamar sus derechos aun cuando no esté domiciliado en el país, debido a que "...se ha considerado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia nacional y

⁵ Código Civil de Venezuela, *Op. cit.*, p. 483.

⁶ Arcaya, Mariano. Código de Comercio, Tomo III. Venepint Editores, Caracas, 1964, pp. 547-549.

extranjera, que el trabajador se entienda domiciliado en el territorio donde tenga lugar la prestación de sus servicios".⁷

La decisión citada califica el domicilio de una manera distinta a la prevista en el artículo 27 del Código Civil a los fines de favorecer al trabajador demandante, excepcionándolo de la aplicación del artículo 36 del Código Civil.

8. EL DEBIDO PROCESO

Si bien es cierto que el objeto del artículo 36 del Código Civil es proteger los intereses del demandado, también es cierto que crea una desigualdad entre las partes, sobre todo en aquellos casos de un demandante no domiciliado en Venezuela, que no tiene recursos para prestar la *cautio iudicatum solvi* y los tribunales venezolanos son los únicos que tienen jurisdicción para conocer de la respectiva acción. En tales casos, indudablemente se crea no sólo una desigualdad procesal, sino se impide a este demandante el acceso a la justicia y, en general, al debido proceso.

Este concepto del debido proceso tiene una importancia especial para la legislación y jurisprudencia venezolanas, sobre todo a partir de la Constitución de 1999 que, en su artículo 49 encabezamiento y numeral 1, se refiere a este concepto. La sentencia del Tribunal Supremo, en su Sala Constitucional, de fecha 1º de febrero de 2001, aclara el alcance de tal concepto así: "...el derecho al debido proceso constituye un conjunto de garantías, que amparan al ciudadano, y entre las cuales se mencionan las de ser oído, la presunción de inocencia, el acceso a la justicia y a los recursos legalmente establecidos..." (destacado nuestro).

Al exigirse una fianza cuyo monto podría ser considerable, y estar fuera del alcance económico del demandante, se le impide al mismo el ejercicio de un derecho fundamental, como lo es el acceso a la justicia, condenándosele de antemano y sin haberle permitido siquiera tratar de restablecer el equilibrio de una situación que afecta en forma directa sus intereses.

⁷ Sentencia del Juzgado Superior Segundo del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal del 09-01-1953. Ver extracto en: Tatiana B. de Maekelt: *Material de Clase para Derecho Internacional Privado*, 3a. edición. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1995, p. 468.

La sentencia del Tribunal Supremo, antes citada, insiste en que la función última del debido proceso es "...garantizar el ejercicio de otros derechos materiales mediante la tutela judicial efectiva, por ello, su ejercicio implica la concesión para ambas partes en conflicto, de la misma oportunidad de formular pedimentos ante el órgano judicial. De manera que la violación del debido proceso podrá manifestarse: 1) cuando se prive o coarte alguna de las partes (*sic*) la facultad procesal para efectuar un acto de petición que a ella privativamente le corresponda por su posición en el proceso (destacado nuestro); 2) cuando esa facultad resulte afectada de forma tal que se vea reducida, teniendo por resultado la indebida restricción de las partes de participar efectivamente en plano de igualdad, en cualquier juicio en el que se ventilen cuestiones que les afecte..."

La sentencia hace referencia a que el derecho al debido proceso pudiere resultar afectado por un instrumento normativo (como lo es el Código Civil), con el cual se llegue a "...privar al ciudadano de la mínima posibilidad de invocar la protección judicial de sus derechos e intereses, mediante la instauración de un adecuado proceso, atentando así contra los principios fundamentales de libertad y justicia, que yacen en la base de todas las instituciones civiles y políticas del Estado de Derecho".

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que el contenido del artículo 36 del Código Civil no se ha considerado de orden público, ya que, como se ha dicho anteriormente, el mismo tiene por objeto sólo proteger los intereses del demandado.⁸ Por tal motivo, corresponde al demandado el exigir o no la *cautio iudicatum solvi*, con lo cual se introduce un elemento aleatorio para el demandante, ya que el acceso a la justicia para él, en última instancia, dependerá de la voluntad del demandado.

Por todo lo expuesto, se puede concluir que el requisito de *cautio iudicatum solvi* es violatorio del derecho fundamental del demandante al debido proceso, previsto en el artículo 49 de la Constitución y, en consecuencia, la decisión del Juez ante el cual se interponga tal caución, deberá estar enmarcada en lo dispuesto en el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil, que reza:

Artículo 20: Cuando la ley vigente, cuya aplicación se pida, colidiere con alguna disposición constitucional, los jueces aplicarán ésta con preferencia.

⁸ Sentencia N° 355-1, de fecha 14-08-64 del Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, en JTR, Vol. XII, p. 94.

9. EQUILIBRIO DE LOS INTERESES DE LAS PARTES

Si aceptamos la tesis de que la exigencia del artículo 36 del Código Civil viola los derechos fundamentales del demandante, se presenta el problema de la situación del demandado frente a la posibilidad de que se burle el fallo legal por falta de fondos para cubrir lo juzgado y sentenciado. ¿Atenta esta situación contra la igualdad de las partes ante la justicia? No lo creemos así. Puestos en una balanza, la imposibilidad de acceder a la justicia pareciera causar un daño mayor que el que pudiera producirse por falta de la caución. En todo caso, corresponde al juez de la causa apreciar debidamente los elementos particulares de cada caso, a efectos de establecer el equilibrio entre los intereses de ambas partes. A estos fines, el demandante deberá aportar en su escrito todos los elementos de juicio, que permitan evidenciar la afectación a su derecho al debido proceso, en especial la concurrencia en el territorio venezolano de los criterios atributivos de jurisdicción, por ejemplo: la residencia habitual del demandado, la sede de sus negocios, la ubicación de los bienes en litigio, etc.

En el Derecho Internacional Privado actual el rol del juez es especialmente relevante para la búsqueda de las soluciones acordes a la justicia del caso concreto, sobre todo cuando la legislación aplicable no protege, en forma equitativa, los intereses de ambas partes.

CONCLUSIONES

PRIMERA: La Ley de Derecho Internacional Privado, por su carácter general, no deroga el artículo 36 del Código Civil.

SEGUNDA: Por cuanto el artículo 36 es una norma de Derecho Internacional Privado, el concepto del domicilio en ella contenido debe calificarse de acuerdo con la Ley de Derecho Internacional Privado, ya que la utilización de diferentes conceptos de domicilio en esta materia ocasionaría inseguridad jurídica y propiciaría el fraude.

TERCERA: La interpretación del concepto de domicilio al cual alude el artículo 36 del Código Civil como residencia habitual hace nugatoria esta disposición.

CUARTA: La *cautio iudicatum solvi* puede convertirse en un peligroso instrumento de violación del debido proceso, por la imposibilidad de acceso a la

justicia de una de las partes y la consiguiente desigualdad de las mismas para lograr la protección de sus intereses.

QUINTA: Al juez le corresponde, en todos los casos, encontrar la solución de equidad y equilibrio para las partes involucradas en la controversia, tomando en cuenta el contenido del artículo 20 del Código de Procedimiento Civil.

La sustitución de bienes en las medidas cautelares en el derecho venezolano

María Petzold-Rodríguez

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como objetivo fundamental analizar la institución de la jurisdicción cautelar y, más específicamente, la sustitución de bienes en las medidas cautelares, para lo cual hemos decidido, primeramente, hacer una exposición general de la materia, tratando aspectos como la jurisdicción y la misión cautelar, y pasando seguidamente a estudiar las medidas preventivas, su desarrollo histórico, qué han entendido diferentes autores por medidas preventivas, su naturaleza, sus características, tales como la instrumentalidad, la mutabilidad, la urgencia, la provisionalidad, entre otras, ya que algunas de ellas contribuyen a que la sustitución de bienes exista. Analizaremos al mismo tiempo su clasificación y explicaremos sucintamente las medidas preventivas típicas: el embargo, el secuestro y la prohibición de enajenar y gravar. Y, por último, pasaremos al punto concreto en examen, precisando en qué consiste la sustitución de bienes, la oportunidad para sustituir, las condiciones y las medidas que admite este recurso.

* Doctora en Derecho, La Universidad del Zulia, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Profesora Ordinaria.

Asimismo, nos permitimos resaltar el interés que tiene, en nuestra vida profesional, la sustitución de bienes, aunque en la práctica cotidiana muchos colegas revelen una lamentable ignorancia sobre su utilidad y, más específicamente, sobre la oportunidad adecuada para solicitarla.

En fin, debemos señalar que nuestra investigación se realizó, fundamentalmente, en la doctrina extranjera y venezolana, ya que, para la fecha de su conclusión, no existía casi ningún pronunciamiento sobre la sustitución de bienes en el ámbito jurisprudencial, por lo menos en lo que respecta a los diez últimos años de actividad de la Sala de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia, hoy Tribunal Supremo de Justicia.

I. LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y SU RELACIÓN CON LAS MEDIDAS CAUTELARES

Chiovenda, define la jurisdicción como la función del Estado que tiene por fin "la actuación de la voluntad concreta de la Ley mediante la sustitución, por la actividad de los órganos públicos, sea al afirmar la existencia de la voluntad de la Ley, sea al hacerla prácticamente efectiva". (Giusseppe Chiovenda citado por R. Ortiz-Ortiz; 1997, p. 5).

Para Pedro Pineda León:

...el Estado no puede obrar por sí mismo, crea entonces los órganos necesarios para hacer efectivas las normas establecidas en las leyes y delega esas funciones en personas físicas. La función judicial es un poder y por ello precisa determinar las atribuciones y deberes del órgano, surgiendo todo lo concerniente a competencia y el conocimiento del Tribunal que le corresponde conocer de una litis; y es imprescindible también asegurar el orden en los debates y proteger a las partes contra los excesos del contrario o del Juez. Corresponde a los jueces hacer realidad ese cuerpo de leyes, aplicando el derecho al caso concreto que se les someta y eso lo hace por medio de la sentencia... (P. Pineda León; 1964, Tomo I, pp. 15-16).

Para Humberto Cuenca:

...la jurisdicción es la actividad pública del Estado destinada a dirimir conflictos y de allí las distintas clases de jurisdicciones, especialmente civil y administrativa, para distinguir la función judicial de la ejecutiva.

Etimológicamente, el término jurisdicción deriva de iurisdictio (decir o mostrar el derecho), que alude al poder de declarar el derecho que tenía el magistrado romano, atributo que formaba parte del imperium, poder general de los súbditos. En la iurisdictio el poder de la jurisdicción se agotaba

con la sentencia, pero la doctrina procesal, a partir de Chiovenda, no limita la jurisdicción a la fase de conocimiento o cognición sino que lo prolonga hasta la ejecución, fase que no estaba comprendida en la expresión latina iurisdictio. (H. Cuenca; 1965, Tomo I, pp. 73-74).

Sobre esta definición Rafael Ortiz-Ortiz, expresa:

Compartimos la noción del maestro de jurisdicción como una función pública, sin embargo dudamos que la jurisdicción pueda "clasificarse" pareciendo más bien que, en tanto que función del Estado, es una sola dividida en esferas materiales de competencia, en cuyo caso estamos en presencia de la "competencia", lo cual sería susceptible de clasificación (por la materia, cuantía o territorio) (R. Ortiz-Ortiz; 1997, p. 6).

Ahora bien, la función jurisdiccional no solamente se limita a la solución de las controversias, sino que es un re-crear el sentido de esas normas por medio de interpretación y del estudio de las valoraciones sociales vigentes en ese momento; que da como resultado la subsunción de la conducta de los individuos en el supuesto del hecho de la norma; sirviendo como instrumento para el juez la teoría argumentativa o nueva *retórica*, que conlleva a la disolución del conflicto por medio de la norma individualizada.

Luego, esa decisión debe estar sujeta a ciertas reglas previamente establecidas para que pueda lograrse el estado de Derecho; ese conjunto de reglas armónicamente estructuradas forman lo que llamamos: el proceso y en ese sentido, el proceso se revela como el mecanismo idóneo a través del cual se hace plena la función jurisdiccional y, por esta vía, el estado de Derecho, bajo esta óptica no cabe duda que el proceso desempeña una función política mediante la cual la legitimidad del Estado se refuerza, ya que en la medida en que el Estado garantiza el orden establecido está garantizando su propia subsistencia. (Cf. *Ibidem*, pp. 7- 8).

Por ello, es tanta la vinculación que existe entre la función jurisdiccional y el proceso, que enfocándolo desde el punto de vista ius-filosófico, la circunstancia de que mientras la Corte Suprema de Justicia se centra fundamentalmente en la justicia formal, los tribunales de instancia garantizan la justicia material. (Cf. *Ibidem*, p.8).

Entonces, es en el proceso en donde se manifiestan las medidas cautelares, estando enmarcadas no sólo con una condición de legitimidad, sino también para proteger el estado de Derecho. (Cf. *Ídem*).

En consecuencia, el Estado es quien va brindar protección a sus ciudadanos por medio de las providencias o medidas cautelares, ya que las mismas van estar estrechamente entrelazadas con la función jurisdiccional, para garanti-

zar que el retraso en los procesos judiciales de cognición no signifique la negación del derecho mismo; lo que significa que el objetivo de asegurar preventivamente el derecho reclamado, constituye un momento de la función jurisdiccional. (Cf. *Ibidem*, p. 9).

De modo que estas medidas tienen una doble misión: por una parte, una finalidad mediata que consiste precisamente en la preservación del estado de Derecho y la legitimidad del Estado mismo; pero también existe una finalidad inmediata, que es aquella que tiene que ver con la seguridad para el titular del derecho que una vez decidido el caso y dictada la sentencia por el Juez su ejecución no sea ilusoria. (Cf. *Ibidem*, pp. 9-10).

Por ello, Londoño Hoyos expresa: "*Las medidas preventivas están consagradas por la ley civil para asegurar la eficacia de los procesos civiles, garantizando el resultado práctico de las acciones del acreedor contra el deudor...*" (L. Hoyos citado por *Ibidem*, p.17).

La antigua Corte Suprema de Justicia ha ratificado este criterio en la Sala de Casación Civil en sentencia del 19 de julio de 1995, en juicio de Banco de Fomento Comercial de Venezuela, C.A. contra Petroleras Las Mercedes, S.A. y un particular. Al efecto expresa:

El régimen de la medida cautelar de embargo, dirigido como está a garantizar, con el aseguramiento de bienes de la contraparte, las pretensiones que se hacen valer judicialmente... (O. Pierre Tapia; 1995, vol. 7, p. 315).

O en otras palabras las medidas preventivas tienen como finalidad asegurar la efectiva ejecución del fallo.

II. MEDIDAS CAUTELARES

1. *Reseña histórica de las medidas cautelares*

En el Derecho Romano, no existían las medidas cautelares tal como se comprenden hoy en día, sin embargo, existían ciertas instituciones similares que llevaban acabo objetivos parecidos a las actuales.

La *manus iniectio* que es la aprehensión material que el acreedor hace de su deudor, esto es, recae sobre las persona del deudor cuando ha sido condenado al pago de una determinada cantidad de dinero y no puede cubrirse sobre los bienes del deudor.

La *signoris capio* es la aprehensión material que va ya no contra la persona del deudor sino contra sus bienes, esto es tomar del deudor en garantía del propio crédito.

Finalmente en el Derecho Romano, una vez trabada la litis con la contestación, la cosa litigiosa no podía ser enajenada, ni destruida, ni deteriorada, de forma que debía ser entregada al ganancioso en el estado en que se hallaba al comenzar la contención. (P. Villarroel; 1997, p. 10)

Aquí se puede encontrar una semejanza con las medidas preventivas actuales, particularmente con la prohibición de enajenar y gravar y con el secuestro. (*Idem*).

En España aparecen las medidas cautelares en las Siete Partidas, sancionadas por el Rey Alfonso "El Sabio", específicamente en la Tercera. (*Idem*).

Así mismo, sobre la medida de arraigo dispusieron las Leyes de Toro y la Novísima Recopilación (*Ibidem*, p. 11) y en el siglo XIX en la doctrina alemana se trata sobre este importante tema.

Ya Venezuela en función de República dictó en 1836 el primer Código Procesal, el cual contenía un título llamado "De las Incidencias"; en este Título se comprendían las excepciones dilatorias, recusación de funcionarios, competencias, secuestro judicial y arraigo, tercerías, cesión de bienes y de la espera y quita. (P. Villarroel, p.11).

El código de 1873, efectuó sensibles modificaciones en la materia de las medidas preventivas de aseguramiento, que son las de secuestro judicial y arraigo. El código del 1873 fue derogado por el de 1897. Al modificar el código de 1897 la materia de secuestro y embargo judicial, introdujo la medida denominada de prohibición de enajenar. El código de 1916, trae el nombre de: "incidencias sobre las medidas preventivas y otras y de la tercería". La modificación consiste en sustituir la palabra precautelativa por preventiva; pero a la prohibición de enajenar agregó "y gravar bienes inmuebles y el embargo de bienes muebles". (Cf. *Ibidem*, pp.12-13).

Por último el Código de Procedimiento Civil de 1987 ordena la materia cautelar y su aplicación, evitando así, las lagunas legales que se producían en el ordenamiento jurídico anterior. (Cf. *Ibidem*, p.13).

2. *Definición de medidas cautelares*

Para Ramiro Podetti:

...las medidas cautelares son actos procesales del órgano jurisdiccional adoptados en el curso de un proceso de cualquier tipo o previamente a él, a pedido de interesados o de oficio, para asegurar bienes o pruebas, o mantener situaciones de hecho, o como un anticipo, que puede o no ser

definitivo, de la garantía jurisdiccional de la defensa de la persona o de los bienes y para hacer eficaces las sentencias de los jueces. (R. Podetti; 1956, Tomo IV, p. 20).

Juan M. Campo ha tomado el término de medida cuyo fin estará preestablecido en orden al cumplimiento del dispositivo sentencial y como una forma de dar cumplimiento a los fines del Estado; y al respecto expresa:

Las medidas cautelares surgen como aquellas garantías que tienen los particulares o ciudadanos, para que los efectos de la sentencia se cumplan o se hagan efectivas; por ello el particular, para que no se vea burlado después de un proceso largo y difícil, en el que finalmente le son estimadas y apreciadas positivamente sus pretensiones, la ley le facilita unas medidas que debe poner en marcha a fin de asegurar los efectos de la sentencia. (J.M. Campo citado por R. Ortiz, 1997, pp. 78 - 79).

Para Devis Echandía que se inclina por la denominación de proceso cautelar y a tal efecto expresa:

Este proceso no tiene como fin declarar un hecho o una responsabilidad, ni la de constitución de una relación jurídica, ni de ejecutar un mandato y satisfacer el derecho que se tiene sin ser discutido, ni de dirimir un litigio sino de prevenir los daños que el litigio pueda acarrear a puedan derivarse de una situación anormal (D. Echandía; 1982, Tomo I, pp. 145 y ss.)

Venturini señala:

Las providencias emanadas judicialmente, a petición de parte o de oficio, por medio de las cuales, se efectúa la prevención o aseguramiento procesales, con carácter provisorio sobre bienes o personas, para garantizar los resultados de un juicio, deben denominarse medidas preventivas, en razón de su raigambre histórica en el proceso vernáculo; y, además de ser el nombre señalado por el CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. (A. Venturini, citado por R. Ortiz; 1997, p. 80).

3. Naturaleza jurídica de las medidas cautelares

La naturaleza jurídica de las medidas cautelares y que a la vez es una de las características más importantes es su instrumentalidad. Calamandrei considera que las providencias cautelares tienen un carácter instrumental en el sentido que ellas no son nunca fines en sí mismas ni pueden aspirar a convertirse en definitivas; instrumentalidad también en el aspecto de que sirven de ayuda y auxilio a la providencia principal (Calamandrei; 1945, p. 33).

Entonces, son tres los elementos que contienen la definición de la providencia cautelar: primero, anticipa la realización de un efecto que puede o no ser reiterado con mayor o menor intensidad por un acto ulterior; segundo, satis-

face la necesidad urgente de terminar un peligro causado por el inevitable retardo en la administración de justicia, y tercero, sus efectos están preordenados y condicionados a lo que resuelva la providencia de mérito subsecuente. (R. Henríquez; 1994, p. 39).

4. Características de las medidas cautelares:

A continuación nombraremos y explicaremos de manera breve las características de las medidas cautelares:

INSTRUMENTALIDAD O ACCESORIEDAD

En cuanto que no constituyen en un fin en sí mismo sino que surgen al servicio de un proceso principal.

PROVISIONALIDAD

La provisionalidad es una consecuencia necesaria de la instrumentalidad. La medida cautelar existe mientras permanezcan las condiciones que las causaron. Se agotan al producirse la sentencia definitiva en el juicio de cognición o de mérito.

TEMPORALIDAD

Se refiere a la duración de las medidas pero no referida ni condicionada a las condiciones que las causaron, sino más bien al lapso durante el cual se encuentran vigentes y hasta que sean sustituidas por otra u otras. (P. Villaruel; 1997, p. 27).

JUDICIALIDAD

Siempre están referidas a un juicio, no se conciben una medida cautelar fuera de un proceso; siendo el requisito de *pendente lite* un carácter de judicialidad.

VARIBILIDAD

Las medidas cautelares se encuentran comprendidas dentro del grupo de providencias con la cláusula *rebus sic stantibus*, según la cual, aun estando ejecutoriadas, pueden ser modificadas en la medida que cambie el estado de cosas para el cual se dictaron. (R. Henríquez; 1994, p.41). Así, en el caso del artículo 586 del Código de Procedimiento Civil, cuando los bienes afectados exceden la cantidad de la cual se decretó la medida, la prohibición expresada

en el 587 que limita la práctica de las medidas sólo sobre los bienes de propiedad del afectado, de comprobarse lo contrario la medida tendría que ser levantada. Es también el supuesto de la caución cuyo efecto es la suspensión cautelar. (P. Villarroel; 1997, pp. 26-27). Con concomitancia a esta característica el Tribunal Supremo de Justicia se ha pronunciado en innumerables fallos como por ejemplo: sentencias de la Sala de Casación Civil del 22 de septiembre de 1988, en el juicio de Angelo Ricupati y otros contra Inversora Triedo S.R.L., sentencia del 9 diciembre de 1992, en el juicio Banco de la Construcción y de Oriente C.A. contra Antonio Bocalandro Pérez y otra, sentencia del 19 de julio de 1995, en el juicio de Banco de Fomento Comercial de Venezuela, C.A. contra Petroleras Las Mercedes, S.A. y un particular.

Podemos citar un extractos de este último fallo:

El artículo 586 del Código de Procedimiento Civil obliga al Juez a limitar las medidas cautelares a los bienes que sean estrictamente necesarios para garantizar las resultas del juicio. Esta disposición deberá entenderse en concordancia con el artículo 587 del mismo Código, de acuerdo al cual ninguna de dichas medidas podrá ejecutarse sino sobre bienes que sean propiedad de quien se libren, salvo en el supuesto de las causales taxativas de secuestro (O. Pierre Tapia; 1995, vol. VI, p.316).

URGENCIA

Viene a ser la garantía de eficacia de las providencias cautelares. (R. Henríquez; 1994, p. 43). Si no se decreta en forma urgente, la garantía para que sea eficaz la medida se pierde, se hace ilusoria la ejecución del fallo. Calamandrei opina "...entre hacer las cosas pronto pero mal y hacerlas bien pero tarde, las providencias cautelares tienden, ante todo, a hacerlas pronto, dejando que el problema de bien y mal, esto es, de la justicia intrínseca de la providencia se resuelva más tarde..." (P. Calamandrei, 1945, p. 71).

PUBLICIDAD

Se fundamenta en el principio de impulso procesal. Las medidas preventivas jamás se decretan —en materia civil— si no hay instancia de parte. No puede el juez violentar la autonomía de las partes imponiéndoles una medida cautelar no solicitada, salvo que se trate del orden público, las buenas costumbres o porque lo establezca expresamente la Ley.

IN AUDITA ALTERA PARS

Las medidas preventivas se dictan y decretan sin conocimiento o sin notificación del sujeto pasivo de la medida cautelar. El artículo 601 del Código de

Procedimiento Civil, establece que el Tribunal, encontrando bastante la prueba presentada por el solicitante decretará la medida y procederá a su ejecución, este decreto se dicta el mismo día en que se hace la solicitud, y no tiene apelación. (P. Villarroel; 1997, p.27).

SON DE DERECHO ESTRICTO

Las normas cautelares son de interpretación restringida, por cuanto tienden a limitar o prohibir de una u otra forma, según su especie, las garantías personales (individuales, sociales, económicas y políticas) que establece la Constitución Nacional, teniendo sólo como fundamento un juicio conjetural basado en presunciones de hombre. (R. Henríquez; 1994, pp. 45-46). El Juez tiene que interpretar estricta y restrictivamente la norma cautelar aun cuando estén provista de urgencia.

CAUSAN COSA JUZGADA FORMAL

Ya que pueden ser revocadas, sustituidas o absorbidas por la decisión definitiva o quedar caducas por la extinción del plazo, el efecto de cosa juzgada que pueda alcanzar no es material. (P. Villarroel; 1997, p. 27).

MUTABILIDAD Y FLEXIBILIDAD

Pueden ser sustituidas unas de otras, reducidas o aumentadas o acumuladas entre sí. (*Ibidem*; p.28).

5. Clasificación legal de las medidas cautelares

Las medidas cautelares se pueden clasificar en:

MEDIDAS CAUTELARES TÍPICAS

- Las que procuran la garantía económica de la ejecución forzosa (embargo y prohibición de enajenar y gravar);
- las que aseguran y preservan la cosa litigiosa (secuestro).

MEDIDAS CAUTELARES GENÉRICAS O INNOMINADAS

- Las que aseguran derechos individuales, sociales y políticos de carácter inalienable;
- las que aseguran derechos patrimoniales (asegurativas, conservativas y anticipativas).

PROVIDENCIAS CAUTELARES COMPLEMENTARIAS

Destinadas a asegurar la eficacia y ejecución de las medidas típicas.

El Código de Procedimiento Civil en su artículo 588 agrupa cuatro tipos de medidas cautelares:

- El Embargo de Bienes Muebles;
- El Secuestro de Bienes Determinados
- La Prohibición de Enajenar y Gravar Bienes Inmuebles
- Medidas Cautelares Innominadas: establecidas en el Parágrafo primero del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, la redacción es bastante genérica, por cuanto sería dificultoso tratar de enumerar las situaciones en que se podrían pedir estas medidas cautelares, pero es indudable que para acordarlas, el Juez deberá vigilar estrictamente los presupuestos del *fumus bonis iuris* y el *periculum in mora* (*Ibidem*; p. 40).

6. Medidas cautelares típicas

Las medidas típicas o nominadas son aquellas disposiciones preventivas de carácter cautelar previstas expresamente en la ley para situaciones específicas y con vistas a un temor de daño concreto establecido por el legislador; son típicas entanto que están previstas para un particular procedimiento y pueden revestir dos modalidades: primero, que el propio legislador establezca el contenido de la medida, y segundo, que se deje a criterio del tribunal la medida adecuada para el específico temor de daño alegado (R. Ortiz; 1997, p. 148).

A continuación explicaremos sucintamente cada una de las medidas típicas ya mencionadas:

EL EMBARGO

El embargo es la medida cautelar por excelencia no es exclusiva del fenómeno cautelar, pues también procede en ejecución o como institución autónoma (*Ibidem*; p. 150).

Definición:

Para la Enciclopedia Jurídica Opus el embargo es la "acción y efecto de embargar. Retención de bienes del deudor en virtud de mandamiento judicial" "...por medio del embargo los bienes embargados son sustraídos de la libre disposición por parte de su propietario" (*Enciclopedia Jurídica Opus*; 1994, Tomo III, p. 470).

Según Rafael de Pina el embargo es la "intimación judicial hecha a un deudor para que se abstenga de realizar cualquier acto susceptible de producir la disminución de la garantía de un crédito debidamente especificado" (R. de Pina; 1965, p.121).

Para Devis Echandía, el embargo "es el acto judicial mediante el cual se pone fuera del comercio una cosa y a órdenes de la autoridad que lo ha decretado" (D. Echandía; 1982, Tomo III, pp. 347-348).

Para Lino Enrique Palacio en su libro sobre Derecho Procesal Civil el embargo preventivo es "la medida cautelar en cuya virtud se afectan e inmovilizan uno o varios bienes de quien es o ha de ser demandado en proceso de conocimiento o de ejecución, con miras a asegurar la eficacia práctica o el resultado de tales procesos" (L. Palacio; 1989, Tomo VIII, p. 100).

Podemos agregar que todas las medidas cautelares son bilaterales, es decir, pueden ser solicitadas por cualquiera de las partes, con las excepciones que dicte la ley procesal (R. Ortiz; 1997, p. 151); y en consecuencia el embargo preventivo no sólo procede a petición del actor o acreedor.

Para Rafael Ortiz-Ortiz:

...el embargo es una medida preventiva de carácter cautelar que, a solicitud de parte y en el curso de un proceso, puede decretar el juez previa la comprobación de los requisitos de Ley, sobre bienes muebles propiedad de aquel contra quien se dirija, y los cuales quedarán afectos a responder del contenido del dispositivo sentencial de condena expresado en la definitiva (Ibidem, p. 152).

Ricardo Henríquez La Roche entiende por embargo preventivo, "...el acto judicial a requerimiento de parte, en virtud del cual se sustrae en un depositario cualquier bien mueble del poseedor contra quien obra, con el objeto de suspender provisionalmente los atributos de su derecho de propiedad —ius abutendi, fruendi et utendi— y tenerlos a las resultas del juicio" (R. Henríquez; 1994, p. 118).

En Venezuela se regula el embargo preventivo en el Capítulo II del Libro Tercero del Código de Procedimiento Civil (artículos 591 al 598). El artículo 591 del Código de Procedimiento Civil establece:

A pedido de parte, el Juez se trasladará a la morada del deudor, o a los sitios o establecimientos donde se encuentren los bienes a embargarse, para ejecutar la medida. A tal fin, podrá ordenar la apertura de puertas y de cualquiera depósitos o recipientes, y solicitar, cuando fuere necesario, el auxilio de la fuerza pública se fuere necesario.

Clasificación del embargo:

Embargo preventivo: Sólo puede versar sobre bienes muebles.

Embargo ejecutivo: Puede versar tanto sobre bienes muebles como inmuebles. El embargo ejecutivo se encuentra establecido en los artículos 534 y 536 del Código de Procedimiento Civil.

SECUESTRO

Definición:

Para Rafael Ortiz-Ortiz la voz "secuestro" proviene del latín "sequestrum" que alude a la acción y efecto de "secuestrar" (sequestrae), esto es "depositar judicialmente o gubernativamente una alhaja en poder de un tercero hasta que se decida a quien pertenece" (R. Ortiz; 1997, p. 172).

De acuerdo al diccionario jurídico de Rafael de Pina el secuestro es el "depósito de una cosa litigiosa en poder de un tercero, hasta que se decida a quien debe entregarse" (R. de Pina; 1965, p.263).

Para Pedro Pineda León el "secuestro es el depósito que se hace de la cosa en manos de un tercero, a efecto de garantizar su integridad y su conservación..." (P. Pineda; 1964, Tomos III y IV, p.7).

Para Devis Echandía el "secuestro es la entrega que de una cosa o un bien mueble o de un conjunto de bienes se hace a una persona para que los tenga en su poder en depósito o los administre, según su naturaleza y utilización, a nombre y a órdenes de la autoridad que lo ha decretado" (D. Echandía; 1982, Tomo III, p. 348).

Para Lino Enrique Palacio "en sentido lato, denominase secuestro a la medida judicial en cuya virtud se desapodera a una persona de una cosa litigiosa o embargada o de un documento que tiene el deber de presentar o de restituir" (L. Palacio; 1989, Tomo VIII, p. 151).

Las causales del secuestro en el Código de Procedimiento Civil se encuentran establecido en el artículo 599. El secuestro procede tanto sobre muebles o inmuebles.

Este artículo menciona de manera taxativa, los casos en que el legislador ha considerado imprescindible la privación de la libre disposición de la cosa o de los bienes que son materia de discusión con relación a alguno de los litigantes, basándose en el peligro que por pérdida, ruina o deterioro, que

pueden correr tales cosas o bienes, colocándolas a tal efecto en manos de un depositario. (P. Villarreal; 1997, p.115).

Con relación a lo anterior podemos expresar que en el secuestro,

... no será necesaria —como en el embargo y la prohibición— la prueba "del riesgo manifiesto", sino bastará con acreditar la presunción grave del derecho reclamado y, además, estarse en alguno de los casos taxativos del artículo 599, y por eso pensamos que el artículo 585 —pese a su absolutez— no rige sino parcialmente cuando se trata de un secuestro, de modo que, en la mayoría de los casos, bastará con acreditar el derecho deducido y acreditar también, la ocurrencia de uno de los casos concretos, pero sin tener que acudir al extremo del "riesgo manifiesto" (P. Alid Zoppi; 1988, p. 23).

Clasificación del secuestro

Secuestro convencional: Se entiende por secuestro convencional al depósito de una cosa litigiosa hecha por dos o más personas en manos de un tercero, quien se obliga a devolverla después de la terminación del pleito a aquél a quien se declare debe pertenecerle, indicando además que el secuestro es remunerado, salvo convención a pacto en contrario, pudiendo recaer lo mismo sobre bienes muebles que inmuebles. (G. Quintero citado por R. Ortiz; 1997, p.172).

Para Rafael de Pina en su diccionario de Derecho el secuestro convencional "es aquel que se verifica cuando los litigantes depositan la cosa litigiosa en poder de un tercero que se obliga a entregarla, concluido el pleito, al que conforme a la sentencia tenga derecho a ella". (R. de Pina; 1965, p. 263).

El artículo 1.781 del Código Civil vigente define como secuestro convencional: "el depósito de una cosa litigiosa hecho por dos o más personas en manos de un tercero, quien se obliga a devolverla, después de la terminación del pleito, a aquél a quien se declare que deben pertenecer".

Ahora bien, en opinión de Rafael Ortiz-Ortiz "el secuestro convencional no es una medida preventiva sino un 'contrato' que puede ser a título gratuito (en cuyo caso se aplican las reglas del depósito) u oneroso; su consensualidad no sólo está presente en el origen sino que para libertarse del secuestro al depositario, antes de la terminación del pleito, se requiere el 'consentimiento de todas las partes', según lo establece el artículo 1784 del Código Civil, en consecuencia no funciona en sede cautelar jurisdiccionalmente declarada, sino que depende de la sola voluntad de las partes intervinientes" (R. Ortiz; 1997, p.173)

Secuestro judicial: Para Gonzalo Quintero Muro el secuestro judicial es el "depósito de una cosa hecho merced a un juicio; en tales casos el depositario deberá poner en la conservación de los efectos embargados el cuidado de un buen padre de familia, o sea el cuidado clásico del *bonus pater familiae*" (G. Quintero citado por R. Ortiz; 1997, p.173).

Para Rafael de Pina el secuestro judicial "es el que se constituye por resolución del juez y se rige por las disposiciones de los Códigos de Procedimientos Civiles y, en defecto de éstas, por las del secuestro convencional" (R. de Pina; 1965, p.263).

En concordancia con lo anterior se encuentra el artículo 1.785 del Código Civil establece que "el depositario debe poner en la conservación de los efectos embargados el cuidado de un buen padre de familia, y tenerlos a la disposición del tribunal".

Enrico Redenti clasifica el secuestro

... como judicial y conservativo, podemos decir que el judicial sirve para asegurar que venga a ser fructuosa (si y cuando pueda tener lugar por parte de un derechohabiente) una futura ejecución forzada para entrega o libramiento, una división o una exhibición; el conservativo sirve para asegurar que llegue a ser fructuosa (si y cuando pueda tener lugar por parte del acreedor, después de que haya obtenido el título ejecutivo), una futura ejecución para expropiación sobre los bienes del deudor. (E. Redenti; 1957, Tomo II, p. 249).

PROHIBICIÓN DE ENAJENAR Y GRAVAR

Definición

La prohibición de enajenar y gravar es aquella medida preventiva o cautelar a través de la cual el Tribunal, a solicitud de parte y cumpliéndose los requisitos del artículo 585 del CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL vigente, impide que al afectado por la medida pueda de alguna forma vender o traspasar la propiedad de un bien inmueble, litigioso o no, o de alguna manera gravarlo en perjuicio de su contraparte. (R. Ortiz; 1997, p. 181).

La prohibición de enajenar y gravar esta prevista en el artículo 600 del Código de Procedimiento Civil, que expresa:

Acordada la prohibición de enajenar y gravar, el Tribunal, sin pérdida de tiempo, oficiará al Registrador del lugar donde estén situados el inmueble o los inmuebles para que no protocolice ningún documento en que de alguna manera se pretenda enajenarlos o gravarlos insertando en su oficio los datos sobre situación y linderos que constaren en la petición.

Se consideran radicalmente nulas y sin efecto la enajenación o el gravamen que se hubieren protocolizado después de decretada y comunicada al Registrador será responsable de los daños y perjuicios que ocasione la protocolización.

La ejecución de esta medida la tramita el Juez que la haya decretado, mediante oficio dirigido al Registrador del lugar donde esté ubicado el inmueble sobre los cuales recaiga la medida, sin que en ningún caso se necesite la intervención del funcionario ejecutor de la medida. (P. Villarroel; 1997, pp. 143 - 144).

Según Pedro Pineda León la prohibición de enajenar y gravar "es una traba al derecho de propiedad porque la inmoviliza e impide que se traspasen a otras personas o que se disminuya su valor con un gravamen" (P. Pineda; 1964, Tomo III y IV, pp. 11- 12).

Para Pedro Villarroel Rión la prohibición de enajenar y gravar "se trata de una medida cautelar, ya que su objetivo es prevenir que el deudor grave o se desprenda de los bienes inmuebles que forman su patrimonio" (P. Villarroel; 1997, p. 139).

Se puede agregar que en la prohibición de enajenar y gravar interesa sólo el derecho de disposición (*ius abutendi*) de la cosa. Esta disposición puede ocurrir de tres maneras: a) cesión del uso y disfrute, por mediante alquiler, comodato, etc.; b) cesión del uso, disfrute y disposición, en caso de enajenación; c) imposición de un derecho *propter rem* sobre la cosa en beneficio de un tercero para garantizar un crédito. (R. Henríquez; 1997, Tomo IV, p. 516)

III. LA SUSTITUCIÓN DE BIENES EN LAS MEDIDAS CAUTELARES

Lo primero que cabe resaltar en este punto; es el carácter mutable o flexible que poseen las medidas cautelares; como ya lo indicamos, las mismas pueden ser reducidas, ampliadas, mejoradas, acumuladas o sustituidas. Y por lo tanto, también pueden ser sustituidos los bienes sobre los cuales algunas de ellas recaen.

Esta posición es apoyada por Ramiro Podetti, en su obra sobre Derecho Procesal Civil cuando expresa sobre las características de las medidas cautelares: son mudables en su doble sentido: en cuanto pueden ser sustituidas a pedido del demandado y en cuanto deben ajustarse al fin de la cautela, adaptándose, lo más señadamente posible, a las necesidades del caso. (R. Podetti; 1956, Tomo IV, p.25)

Y sigue diciendo:

Sustituir, para la institución que me ocupa, es poner una cosa en lugar de otra o bien un fiador, en lugar de una casa o en lugar de otro fiador y vice-versa. Modificar, es cambiar una medida cautelar o de contracautela, sea en cuanto a su naturaleza —una fianza real por una personal—, sea en cuanto a su calidad —un embargo preventivo por una fianza— bien en cuanto a su extensión —una administración judicial por una intervención judicial— que puede referirse al monto —una mayor o menor garantía. Es decir, que la sustitución es una especie de modificación, pero aquella es la que prevea, en forma expresa, todos los códigos procesales y la de mayor utilización. (Ibidem, p. 135).

Jorge Carreras expresa: "Entre las modificaciones generales debemos distinguir la ampliación o mejora del embargo, su reducción y la sustitución". (J. Carreras; 1957, p. 554).

Y continúa manifestando:

La modificación de un embargo puede afectar exclusivamente a un determinado elemento patrimonial, de modo que no se tratará entonces de una modificación genérica —relativa a qué bienes deben entrar o no en la ejecución y pasar de objeto de la responsabilidad u objeto de aquella—, sino de la modificación específica del embargo de un bien.

La primera de estas modificaciones es la de la sustitución del objeto embargado, que se produce cuando afectado un bien a la ejecución sufre una transformación intrínseca que hace que la afección pase a recaer, sin necesidad de nueva declaración de voluntad esencial, sobre otro bien distinto. Al estudiar las medidas de garantía de los derechos, y tratar de la llamada acción subrogatoria como una de tales medidas, vimos como el ejercicio del derecho embargado llevado a cabo por el ejecutado como sustituto del ejecutado, llevaba a veces consigo una sustitución del objeto, especialmente cuando el derecho embargado y ejercitado era el de retracto convencional o el hereditario. La sustitución del objeto embargado lleva consigo, en ciertos casos, la adopción de otras medidas diversas de garantía, según sea la naturaleza del bien sustituido del primitivamente afectado. (Ibidem, p. 556).

Con referencia a este punto Lino Enrique Palacio expresa:

En virtud de que la ejecución forzada no puede ir más allá de lo necesario para satisfacer el interés del acreedor, debe reconocerse al ejecutado, por una parte, el derecho de ofrecer la sustitución de los bienes embargados por otros que resulten suficientes para cubrir el crédito reclamado y sean susceptibles de realización en iguales o mejores condiciones que aquéllos, y por otra parte, el de solicitar la reducción del monto por el cual se trabó la medida cuando ese es excesivo, pues lo contrario equivale a consagrar un uso abusivo del derecho por parte del ejecutado. (E. Palacio; 1989, Tomo VII, p. 247).

Y continua:

...el órgano judicial se halla en todo caso habilitado para determinar el tipo de medida adecuado a las circunstancias del caso, y, por otro lado, el sujeto activo y el sujeto pasivo de la pretensión cuenta con la facultad de requerir, en cualquier momento, la modificación de la medida o medidas dispuestas. Todo ello se complementa con la posibilidad de adaptar las medidas a las necesidades del comercio y de la industria, así como la de proceder a la realización de los bienes cautelados. (E. Palacio; 1990, Tomo VII, p. 51).

Puede ocurrir también según Miguel Angel Fernández que:

...durante el proceso de ejecución, en la legislación española se sustituyan por otros alguno o algunos de los bienes embargados (conversión de embargo). Normalmente, la conversión del embargo la solicitan ejecutante y ejecutado puestos de acuerdo, aunque también puede ser exigida por el ejecutado e, incluso, ordenada de oficio por el Juez ejecutor (M. A. Fernández; 1988, Tomo III, p. 193).

El Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires contempla la sustitución de bienes en su artículo 203 que expresa:

El acreedor podrá pedir la ampliación, mejora o sustitución de la medida cautelar decretada, justificando que ésta no cumple adecuadamente la función de garantía a que está destinada.

El deudor podrá requerir la sustitución de una medida cautelar por otra que le resulte menos perjudicial siempre que ésta garantice suficientemente el derecho del acreedor. Podrá, asimismo pedir la sustitución por otros bienes del mismo valor, o la reducción del monto por el cual la medida precautoria ha sido trabada, si correspondiere (destacado nuestro)

La resolución se dictará previo traslado a la otra parte por el plazo de cinco días, que el juez podrá abreviar según las circunstancias.

En la presente disposición se demuestra la presencia en la legislación procesal Argentina de la sustitución de unos bienes por otros siempre y cuando posean el mismo valor.

Ahora bien, que establece la legislación venezolana en el Código de Procedimiento Civil en concordancia con el Código Civil sobre la sustitución de bienes en las medidas cautelares.

La fundamentación legal de la sustitución de bienes se encuentra consagrada en los artículos 534, 548 y 597 del Código de Procedimiento Civil.

El artículo 534 consagra:

El embargo se practicará sobre los bienes del ejecutado que indique el ejecutado. En cualquier momento en que el ejecutado ponga disposición del

Tribunal bienes suficientes para llevar a cabo la ejecución, el Tribunal decretará el levantamiento del embargo que se haya practicado sobre el inmueble que le sirve de morada.

Un mismo bien podrá ser objeto de varios embargos. Los derechos de los que los hayan hecho practicar se graduarán por su orden de antigüedad. Rematado el bien, el derecho de los embargantes se trasladará sobre el precio en el mismo orden y cuantía en que hayan sido practicados los embargos. Quedan a salvo las preferencias y privilegios legales.

Lo primero que cabe resaltar, con respecto a esta norma, es que el señalamiento o indicación de los bienes objeto del embargo, que corresponde al ejecutante de la medida, a diferencia de lo que expresa o menciona el artículo 597 sobre el embargo preventivo, en donde la ley le permite que sea el demandado quien determine los bienes objeto de la medida preventiva, siempre y cuando no haya perjuicio para el ejecutante.

El otro aspecto que consagra este artículo, es la posibilidad de suspender el embargo ejecutivo sobre el inmueble que constituye la vivienda o morada del ejecutado, cuando éste entregue bienes suficientes para llevar a cabo la ejecución. Se puede interpretar extensivamente esta norma al hacer referencia a la sustitución; no se puede inferir que sólo se permitirá la sustitución del inmueble del ejecutado, sino de cualquier otro tipo de bien del sujeto pasivo de la medida; siempre y cuando el mismo, otorgue sus correspondientes bienes para asegurar la ejecución, y sin causarle daño al ejecutante.

El artículo 597 *eiusdem* establece: "Cuando no haya perjuicio para el embargante, el embargo debe ejecutarse preferentemente sobre las cosas que indique la parte embargada".

El mencionado artículo manifiesta, que tiene preferencia para el señalamiento del ejecutado, si el mismo se halla en el sitio al momento de la ejecución de la medida de embargo, ya que como consecuencia del carácter de *in audita altera pars*, que poseen las medidas, existe la posibilidad de que no se encuentre. Entonces, el legislador concede primacía al ejecutado para la señalización de los bienes, suavizando así la ejecución del embargo, para evitar perjuicios incalculables al sujeto pasivo de la medida.

Cabe resaltar, otro aspecto relativo a este artículo que es el referido a qué entiende el legislador cuando dice que: "... no haya perjuicio para el embargante...". Desde nuestro punto de vista se podría decir que existe perjuicio para el ejecutante cuando:

- a) El bien que está señalando el ejecutado tenga un valor muy inferior al bien que está ejecutando el solicitante de la medida.

- b) Cuando se hace más dispendioso, más dilatado, más oneroso el remate del bien que está ofreciendo el ejecutado.

Confirmando estos argumentos Ricardo Henríquez La Roche afirma:

Dicho perjuicio, objetivamente considerado, atañe al mayor valor de la cosa que prefiere embargar el ejecutante, puesta en relación con la cuantía de la demanda; a los mayores gastos de depósito y traslado del bien, así como a las expensas del proceso de ejecución que, en el caso de embargo de dinero, queden totalmente eximidas. (R. Henríquez; 1997, Tomo IV, p.445).

Ejemplificando la parte en estudio de este artículo podemos expresar el siguiente caso:

Si al momento de practicar la medida de embargo en un local comercial, cuyo fin es la venta de artículos de computación y accesorios afines, situado en el centro comercial "Delicias Norte"; el ejecutado pide que en vez de embargarse el dinero que se encuentra en la caja registradora de dicho local, cuyo monto alcanza los dos millones de bolívares, pide que se le embarguen tres computadoras, cuyo valor no cubre los dos millones de bolívares; y además de esto, los bienes muebles conllevan el nombramiento de expertos para el avalúo antes del remate y la respectiva publicación de carteles; entonces el ejecutante de la medida se vería perjudicado con dicha sustitución, ya que para él sería más oneroso, más dispendioso el remate de ese bien.

Ahora bien; enfocando los artículos con relación a la señalización de los bienes, antes mencionada podemos resaltar que, si bien el artículo 534 faculta al ejecutante de la medida para la indicación de los bienes a embargar ejecutivamente y el 597 faculta a la parte embargada para que realice dicha designación en el embargo preventivo; entonces nos preguntamos ¿qué norma se aplica con preeminencia el 534 o el 597?, consideramos que la norma que se aplica con preferencia es el artículo 597, es decir, la facultad de señalización de los bienes por parte del ejecutado; ya que de esta manera las medidas preventivas tendrían el verdadero carácter de cautelares, y no de coacción o presión por parte del ejecutante hacia el sujeto pasivo de la medida.

Apoyando este criterio se encuentra Abdón Sánchez Noguera cuando expresa que el artículo 597 es una: Novedosa disposición que pone de relieve la naturaleza precautelativa de garantía de las resultas del proceso, respecto de la medida de embargo en particular, desvirtuando la posibilidad de que la misma pueda pretenderse como mecanismo de presión frente a la parte contra quien se decreta y ejecuta, para obtener un beneficio derivado de la situación que se presenta como consecuencia de la ejecución (A. Sánchez; 1995, p. 158)

Ahora bien, el artículo 548 *iusdem* establece las mejoras en la ejecución, que permite que el sujeto activo traslade o sustituya un bien afectado por una medida de embargo por otro bien, con el propósito de mejorar la ejecución en caso de remate.

Artículo 548: *El ejecutante podrá pedir que se trasladen de unos bienes a otros el embargo hecho con el objeto de la ejecución, y que se embarguen nuevos bienes además de los ya embargados, y el Juez lo decretará así, si del justiprecio que se haya efectuado, deduce que será necesario para la eficacia de la ejecución. En caso de hipoteca, el embargo se limitará a los bienes hipotecados y el acreedor sólo podrá pedir el embargo de otros bienes cuando rematados los hipotecados hayan resultado insuficientes para su pago. Con respecto a la ejecución de los inmuebles que no le estén hipotecados tendrá los derechos de un acreedor quirografario.*

El artículo mencionado se aplicará por vía analógica a las medidas cautelares.

Con relación a lo anterior Ricardo Henríquez La Roche expresa: "Porque aun cuando la norma se refiere implícitamente al acto de ejecución de la medida, no señala momento preclusivo alguno, y el hecho de que se haya practicado no puede privar sobre el fin exclusivamente preventivo que tiene la medida" (R. Henríquez; 1997, p. 445).

Sistemáticamente, en apoyo a este razonamiento, también se aplica el artículo 589 que consagra lo siguiente:

No se decretará el embargo ni la prohibición de enajenar y gravar, o deberán suspenderse si estuvieren ya decretadas, si la parte contra quien se haya pedido o decretado, diere caución o garantía suficiente de las establecidas en el artículo siguiente.

Si se objetare la eficacia o suficiencia de la garantía, se abrirá una articulación por cuatro días y se decidirá en los dos días siguientes a ésta.

En otras palabras, si el legislador permite al sujeto pasivo de la medida la medida la sustitución de la cosa embargada por otra dada en prenda, por argumento semejante, se podría sustituir la cosa embargada por otro bien, dado en embargo, como objeto del mismo.

De igual forma se encuentra el artículo 1.850 del Código Civil que establece:

El deudor prendario puede igualmente, en caso de deterioro o disminución del valor de la cosa dada en prenda, solicitar del Juez competente que se venda en las mismas condiciones del artículo precedente. Sin embargo, si lo prefiere, puede solicitar la restitución de la prenda ofreciendo otra garantía que la reemplace.

Si el acreedor objetare la nueva garantía ofrecida, se procederá conforme a lo prescrito en el artículo anterior.

Por ello, esta norma es aplicable a los bienes embargados sobre los cuales se origina una "prenda judicial" en beneficio del acreedor prevenido.

Ricardo Henríquez La Roche al respecto opina, cuando habla sobre el reembolso de bienes expresado en el artículo 534 del Código de Procedimiento Civil:

Aunque el derecho de preferencia del embargante no es una prenda en sentido convencional, se asemeja a ella en sus rasgos esenciales, hasta el punto de constituir una prenda sui generis que, en atención a su origen, puede denominarse "prenda judicial". Los bienes embargados dejan de ser la prenda común de los acreedores (artículo 1.864 C.C.), para convertirse en la prenda específica del acreedor embargante. (Ibidem, p. 130).

En conclusión podemos decir para finalizar este punto que el fundamento legal de la sustitución de bienes se encuentra en el artículo 534, 548 y 597; dicha sustitución tiene como finalidad darle el verdadero carácter de prevención que tienen las medidas cautelares, es decir, para el aseguramiento de las resultas del proceso y no como medidas de presión o coerción para el sujeto pasivo de las medidas.

Cabe resaltar también que las medidas preventivas en ningún caso pueden ser utilizadas por las partes a título de caución para decretar o levantar otra medida preventiva. Ello se debe a que el ofrecimiento de una medida como caución equivale a la sustitución de una providencia preventiva por otra, lo cual no está establecido por la ley. (R. Henríquez; 1994, p. 293).

1. Oportunidad para oponer la sustitución de bienes

Ya aludíamos que el ejecutante de acuerdo a lo establecido en el artículo 548 del Código de Procedimiento Civil puede pedir la sustitución o traslado de un bien afectado por una medida de embargo a otros bienes, con el objetivo de mejorar la ejecución; lo que implica que la misma se pueda aplicar al caso de las medidas preventivas; por su carácter de instrumentalidad con respecto al procedimiento ejecutivo.

Entonces, el sujeto contra quien obra la medida o sujeto pasivo de la misma, puede solicitar la sustitución o traslado de unos bienes por otros, aun cuando la medida se haya practicado y se cumpla con los requisitos exigidos, que se mencionarán con posterioridad.

En conclusión, después de practicada la medida si no se señaló bienes a embargarse en forma preferente, el ejecutado en cualquier oportunidad antes del remate, puede pedirle al Tribunal que sustituya los bienes embargados por otros bienes, siempre y cuando se no cause perjuicio al ejecutante.

2. Condiciones para que proceda la sustitución de bienes

- Que la cosa o los bienes ofrecidos en sustitución de la embargada tenga un valor igual o superior al bien afectado por la medida.
- Que la sustitución de bienes no haga más dispendioso, más oneroso, más costoso el trámite de ejecución: si el solicitante ha logrado el embargo de numerario, no puede desconocérsele la ventaja procesal que supone obviar los trámites de justiprecio y remate;
- Que el bien afectado por la medida y del cual se pide la sustitución o el traslado tiene que estar sujeto a la medida de embargo o prohibición de enajenar y gravar y no del secuestro por ser este un bien litigioso. (R. Henríquez; 1997, Tomo IV, pp. 446-447).

3. Medidas en que procede la sustitución de bienes

La sustitución de bienes procederá como lo hemos dicho ya sobre:

- El embargo
- La Prohibición de Enajenar y Gravar. Aquí cabe realizar una salvedad; expuesta por el Dr. Ricardo Henríquez La Roche que dice:

Con fundamento en el poder cautelar general del que prevé el parágrafo primero del artículo 588, es posible el decreto de medida de prohibición de enajenar y gravar con finalidad eminentemente conservativa, habida cuenta de que dicha medida, al desposeer la cosa, produce efectos menos perjudiciales para el demandado que los que se siguen de un secuestro de la cosa fundado en el ord. 2º del artículo 599 del Código de Procedimiento Civil. De hecho la jurisprudencia, fundándose, no en un poder cautelar general, pero sí en la previsión del ord. 1º del artículo 372 del Código de Procedimiento Civil derogado, que preveía la prohibición de enajenar y gravar en los juicios reivindicatorios, extendió la medida a todas aquellas pretensiones que propendían al reconocimiento de un derecho real, como la acción de nulidad, de resolución, de simulación, etc., negando la Corte en tales casos la posibilidad del levantamiento de la medida cautelar sustituyente en razón de la "intima relación existente entre los bienes objeto de la medida y el fondo de la litis" (C.S.J., sentencia 13-3-85).

En este tipo de juicios la medida de prohibición de enajenar y gravar trasciende su finalidad asegurativa del resultado práctico de la ejecución forzosa, y cumple, al igual que en la ejecución de hipoteca (C.S.J., sentencia 2-5-74) una función conservativa de la cualidad del litigante a los fines jurídicos de la sentencia. En efecto, la prohibición de enajenar que pesa sobre el inmueble litigioso impide que el demandado traspase el derecho de propiedad que dice tener a tercera persona, lo cual, a su vez supone la impos-

sibilidad de que opere en el proceso una modificación de parte por sucesión en actos entre vivos; o dicho en otros términos, presupone el aseguramiento de la cualidad pasiva en la persona demandada. (Ibidem, pp. 516-517).

Entonces se puede indicar, que la sustitución de bienes procederá en la prohibición de enajenar y gravar siempre y cuando sobre la misma no recaiga una función conservativa de la cualidad del litigante a los fines jurídicos de la sentencia.

- En el caso del Secuestro también existe una excepción prevista en los ordinales 3º y 4º del artículo 599 que establece:

Se decretará el secuestro:

...3º De los bienes de la comunidad conyugal, o en su defecto del cónyuge administrador, que sean suficientes para cubrir aquéllos cuando el cónyuge administrador malgaste los bienes de la comunidad.

4º De bienes suficientes de la herencia o, en su defecto, del demandado cuando aquél a quien se haya privado de su legítima, la reclame de quienes hubieren tomado o tengan los bienes hereditarios.

En el secuestro no existe el límite que señala el artículo 586 del Código Civil, que dice: "El Juez limitará las medidas de que se trata este Título, a los bienes que sean estrictamente necesarios para garantizar las resultas del juicio..."; ya que el mismo recae sobre cosas determinadas, sea cual fuere su valor o estimación. Sin embargo, esta limitación tiene dos excepciones: las cuales corresponden a los ordinales antes descritos (3º y 4º) pues allí si tiene que versar sobre bienes suficientes.

Ahora bien, de lo precedentemente expuesto se puede interpretar que los bienes consagrados en los ordinales 3º y 4º son bienes indeterminados, y en consecuencia estaríamos en presencia de un secuestro irregular, que podría ser objeto de sustitución siempre y cuando no desmejore las condiciones del ejecutante de la medida.

4. Diferencia de la sustitución de bienes con la cautela sustituyente

La diferencia radica en que la cautela sustituyente lo que se ofrece es una caución o una fianza para suspender la medida; (artículo 589) de las fianzas previstas en el artículo 590; a diferencia de lo que sucede en la sustitución de bienes en donde lo que se ofrece es un bien por otro bien.

O como bien lo dice Ricardo Henríquez La Roche: "La sustitución de bienes embargados por otros ofrecidos por el embargado, es caso distinto; pues el

artículo 589 autoriza la sustitución de la medida en sí, y no el bien sobre el cual dicha medida se ha practicado" (*Ibidem*, p. 447).

CONCLUSIONES

El Estado tiene la potestad para dirimir los conflictos y evitar que los ciudadanos tomen la justicia por sus manos; esta función la realiza por medio de la jurisdicción; entonces, nos podríamos preguntar qué medios o instrumentos posee el Estado para brindar protección a sus ciudadanos al momento de iniciar o comenzar un juicio. De allí surge la finalidad de las medidas cautelares cuyo objeto es garantizar que la tardanza en los procesos judiciales de cognición no signifique la negación del derecho mismo; ellas aseguran preventivamente el derecho reclamado. (Cf. R. Ortiz; 1997, p. 9).

De modo que estas medidas tienen una doble misión: por una parte, una finalidad mediata que consiste precisamente en la preservación del estado de Derecho y la legitimidad del Estado mismo; pero también existe una finalidad inmediata, que es aquella que tiene que ver con la seguridad para el titular del derecho que una vez decidido el caso y dictada la sentencia por el Juez su ejecución no sea ilusoria. (*Ibidem*, pp.9 - 10).

Las medidas preventivas detentan como naturaleza jurídica su instrumentalidad ya que ellas no son nunca fines en sí mismas ni pueden aspirar a convertirse en definitivas; sirven de ayuda y auxilio a la providencia principal.

Las medidas preventivas también poseen una serie de características, como lo son: la instrumentalidad o accesoriedad, ya mencionada, provisionalidad, temporalidad, judicialidad, variabilidad, urgencia, publicidad, *inaudita altera pars*, que son de derecho estricto, causan cosa juzgada formal, mutabilidad y flexibilidad.

Las mismas se clasifican de acuerdo al Código de Procedimiento Civil en su artículo 588 en cuatro tipos:

- a) El Embargo de Bienes Muebles
- b) El Secuestro de Bienes Determinados
- c) La Prohibición de Enajenar y Gravar Bienes Inmuebles
- d) Medidas Cautelares Innominadas: establecidas en el Parágrafo primero del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil.

Ahora bien, en lo que respecta al punto referido de la sustitución de bienes, podemos expresa que su fundamentación legal se encuentra en los artículos 534, 548 y 597 del Código de Procedimiento Civil.

Resaltando que el 534 del Código de Procedimiento Civil, se refiere a la señalización de los bienes por parte del ejecutante de la medida y haciendo referencia al inmueble del ejecutado.

Se puede interpretar extensivamente esta norma al hacer referencia a la sustitución; no se puede concluir que sólo se permitirá la sustitución del inmueble del ejecutado, sino de cualquier otro tipo de bien del sujeto pasivo de la medida; siempre y cuando el mismo, otorgue sus correspondientes bienes para asegurar la ejecución, y sin causarle daño al ejecutante.

El artículo 597 *eiusdem* otorga la facultad al ejecutado o sujeto pasivo de la medida para la indicación de los bienes a embargar si no se le causa perjuicio al ejecutante.

Entonces, si bien el artículo 534 faculta al ejecutante de la medida para la indicación de los bienes a embargar ejecutivamente y el 597 faculta a la parte embargada para que realice dicha designación en el embargo preventivo; consideramos que la norma que se aplica con preferencia es el artículo 597, o sea, la facultad de señalización de los bienes por parte del ejecutado; ya que de esta manera las medidas preventivas tendrían el verdadero carácter de cautelares, y no de coacción o presión por parte del ejecutante hacia el sujeto pasivo de la medida.

En lo relativo a la oportunidad de la sustitución de bienes el sujeto contra quien obra la medida o sujeto pasivo de la misma, puede solicitar la sustitución o traslado de unos bienes por otros, aun cuando la medida se haya practicado y se cumpla con los requisitos exigidos; con fundamento en el artículo 548 *eiusdem*.

En consecuencia, después de practicada la medida si no se señaló bienes a embargarse en forma preferente, el ejecutado en cualquier oportunidad antes del remate, puede pedirle al Tribunal que sustituya los bienes embargados por otros bienes, siempre y cuando no se cause perjuicio al ejecutante.

Existen, al mismo tiempo, tres condiciones aportadas por la doctrina para que proceda la sustitución de bienes:

- a) Que la cosa o los bienes ofrecidos en sustitución de la embargada tenga un valor igual o superior al bien afectado por la medida.

- b) Que la sustitución de bienes no haga más dispendioso, más oneroso, más costoso el trámite de ejecución; si el solicitante ha logrado el embargo de numerario, no puede desconocérsele la ventaja procesal que supone obviar los trámites de justiprecio y remate;
- c) Que el bien afectado por la medida y del cual se pide la sustitución o el traslado tiene que estar sujeto a la medida de embargo o prohibición de enajenar y gravar y no del secuestro por ser este un bien litigioso. (R. Henríquez; 1997, Tomo IV. pp. 446-447).

En cuanto a las medidas que admiten el recurso de la sustitución de bienes se puede aceptar las siguientes: a) el embargo, b) en la prohibición de enajenar y gravar, siempre y cuando esta no tenga un carácter conservativo, y c) en el secuestro, con carácter de excepción, en los casos referidos a los ords. 3° y 4° del artículo 599, cuando recae sobre bienes indeterminados.

Agregamos al mismo tiempo, que no es lo mismo hablar de sustitución de bienes y de cautela sustituyente; en la sustitución de bienes se cambian unos bienes por otros y en la cautela sustituyente se ofrece una caución o fianza para suspender la medida.

Para finalizar podemos agregar, que el presente estudio ha sido de una gran utilidad, ya que el mismo constituye un tema sumamente atrayente y desconocido por los profesionales del derecho.

BIBLIOGRAFÍA

- CALAMANDREI, PIERO: *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*. Tr. Santiago Sentís Melendo. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires, 1945.
- CARRERAS, JORGE: *El Embargo de Bienes*, Editor José M° Bosch. Barcelona, 1957.
- Código Civil de Venezuela*, Editorial eduven. Caracas.
- Código Procesal Civil y Comercial. Pcia. de Bs. Aires*. Ley 7425, del 19 de Set. 1968; B.O. 24 de Oct. 1968. Y Legislación Complementaria, Editorial Lex. Buenos Aires, 1968.
- CUENCA, HUMBERTO: *Derecho Procesal*, Tomo I, Ediciones de la Biblioteca de Caracas. Caracas.
- DE PINA, RAFAEL: *Diccionario de Derecho*, 1ª Edición, Editorial Porrúa. México, 1965.
- DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO: *Compendio de Derecho Procesal. El Proceso Civil*, Edición 10ª, Tomos: I, III, Vol. I. Bogotá, 1982.
- Enciclopedia Jurídica Opus*, Tomo III, Ediciones Libra. Caracas, 1994.
- FERNÁNDEZ, MIGUEL ÁNGEL: *Derecho Procesal Civil. La Ejecución Forzosa. Las Medidas Preventivas*, Tomo III, Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A. Barcelona, 1988.
- HENRÍQUEZ LA ROCHE, RICARDO: *Código de Procedimiento Civil*, Editor: Centro de Estudios Jurídicos. Tomo IV. Caracas, 1997.
- _____ : *Medidas Cautelares. (Según el Nuevo Código de Procedimiento Civil)*, Editorial: Talleres de Maracaibo. Caracas, 1994.
- Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Repertorio de Jurisprudencia Mensual*, Dr. Oscar Pierre Tapia, N° 8-9 (agosto-sept. 1988), 12 (diciembre 1992), 7 (julio 1995). Caracas.
- ORTIZ-ORTIZ, RAFAEL: *El Poder Cautelar General y las Medidas Innomadas. En el Ordenamiento Jurídico Venezolano*, Paredes Editores. Caracas, 1997.
- PALACIO, LINO ENRIQUE: *Derecho Procesal Civil. Procesos Cautelares y Voluntarios*, Tomo VII, Editorial: Artes Gráficas Candil S.R.L. Buenos Aires, 1990.

- _____: *Derecho Procesal Civil. Procesos Cautelares y Voluntarios*. Tomo VIII, Editorial: Artes Gráficas Candil S.R.L. Buenos Aires, 1989.
- PINEDA LEÓN, Pedro: *Lecciones Elementales de Derecho Procesal Civil*, Tomos I, III y IV, Talleres Gráficos Universitarios. Mérida, 1964.
- PODETTI, RAMIRO: *Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral. (Doctrina, Legislación y Jurisprudencia)*, Tomo IV, Editores Ediar S.A. Buenos Aires, 1956.
- REDENTI, ENRICO: *Derecho Procesal Civil*. Tr: Santiago Sentís Melendo. Tomo II, Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1957.
- SÁNCHEZ NOGUERA, ABDÓN: *Del Procedimiento Cautelar y de Otras Incidencias. (Arts. 585 al 607). Comentarios y Anotaciones al Código de Procedimiento Civil*, Editor Paredes S.R.L. Caracas, 1995.
- VILLARROEL RION, PEDRO: *Del Procedimiento Cautelar de la Tercera y del Embargo Ejecutivo*, Editorial Libra. Caracas, 1997.
- ZOPPI, PEDRO ALID: *Providencias Cautelares. En el Nuevo Código de Procedimiento Civil Venezolano*, Paredes Editores. Valencia, 1988.

Los delitos tributarios y el principio de la legalidad¹

Jesús R. Quintero P.

LIMINAR

El artículo 317 de la Constitución dispone que la "evasión fiscal", sin perjuicio de otras sanciones establecidas por la ley, podrá ser castigada penalmente y que, en lo que respecta a la responsabilidad de los funcionarios públicos "se establecerá el doble de la pena". Además, la *Disposición Transitoria Quinta* del mismo texto constitucional exhorta al legislador ordinario a la reforma del Código Orgánico Tributario a fin de que se incluyan en dicha reforma, entre otros, algunos principios legislativos que se determinan expresamente así: eliminar las excepciones al principio de no retroactividad de la ley; eliminar la "prescripción legal" para los delitos tributarios graves, que deben ser tipificados en el Código Orgánico Tributario; "la ampliación de las penas" contra asesores, bufetes de abogados, auditores externos y otros profesionales "que actúen en complicidad para cometer delitos tributarios, incluyendo períodos de inhabilitación en el ejercicio de la profesión"; "la ampliación de las penas y la severidad de las sanciones contra delitos de evasión fiscal, au-

¹ Este trabajo constituye un resumen de las ideas expresadas por el autor en la conferencia que pronunció en el marco de las Primeras Jornadas Académicas sobre los Ilícitos Tributarios, auspiciadas por la Cátedra Libre José Rafael Mendoza Troconis.

mentado los períodos de prescripción” y la “revisión de atenuantes y agravantes de las sanciones para hacerlas más estrictas”.

Las citadas normas de la Constitución, con todas sus inexactitudes e imprecisiones, configuran un programa legislativo en materia penal tributaria, esto es, tales normas determinan una vinculación positiva² de los poderes constituidos al poder constituyente, vinculación que, desde luego, se desenvuelve dentro del ámbito de la vinculación negativa que resulta también a cargo del poder constituido de los principios generales y valores superiores que el mismo texto constitucional expresa, relativos a la tipificación de las conductas delictivas. De entre éstos últimos interesa destacar el principio de la legalidad al cual se refiere, en términos generales, el numeral 6, del artículo 49, de la Constitución, cuando dispone que ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes. A este particular aspecto de la cuestión se refiere la ponencia que someto a la consideración de ustedes.

EL PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD

Resulta prácticamente imposible referirse al principio de legalidad sin evocar también la vida y la obra científica de Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach³. La perennidad de su pensamiento y la actualidad y permanencia de su obra científica se vincula a la universal vigencia del principio “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”. Fue Feuerbach quien primero formuló en términos jurídicos el principio de la legalidad, lo introdujo en el Código Penal de Bavaria y quien, de tal modo, logró el reconocimiento legislativo del mismo como límite del poder de los jueces bávaros. Este principio desde en-

² La vinculación positiva de los poderes públicos a la norma constitucional, a diferencia de la vinculación negativa, impone a los órganos del Estado deberes de actuación, en tanto que aquella impone el deber de abstenerse de cualquier actuación contraria a la Constitución, sea que la norma constitucional de que se trate haya sido expresada como regla o como valor. Acerca de este distinguido véase Francisco J. Díaz Revorio, *Valores superiores e interpretación constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, p. 164 y ss.

³ La obra más importante de Feuerbach fue su *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, publicado originalmente en Giessen en 1801, de cuya 14a edición (Giessen, 1874) existe traducción castellana de Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer publicada bajo el título *Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania* de la Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1989.

tonces constituyó, por así decirlo, la columna vertebral del derecho penal de la modernidad. Feuerbach fue designado Ministro de Justicia de Bavaria en 1805 con el encargo de preparar un Código Penal para el reino, el famoso *Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern*,⁴ basado, principalmente, en la coacción psicológica o prevención general, cuya vigencia data de 1813. Este Código, junto con el *Code Pénal* francés de 1808, que algunos han calificado como la antípoda ideológica de Feuerbach, se constituyeron en modelos alternativos de la legislación penal continental durante el siglo XIX e indirectamente determinaron la tesitura de los Códigos de la América hispana independiente.

Según explica Feuerbach, en su antes citada obra,⁵ a los fundamentos de los que depende, en general, la posibilidad jurídica de aplicación de una ley penal y, por ende, la imposición de una pena, se llaman fundamentos de la punibilidad absoluta, que son en parte objetivos y, en parte, subjetivos. “El fundamento objetivo de toda punibilidad —dice— es la existencia de una realidad fáctica que sea comprendida bajo la conminación de una ley penal. Una acción que no caiga bajo ninguna ley penal no es punible ante el tribunal de derecho externo.⁶ Una acción cae bajo una ley penal únicamente cuando presenta las características que están contenidas en el concepto de la acción a la que la ley asocia la pena como consecuencia jurídica”. También dijo Feuerbach que el conjunto de las características de una acción o realidad fáctica especiales, que estén contenidas en el concepto de una determinada clase de acciones antijurídicas, se llama el tipo de crimen, *Tatbestand*, (*corpus delicti*). La punibilidad objetiva depende de la existencia del tipo de un crimen en general; la aplicación de una ley penal dada, de un determinado caso del respectivo tipo, que presupone la ley aplicable como condición de su consecuencia jurídica.

Sin embargo, el fundamento de la punibilidad absoluta se basa, a su vez, en los que él denomina “principios primeros del derecho punitivo”, los cuales expresa en los § 19 y 20 de su obra: toda pena jurídica dentro del Estado es la consecuencia jurídica, fundada en la necesidad de preservar los derechos

⁴ La traducción de su parte general se incluye como apéndice en la antes citada traducción de la obra de Feuerbach.

⁵ § 79.

⁶ Concepto este último que diferencia de la que llama “punibilidad civil de las acciones en la imaginación del legislador, que —como explica—, no presupone ninguna ley penal y que constituye desde luego un problema diferente”.

externos, de una lesión jurídica y, también, de una ley que conmine un mal sensible, de donde surgen los siguientes principios derivados:

1. Toda imposición de pena presupone una ley penal (*nulla poena sine lege*). Por ende, sólo la conminación del mal por la ley es lo que fundamenta el concepto y la posibilidad jurídica de una pena.
2. La imposición de una pena está condicionada a la existencia de la acción conminada (*nulla poena sine crimine*). Por ende, es mediante la ley como se vincula la pena al hecho como presupuesto jurídicamente necesario.
3. El hecho legalmente conminado (el presupuesto legal) está condicionado por la pena legal (*nullum crimen sine poena legali*). Consecuentemente, el mal, como consecuencia jurídica necesaria, se vinculará mediante la ley a una lesión jurídica determinada.

El pensamiento jurídico de Feuerbach es, como se ve, genuina expresión de lo que Cavana⁷ llamó la crisis del derecho común y, en particular, la *crisi di certezza* o la exigencia de certeza del Derecho. Ante esa crisis resultaba indispensable encontrar nuevos fundamentos filosóficos y jurídicos que serían proporcionados por el racionalismo ilustrado del cual la obra Beccaria es acabada expresión y síntesis magistral.

Durante el verano de 1764, esto es, unos cuarenta años antes de que Feuerbach fuera designado Ministro de Justicia del reino de Bavaria, había aparecido en Livorno, en forma anónima, una obra política que estaba llamada a un destino singular en el ámbito de las ciencias penales. Obviamente me refiero la obra casi única y en todo caso principalísima de Cesare Beccaria: *De los delitos y las penas*, que proporcionaría a su autor, quien sólo contaba para entonces veinticuatro años, rápida y envidiable reputación. Dos años después de su publicación anónima, el autor sería recibido en París por los más conspicuos representantes del pensamiento Ilustrado y despertaría desdeñosamente el interés de Voltaire⁸. Es que, en efecto, la obra de Beccaria, un lego sin forma-

⁷ A. Cavana, *Storia del diritto moderno in Europa. I. Le fonti e il pensiero giuridico*, Giuffrè, Milano, 1982, pp. 193 y ss y 278 a 318, citado por Francisco Tomás y Valiente en su presentación a la edición facsimilar de la primera edición castellana del *Tratado de los delitos y de las penas* originalmente editado en Madrid en la imprenta de Joachin Ibarra en 1774 en traducción de Juan Antonio de las Casas y reproducido en coedición del Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia y de la Biblioteca Nacional, Madrid, 1993.

⁸ En 1766 escribe Voltaire su *Comentaire sur le livre des délits et des peines*, muchas veces incluido en ediciones de la obra de Beccaria, y se refiere a él elogiosamente en cartas a d'Alembert y a Etienne-Noël Damilaville, en la misma época.

ción jurídica seria, dio inicio a una nueva etapa en el desarrollo de la ciencia penal y del derecho penal positivo. Catalina de Rusia, que había leído la obra, le ofreció empleo y ordenó por su lectura reformas legislativas en Rusia. La obra de Beccaria proyectará también su influencia sobre María Teresa de Austria, sobre José II y sobre Pietro Leopoldo Gran Duque de Toscana.⁹ Es notable la coincidencia de la conclusión de Beccaria con el texto del artículo 150. de la Declaración de Derechos de la Constitución francesa de 1793. También mereció Beccaria la distinción de que la inquisición pontificia incluyera su obra en el Índice de Libros Prohibidos en 1766. El mismo honor le concedió la inquisición española prohibiendo *in totum* la obra, traducida tempranamente al castellano en 1774, tres años más tarde.

En tiempos de Beccaria los delitos no estaban, como lo exige hoy el principio de la legalidad, tipificados en definiciones legales precisas. Por el contrario, era admitida la interpretación extensiva y la analogía. Las leyes penales eran principalmente enumerativas de casos incluidos en cada género de delitos, de modo que los jueces podían interpretar extensivamente cualquiera de los casos legalmente establecidos y, por vía de analogía, crear supuestos de punibilidad no previstos en la ley. Por otra parte, la idea de delito era muy próxima a la idea de pecado, por lo que la pena tenía el carácter, principalmente, de un castigo merecido o "justa venganza", de donde proviene —por cierto— la idea de la "vindicta pública". Se creía entonces, como también creen algunos ingenuamente ahora —más de doscientos años después—, que cuanto más temor produjera la pena era más ejemplar y más eficaz. La Ilustración pondrá en claro que el fin de la pena no es affligir al delincuente sino "impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos y retraer a los demás de la comisión de otros iguales".

Contra ese estado de la conciencia reacciona el pensamiento Ilustrado. En 1748 se había publicado *L'Esprit des lois*. En 1751 se publica así mismo el primer tomo de la *Encyclopedie*, cuya edición concluirá en 1765. En 1761 se publicará el *Emile* de Rousseau y éste culminará su *Contrat Social*. En 1762 se desencadena el "Affaire Calas" que inspira a Voltaire su *Traité de la tolérance*, editado en 1763 y, específicamente, se publica la obra de Beccaria. En su obra propondrá, como correctivo principal para el estado de postración de la justicia penal, justamente, el principio de la legalidad. La atribución del *iux puniendi* al legislador, la necesaria precedencia de la ley penal respecto del

⁹ Particular relieve tiene la reforma de la legislación criminal toscana de 30 de noviembre de 1786, llamada Leopoldina, abiertamente influida por Beccaria.

hecho a ella sometido y la exigencia de certidumbre (*lex certa*) en el contenido de las leyes penales, la secularización o socialización del daño como criterio para ponderar la gravedad del delito y como referente para asignarle una pena proporcionada, serán —como ha señalado Tomás y Valiente— las principales garantías formales del derecho penal postbeccariano.

En el § I de su obra, aborda Beccaria el tema del origen de las penas. Las leyes —dice— son las condiciones con que los hombres vagos e independientes se unieron en sociedad, cansados de vivir en un continuo estado de guerra, y de gozar de una libertad que les era inútil en la incertidumbre de conservarla. Sacrificaron por eso una parte de ella, para gozar de la restante en segura tranquilidad. El complejo de todas estas porciones de libertad, sacrificadas al bien de cada uno —dice—, forma la soberanía de la Nación, y es el soberano su administrador y legítimo depositario. Por tal razón, toda pena que no deriva de la absoluta necesidad, es tiránica y, en términos más generales, todo acto de autoridad de hombre a hombre que no derive de la absoluta necesidad es tiránico. Sólo el agregado de todas las pequeñas porciones de libertad posibles cedidas, forma el derecho de castigar: todo lo demás es abuso y no justicia: es hecho y no derecho. Más adelante, en el § III de su obra, Beccaria se refiere a las consecuencias de estos principios, la primera de las cuales es que "sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos; y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador, que representa toda la sociedad unida por el contrato social". Ningún magistrado (que es parte de la sociedad) puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad. Y como una pena extendida más allá del límite señalado por las leyes, contiene en sí la pena justa, y otra más en el extensión; se sigue, que ningún magistrado bajo pretexto de celo o de bien público, puede aumentar la pena establecida contra un ciudadano delincuente.

Por otra parte, el soberano que representa la misma sociedad, puede únicamente formar leyes generales, que obliguen a todos los miembros; pero no juzgar cuando alguno haya violado el contrato social, porque entonces la Nación se dividiría en dos partes: una representada por el soberano, que afirma la violación; y otra del acusado, que la niega. Es, pues, necesario, que un tercero juzgue de la verdad del hecho; y de allí la necesidad de un magistrado cuyas sentencias sean inapelables y consistan en meras aserciones o negativas de hechos particulares.

Otra consecuencia que Beccaria expresa en el § IV de su obra, es el postulado positivista de que tampoco la autoridad de interpretar las leyes penales puede residir en los jueces criminales por la misma razón que no son legisla-

dores. Sólo el soberano, depositario de las actuales voluntades de todos es intérprete legítimo.

En todo delito debe hacerse por el juez un silogismo perfecto. Pondrase como mayor la ley general: por menor la acción, conforme o no con la ley; de que se inferirá por consecuencia la libertad o la pena. Cuando el juez por fuerza o voluntad quiere hacer más de un silogismo, se abre la puerta a la incertidumbre. No hay cosa tan peligrosa como aquel axioma común, que propone por necesario consultar el espíritu de la ley.

Un código fijo de leyes que se debe observar a la letra, no deja más facultad al juez que la de examinar y juzgar en las acciones de los ciudadanos, si son o no conformes a la ley escrita. Pero si es un mal la interpretación de las leyes, es otro evidente la oscuridad, que arrastra consigo necesariamente a la interpretación.

El aporte más señalado de la Ilustración jurídica fue sin duda la obra de Beccaria. Su obra planteó sobre nuevas bases el debate teórico sobre la titularidad y los límites del derecho a castigar, la función de la pena y la definición de la culpa. Basados en ella, los pensadores Ilustrados, partiendo de supuestos utilitaristas y humanitarios, lograron elaborar una nueva concepción de la pena que no sólo rechazaba la crueldad sino que imponía la certeza y la justa proporción de la pena como medios idóneos al fin de apartar el delincuente del delito, procurar la enmienda del culpable y expiar su error. El aporte de la Ilustración, y en particular de la obra de Beccaria, al pensamiento penal debe considerarse un legado permanente de innegable vigencia, como lo demuestra la actualidad de la obra. Así lo hizo evidente Calamandrei cuando prologó a la caída del fascismo, en 1944, una nueva edición de la obra de Beccaria con estas palabras:

Sólo un lector extraño al mundo podría consolarse, después de oír las protestas de Beccaria, diciéndose que se trata de atrocidades de los tiempos bárbaros, que los siglos han corregido ya; los siglos han pasado, la técnica de los códigos se ha perfeccionado, pero los angustiosos problemas morales que constituyen el centro de toda esta materia de los delitos y las penas continúan en el mismo punto.¹⁰

El legado de la Ilustración jurídica ha sido recogido por el garantismo penal. Luigi Ferrajoli¹¹, epígono de este movimiento, cuando estudia los modelos del

¹⁰ Prefacio a su edición *De los delitos y de las penas*, traducción castellana de S. Sentis Melendo, EJEA, Buenos Aires, 1958.

¹¹ *Diritto e ragione. Teoría del garantismo penal*, trad. de P. A. Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón M., J. Terradillos B. y R. Cantarero B., editorial Trotta, Madrid, 1995.

derecho penal, elabora una tabla analítica y sistemática de todos los principios que componen el modelo garantista del derecho penal, con el propósito de individualizar los distintos modelos de ordenamiento penal de una u otra forma autoritarios que resulten de la falta o de la lesión de uno o varios de aquellos principios. Según Ferrajoli, todos estos principios son formulables en forma de proposiciones de implicación o condicionales y es posible formalizarlos y ordenarlos dentro de sistemas o modelos axiomatizados más o menos complejos y exigentes según sean incluidos o excluidos por cada uno de ellos.

Se trata de implicaciones deónticas, normativas o de deber ser, cuya conjunción en los distintos sistemas da vida a modelos, a su vez, deónticos, normativos y axiológicos. La adopción de estos modelos, comenzando por el garantista en máximo grado, supone, pues, una opción ético-política a favor de los valores normativamente tutelados por ellos, lo cual no impide apreciar el carácter descriptivo no normativo de su análisis teórico, y, sobre todo, de su uso para interpretar y explicar los principios de justificación política y convalidación jurídica de los distintos sistemas penales.

Cada una de las implicaciones deónticas o principios de que se compone todo modelo de derecho penal enuncia, por tanto, una condición *sine qua non*, es decir, una garantía jurídica para la afirmación de la responsabilidad penal y para la aplicación de la pena. La función específica de las garantías en el derecho penal —dice Ferrajoli— en realidad no es tanto permitir o legitimar como más bien condicionar o vincular y, por tanto, deslegitimar el ejercicio absoluto de la potestad punitiva.

Entre los diez axiomas que enumera Ferrajoli,¹² todos ellos elaborados por el pensamiento iusnaturalista de los siglos XVII y XVIII, los tres primeros se refieren al principio de la legalidad: *nulla poena sine crimine*, *nullum crimen sine lege*, *nulla lex (poenalis) sine necessitate*. Al primero de ellos llama Ferrajoli el principio de la retributividad o de la sucesividad de la pena respecto del delito; al segundo, el principio de la legalidad en sentido lato o en sentido estricto y; al tercero, principio de la necesidad o de la economía del derecho penal.

Todos estos principios han sido incorporados a las constituciones y ordenamientos contemporáneos convirtiéndose en principios jurídicos del moderno estado de derecho. De entre ellos el que caracteriza específicamente el siste-

¹² *Nulla poena sine crimine; nullum crimen sine leges; nulla lex (poenalis) sine necessitate; nulla necessitas sine iniuria; nulla iniuria sine actione; nulla actio sine culpa; nulla culpa sine iudicio; nullum iudicium sine accusatione; nulla accusatio sine probatione y nulla probatio sine defensione. Op. cit. p. 93*

ma garantista es el principio de estricta legalidad enunciado por el axioma *nulla lex (poenalis) sine necessitate*, que se distingue del principio de mera o lata legalidad que se expresa en el axioma *nullum crimen sine lege*, por su distinta forma lógica. Mientras el axioma de mera legalidad se limita a exigir la ley como condición necesaria de la pena y del delito (*nulla poena, nullum crimen sine lege*), el principio de estricta legalidad exige todas las demás garantías como condiciones necesarias de la legalidad penal (*nulla lex poenalis sine necessitate, sine iniura, sine actione, sine culpa, sine iudicio, sine accusatione, sine probatione, sine defensione*). Gracias al primer principio la ley es condicionante, gracias al segundo, es condicionada. Mientras el principio de la mera legalidad es una norma dirigida a los jueces, a los que prescribe que consideren delito cualquier fenómeno libremente calificado como tal por la ley, el principio cognoscitivista de estricta legalidad es una norma metalegal dirigida al legislador, a quien prescribe una técnica específica de calificación penal idónea para garantizar, con la taxatividad de los supuestos de la pena, la decidibilidad de la verdad de su enunciación. Se trata de la tipicidad o determinación empírica del supuesto típico y de su campo de denotación o de aplicación.

Así pues, según enseña Ferrajoli, en el primer sentido (lato) el principio de la legalidad se identifica con la reserva legal, entendiendo "ley" en el sentido formal de acto o mandato legislativo; y se limita a prescribir la sujeción del juez a las leyes, cualquiera que sea la formulación de su contenido en la calificación jurídica de los hechos juzgados. En el segundo sentido (estricto) se identifica en cambio con la reserva absoluta de ley en el sentido sustancial de norma o contenido legislativo; y prescribe que tal contenido esté formado por supuestos típicos dotados de significado unívoco y preciso, por lo que es posible su empleo como figuras de cualificación en proposiciones judiciales verdaderas o falsas, de donde resulta garantizada la sujeción del juez solamente a la ley, ya que sólo en la medida en que se satisfaga este segundo principio la motivación jurídica de una sentencia puede tener carácter declarativo y ser susceptible de control empírico como verdadera o como falsa.

El principio de la legalidad del sentido lato se satisface aún por figuras de delito formadas por conceptos jurídicos indeterminados,¹³ por elementos valorativos o de otra índole, cuya válida aplicación no permita verificaciones o refuta-

¹³ Hacemos referencia al concepto de Drost, a quien cita Horst-Eberhard Henke en su obra *La cuestión de hecho. El concepto indeterminado en el derecho civil y casacionabilidad*, EJA, Buenos Aires, 1979, p. 71, quien deslinda las especies conceptuales de concepto

ciones sino sólo valoraciones que en cuanto a tales no son verdaderas ni falsas. En cambio, el principio de la legalidad en sentido estricto no queda satisfecho más que cuando la proposición normativa sea formulada en términos tales que permita la formulación de un juicio empírico, no valorativo, sino de verdad o falsedad.

Son estas las exigencias del principio de la legalidad en su doble vertiente del principio de la legalidad en el sentido de mera o lata legalidad, que se expresa en el axioma *nullum crimen sine lege*, y el principio de estricta legalidad enunciado por el axioma *nulla lex (poenalis) sine necessitate*.

EL HECHO IMPONIBLE

El artículo 35 del Código Orgánico Tributario define el "hecho imponible" que es, como explicó Dino Jarach¹⁴ el centro de la teoría jurídica del tributo, del mismo modo que el estudio del delito lo es en el derecho penal, toda vez que sobre el mismo se construye la dogmática del derecho tributario. Dice la ley que "el hecho imponible es el presupuesto establecido por la ley para tipificar el tributo y cuya realización origina el nacimiento de la obligación". Hay un singular paralelismo entre la tipicidad penal y la "tipificación del tributo", en el sentido de que el hecho imponible opera como presupuesto o hipótesis de la norma tributaria y consiste en la descripción hipotética, contenida en la ley, del hecho que sirve para describir o tipificar el tributo, que normalmente describe una situación que exterioriza la capacidad para tributar y cuya realización genera el nacimiento de la obligación tributaria.

Se ha precisado¹⁵ que la obligación tributaria en general, desde el punto de vista jurídico, es una relación jurídica *ex lege*, en virtud de la cual una persona (contribuyente o responsable) está obligada hacia el Estado u otra entidad pública, al pago de una suma de dinero, en cuanto se verifique el presupuesto de hecho determinado por la ley. La obligación del contribuyente y la preten-

determinado y concepto indeterminado por medio de criterios teórico-cognoscitivos y se sirve de la contraposición entre "conocer" [*Erkennen*] y "valorar" [*Bewerten*] y distingue entre "conceptos de ser" [*Seinsbegriffe*] (determinados) y "conceptos de valor" [*Wertbegriffe*] (indeterminados).

¹⁴ *El hecho imponible. Teoría general del derecho tributario sustantivo*, tercera edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982, p. 68.

¹⁵ Jarach, Op. Cit. p. 73

sión correlativa del Fisco dependen, por mandato de la ley, del verificarse de un hecho jurídico, del presupuesto legal del tributo o hecho imponible.¹⁶

Diversas posiciones doctrinarias han sido fijadas respecto de la relación que el hecho imponible guarda con las formas jurídicas de derecho privado, que resultan de la autonomía de la voluntad, en definitiva de las relaciones del derecho tributario con el derecho civil. Algunos como Jarach sustentan la tesis de que la relación jurídica impositiva nunca tiene como presupuesto el negocio jurídico, como el derecho privado sino una relación económica y que cuando la relación económica sea efecto de un negocio jurídico, habrá que indagar sobre la relación dogmática que disciplina el negocio y la relación jurídica que de él deriva, por una parte y, por otra, el derecho tributario, que disciplina los efectos impositivos de una determinada situación económica, cuya fuente puede ser un negocio jurídico.¹⁷ Es innegable la importancia del negocio jurídico para el nacimiento de la obligación impositiva pero del análisis de las relaciones entre derecho civil y derecho tributario, surge la distinción entre *intentio facti e intentio iuris*, esto es, entre la finalidad empírica, determinante para los efectos tributarios y la finalidad jurídica, que es relevante para el derecho tributario cuando signifique una voluntad de las partes idéntica a la voluntad de la ley.

El concepto mismo de evasión fiscal y sus consecuencias jurídicas dependerá de la actitud que se asuma ante la autonomía del derecho impositivo frente al derecho civil. Esta distinta posición da a lugar a la distinción entre elusión y evasión tributaria. La primera, significa esquivar la aplicación de la norma tributaria para obtener una ventaja patrimonial por parte del contribuyente, que no se realizaría si no se pusieran en práctica por su parte hechos y actos jurídicos o procedimientos contractuales con la finalidad de evitarla.¹⁸ El presupuesto de la elusión consiste en sustraer del tributo manifestaciones de capacidad económica recogidas en la ley, de otro modo sujetas a él, mediante la gestión lícita de medios negociables, aunque no congruentes con la *voluntas legis*. Los particulares pueden configurar el negocio jurídico en forma lícita,

¹⁶ El autor que se cita puntualiza que la relación tributaria tiene siempre su fuente en la ley y no en la voluntad privada que haya podido concurrir en el negocio jurídico eventualmente subyacente, toda vez que "lo que es negocio en sentido técnico para el derecho privado es solamente un hecho para el derecho tributario".

¹⁷ Op. cit. p. 133

¹⁸ T. Rosenbuj *El fraude de ley, la simulación y el abuso de las formas en el derecho tributario*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

a través de configuraciones de derecho civil, de modo que no integren el hecho imponible, impidiendo el nacimiento de los deberes tributarios, son formas legales de rodear o soslayar el cumplimiento de la leyes tributarias.

En el caso de la elusión se trata de que los particulares han elegido tipos contractuales con el único fin de minimizar la carga tributaria, han optado por formas que no hubieran adoptado fuera del ambiente fiscal o en un ambiente fiscal diverso. Se trata de evitar por medio de instrumentos negociales, el nacimiento total o parcial del hecho imponible identificado por una norma tributaria, basado para ello en la licitud de los negocios jurídicos realizados conforme a derecho. Por consiguiente, como afirma Hensel —citado por Rosembuj— *“la elusión fiscal no es ilícita en el sentido que aquel que realiza los negocios elusivos choque con una prohibición legal”*. La creación de la ventaja fiscal patrimonial *“se realiza sin que experimente violación de la ley de ningún tipo y la circunvención del hecho imponible previsto en la ley, aparece como una expresión de habilidad de las partes, de su malicia, si se quiere, pero siempre dentro de los límites de un juego legal”*.

La elusión fiscal es diferente entonces de la evasión fiscal. En esta última hay un comportamiento ilegal del contribuyente dirigido a la no satisfacción del tributo ya debido, por haberse verificado el hecho imponible. Mientras que en el caso de la elusión se impide el nacimiento de la obligación tributaria esquivando el presupuesto de hecho previsto en la ley, la evasión exige un comportamiento fraudulento por parte del sujeto pasivo del tributo. Es esta la posición sustentada por Hensel y Blumenstein.

La conducta evasiva tiende a la ocultación de rendimientos y otros derechos de contenido económico mediante la utilización de documentos falsos, a la realización de actos o negocios ajenos a la realidad jurídica efectiva o a la destrucción de evidencias que impiden la determinación de la deuda tributaria. Es el ámbito de la llamada evasión por simulación y de la evasión por abuso de formas.

Sin embargo, tal distinción entre elusión y evasión fiscal no es tan nítida como parece ya que la primera puede conllevar tanto al fraude a la ley como al abuso de las formas jurídicas. De elusión fiscal en sentido propio sólo corresponde hablar cuando los medios jurídicos utilizados resultan irreprochables bajo el perfil del derecho positivo estricto, de otra forma se pasa de la elusión a la evasión.

Cuando se resuelve el reforzamiento de la ley impositiva mediante la incriminación penal de conductas dirigidas a la represión de la evasión fiscal, como

lo exige el programa del poder constituyente, es preciso distinguir netamente los supuestos de la elusión y la evasión, para dar cumplimiento al axioma *nulla lex (poenali) sine necessitate* relativo al principio de la necesidad o de la economía del derecho penal. La tipificación de las conductas incriminadas como delictivas debe ser hecha en términos estrictamente descriptivos y no valorativos, de forma que quede garantizada la decidibilidad de la verdad de su enunciación. El principio de la legalidad en sentido lato proscribire las normas penales en blanco, esto es, aquéllas cuyos supuestos de hecho están constituidas por un *Tatbestand* descrito por normas reglamentarias o de otra índole que no son de rango legal. El principio de la estricta legalidad prescribe que el contenido de los supuestos típicos esté dotado de significado unívoco y preciso de modo que sea posible su empleo como figuras de cualificación en proposiciones judiciales verdaderas o falsas. Para cumplir con las exigencias de este principio el legislador debe eludir la composición de figuras delictivas formadas por conceptos jurídicos indeterminados, por elementos valorativos o de otra naturaleza que no permitan verificaciones o refutaciones sino exclusivamente valoraciones que, en cuanto a tales, no sean verdaderas ni falsas.

CONCLUSIÓN

Cabe afirmar que las exigencias del principio de la legalidad con el alcance que ha sido precisado, operan en el derecho penal-tributario de la misma forma que en otros ámbitos menos restringidos del derecho penal (derecho penal general), pero que la materia de la cual se trata es particularmente proclive para inducir al legislador al desconocimiento de las exigencias del principio de la legalidad expresado en los axiomas *nulla poena sine crimine*, *nullum crimen sine lege* y *nulla lex (poenalis) sine necessitate*.

Como tales exigencias del principio de la legalidad constituyen el contenido de principios y normas constitucionales, la sanción del Código Orgánico Tributario en acatamiento al programa legislativo, pero desconociendo las exigencias del principio de la legalidad, esto es, la referida vinculación negativa del legislador a la Constitución, estaría viciada de inconstitucionalidad.

Decisiones judiciales

Análisis de una sentencia del Tribunal Supremo de Justicia sobre la Creación Social*

Dr. A. Alvarado Guevara**

RESUMEN

El presente artículo analiza la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia emitida el 19 de mayo de 2010, en la que se declaró la inconstitucionalidad de la Ley de Creación Social, promulgada el 15 de mayo de 2009, por violar el principio de igualdad y el principio de no discriminación.

La sentencia se fundamenta en el artículo 1 de la Constitución Nacional, que establece el principio de igualdad y el principio de no discriminación, y en el artículo 21 de la Constitución Nacional, que establece el principio de igualdad de oportunidades.

El Tribunal Supremo de Justicia concluyó que la Ley de Creación Social viola el principio de igualdad y el principio de no discriminación, por lo que declaró la inconstitucionalidad de la Ley.

La sentencia es un hito importante en la historia del derecho constitucional venezolano, ya que es la primera vez que el Tribunal Supremo de Justicia declara la inconstitucionalidad de una ley.

Este artículo analiza la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia emitida el 19 de mayo de 2010, en la que se declaró la inconstitucionalidad de la Ley de Creación Social, promulgada el 15 de mayo de 2009, por violar el principio de igualdad y el principio de no discriminación.

La sentencia es un hito importante en la historia del derecho constitucional venezolano, ya que es la primera vez que el Tribunal Supremo de Justicia declara la inconstitucionalidad de una ley.

Análisis de una sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Social*

Rafael J. Alfonzo-Guzmán**

INTRODUCCIÓN

La sentencia de 16 de marzo de 2000, proferida por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia en el caso Félix Ramírez vs. Distribuidora Polar, expediente No. 98546, presenta, a juicio del suscrito, dos grandes órdenes de inconsistencias.

El primero, es malentender la casación de oficio como actividad propia de una tercera instancia de la causa, vulnerando con ello los límites que imponen la ley y la naturaleza de la facultad concedida al Tribunal de Casación.

El segundo, es la errónea concepción de los efectos de la presunción establecida en el artículo 65 de la Ley Orgánica del Trabajo, y la equivocada interpretación de las reglas y principios sobre la subordinación laboral, el salario y la forma de su pago.

Ambos órdenes de cuestiones serán examinados en Capítulos separados del presente estudio.

* Sentencia No. 61, de 16 de marzo de 2000, ponencia del Magistrado Juan Rafael Perdomo, caso Félix Ramón Ramírez y otros contra Distribuidora Polar S.A. (DIPOSA). Este fallo ha sido materia de numerosos foros y de comentarios diversos.

** Corte Suprema de Justicia, Ex Presidente, Ex Magistrado. Universidad Central de Venezuela, Profesor Emérito.

CAPÍTULO I DE LA CASACIÓN DE OFICIO

1. El artículo 320 del Código de Procedimiento Civil establece que, para casar el fallo recurrido, puede el Tribunal de Casación en su sentencia hacer pronunciamiento expreso con base en las infracciones de orden público y constitucionales que él encontrare, aunque no se las haya denunciado.

Esta facultad tiene su origen en la denominada *casación en interés de la Ley*, considerada en doctrina como superflua e inconsistente, pues su propósito era llamar la atención al sentenciador de instancia para que no incurriera nuevamente en las infracciones de orden público observadas en el fallo. Se encontraba regulada en el párrafo final del artículo 435 del derogado Código de Procedimiento Civil, en el cual se expresaba:

...si en el examen del asunto la Corte encontrare que se ha quebrantado alguna disposición legal expresa, o aplicado falsamente alguna Ley, sin que tales infracciones se hayan alegado, lo advertirá a los jueces sentenciadores para conservar la integridad de la legislación y la integridad de la jurisprudencia...

La inutilidad de la figura, por tratarse de una simple formulación de advertencias, determinó su eliminación en el vigente Código de Procedimiento Civil, y su transformación en la facultad de casar de oficio el fallo recurrido. Precisamente, en la Exposición de Motivos de dicho ordenamiento se indica que a la Sala de Casación Civil

...Se le ha otorgado también, expresamente, el poder de declarar de oficio la aplicación de la Ley, aun de normas no alegadas por los interesados, por considerar que es de interés nacional y orden público el mantenimiento del orden jurídico por parte del Estado. Inspirado igualmente en el mismo fundamento, el Proyecto contempla la declaración oficiosa de las infracciones del orden constitucional y los principios del orden público, porque sustentan la base del Estado y ellas deben ser inalterables...

Para comprender la facultad atribuida al Tribunal de Casación, la indicación de que se le ha otorgado *el poder de declarar de oficio la aplicación de la Ley* tiene destacada importancia, pues tal precisión produce una lógica consecuencia: cada vez que han sido ignorados los valores constitucionales y los principios de orden público, está facultado el Tribunal de Casación para casar de oficio el fallo recurrido, declarando en su sentencia la vigencia de los principios constitucionales o de orden público infringidos en el fallo cuestionado.

2. Ha de advertirse que la frase *"...aunque no se las haya denunciado..."*, no puede ser comprendida como una licencia para sustituir al recurrente, o de hacer una casación de instancia, sino como señalamiento de que la posibilidad de declarar la existencia de violaciones de normas de orden público o de violaciones a los principios constitucionales, no encuentra límite en la ausencia de menciones en la formalización. En otras palabras, esta facultad es, en realidad, expresión de la protección que se quiere dar al orden público y a los valores constitucionales, y no entraña nunca una posibilidad de corregir la formalización presentada. Por esta razón, la casación de oficio puede ser enunciada como una jurisdicción complementaria de la que adquiere el Tribunal de Casación con la formalización del recurso. Más aún, esta potestad es ahora el marco donde se desenvuelve la obligación que tiene la Sala de Casación Civil, de asegurar la integridad de los valores constitucionales prevista en el artículo 334 del vigente texto constitucional.

3. Ahora bien, cuando profundizamos el contenido de la expresión utilizada en la norma *"...con base en las infracciones de orden público o constitucionales..."* se plantea, de inmediato, una interrogante acerca del alcance de la facultad de casar de oficio, pues es necesario delimitar cuáles son las declaraciones que puede efectuar la Sala de Casación cuando decide casar de oficio el fallo recurrido.

En esencia, la finalidad de la casación de oficio es negar la posibilidad de que la Sala de Casación se limite a observar, pasivamente, la violación de preceptos que puedan contener principios, o valores, cuya inobservancia comporte la infracción de normas constitucionales o de presupuestos procesales. *Id est*: la casación de oficio está dirigida a impedir que una sentencia cuyo dispositivo sea la consecuencia de la infracción de valores constitucionales o de orden público, pueda subsistir. Pero, aun cuando debe reconocerse el carácter excepcional de la casación de oficio con respecto a la norma general del recurso de casación (*las denuncias determinan la jurisdicción del Tribunal de Casación*), no por ello deja de pertenecer a la sistemática del recurso fijada por la ley, ni de mantenerse dentro de los límites donde se desenvuelve el examen de casación.

La primera de esas limitaciones es, sin duda, el núcleo de materias que pueden ser analizadas mediante la casación de oficio, institución legal destinada a corregir *la violación de los presupuestos procesales* en los cuales está interesado el orden público, por ser expresión de principios constitucionales; y, adicionalmente, la infracción de normas jurídicas que sean *expresión de asuntos en los cuales se exprese el orden público o que materialicen derechos*

subjetivos tutelados por la Constitución. Por tanto, la casación de oficio censura conductas contrarias a presupuestos procesales o al orden público, así como declaraciones de la sentencia que nieguen, impidan o limiten valores constitucionales. En estos últimos casos, se trata de señalar la existencia de la norma infringida y del modo en que ocurrió la infracción, pues el propósito de la casación de oficio, como de la casación por infracción de ley, es el de mantener la integridad de la aplicación e interpretación del ordenamiento, pero desde el punto de vista del orden público y los valores constitucionales.

Una segunda limitación propia de la casación de oficio surge del encabezamiento del artículo 320, a cuyo tenor el Tribunal de Casación "...se pronunciará sobre las infracciones denunciadas, sin extenderse al fondo de la controversia, ni al establecimiento ni apreciación de los hechos y de las pruebas...". Ello quiere decir que la casación de oficio, como cualquiera otra modalidad de la casación, tampoco puede servir de pretexto para examinar el fondo de la controversia. Distinta conclusión conduciría al absurdo de admitir que la casación de oficio es una actividad semejante a una tercera instancia, en la cual, con base en las infracciones del orden público y constitucionales, se justifica examinar el fondo de la controversia para corregir las infracciones. Por el contrario, como ocurre en el caso de la infracción de ley, cada vez que la casación de oficio se concreta a la violación de preceptos jurídicos, las declaraciones de la Sala deben ser una explicación acerca del alcance y contenido de la norma o normas infringidas, para garantizar que no se cometan violaciones semejantes en decisiones futuras. De la misma manera, cuando la casación de oficio se motive por la violación de presupuestos procesales, la consecuencia será la reposición del juicio a fin de que se repita el acto procesal, o la nulidad de la sentencia, para que se cumplan los requisitos intrínsecos de los fallos judiciales, sin extenderse en ningún caso al fondo de la controversia.

4. Corrobora la afirmación anterior lo previsto en el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil en relación con las denuncias de infracción de Ley. Cuando no hubiere habido infracciones por defecto de actividad (o hubieran sido declaradas sin lugar)

...la Corte Suprema de Justicia entrará a conocer de las denuncias formuladas conforme al ordinal 2º del artículo 313, pronunciándose sobre ellas afirmativa o negativamente mediante análisis razonado y estableciendo además cuáles son las normas jurídicas aplicables para resolver la controversia, ya sean éstas las indicadas por las partes en los escritos de formalización o contestación, o las que la propia Corte Suprema de Justicia considere que son las aplicables al caso...

Esta circunstancia, que ha sido explicada en la Exposición de Motivos como la posibilidad de declarar de oficio la aplicación de la Ley, no sólo guiada por las declaraciones de las partes, sino también oficiosamente, no pretende erigirse en una solución del planteamiento de las partes, sino en guía para la solución de la controversia por los jueces de reenvío. Esta es también la finalidad de la casación de oficio, cuando sus declaraciones versan sobre la aplicación e interpretación de leyes sustantivas, en materias de orden público y valores constitucionales.

5. Nada hace más patente lo afirmado que los presupuestos de la casación sin reenvío. Esta se realiza sólo cuando se considera que los hechos han sido soberanamente establecidos y apreciados por los jueces del fondo, de modo que pueda aplicarse la apropiada regla de derecho. Ello es una consecuencia de la prohibición de reexaminar el establecimiento o la apreciación de los hechos realizado por los jueces de instancia. Por tanto, si la posibilidad de casar el fallo sin reenvío se encuentra limitada por los hechos cuya apreciación o establecimiento debe reputarse apropiadamente ejecutada, no es posible justificar que la casación de oficio pueda discutir la apreciación o establecimiento de los hechos para convertirse, no en guía de aplicación e interpretación de las normas jurídicas necesarias para resolver la controversia, sino en una solución de la cuestión planteada. Dicho de otro modo, si cuando se casa sin reenvío no es posible extenderse al examen de los hechos, menos aún lo es en la casación de oficio, cuya característica es idéntica a la casación por infracción de la Ley, pero sin la atadura de las denuncias de las partes. Tómese en consideración, para confirmar lo aseverado, que el legislador, cuando regula la casación sin reenvío, no permite el examen de los hechos al Tribunal de Casación, los cuales sólo pueden ser examinados en las condiciones previstas en el artículo 320 del Código Procesal Civil.

6. Para llegar a las conclusiones anteriores basta notar lo comprometido que se encuentra el derecho de defensa cuando se casa de oficio el fallo recurrido, pues las partes no tienen la posibilidad de exponer los criterios que tienen respecto a las violaciones declaradas por el Tribunal de Casación. Es obvio, entonces, que la casación de oficio sólo puede utilizarse dentro de los límites que fija la Ley al recurso de casación por infracción de normas jurídicas, para evitar la posibilidad de vulnerar el principio dispositivo y el principio de la congruencia, resolviendo aspectos del fondo de la controversia que no han sido planteados. Nunca ha de estar más alejado del fondo de la controversia el Tribunal de Casación que cuando casa de oficio el fallo recurrido, pues en ese momento se convierte en garante de los valores y principios que infor-

man el ordenamiento, uno de los cuales es mantener el equilibrio de las partes en el proceso. De lo contrario, la casación de oficio concluiría, en todo caso, en una decisión que reduciría la función del juez de reenvío a repetir, exacta e inútilmente, lo decidido en casación.

Aparte de la inutilidad del reenvío que la Sala ordena después del reexamen de los hechos que constituyen el fondo de la controversia, el juzgador infringe el artículo 81 de la Ley Orgánica que rige su propio funcionamiento, el cual le ordena tramitar y decidir las acciones y recursos de que conozca según los procedimientos establecidos en los Códigos y leyes nacionales, y, desde luego, el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil, que reserva el examen y valoración de los hechos por la casación a los dos únicos supuestos de excepción que dicha norma contempla.

Huelga resaltar que con semejante procedimiento, nuestro más alto Tribunal no contribuye a la simplificación y brevedad del proceso, predicados por el artículo 257 de la Constitución.¹

- ¹ a) La nueva Constitución proclama en su artículo 257, que la justicia no puede ser sacrificada por la omisión de formalidades no esenciales. Esta previsión incorpora, como principio constitucional, la prohibición de declarar la nulidad de los actos procesales cuando se haya cumplido la finalidad para la que están destinados, establecida por el artículo 206 del Código de Procedimiento Civil. Por otra parte, la disposición constitucional es la manifestación de la idea de que el proceso debe cumplir su finalidad de adjudicar los derechos comprometidos, sin permitir que las formalidades representen un obstáculo para una eficaz administración de justicia. Por esa razón, la citada norma constitucional exige que los procesos judiciales deben adoptar procedimientos breves, orales y públicos, con trámites simples y uniformes.
- b) Cuando la Sala de Casación Social ha declarado que desaplica, por contrariar lo establecido en el artículo 257 de la Constitución, lo establecido en el 2º párrafo del artículo 320 del Código de Procedimiento Civil, *pero imponiendo otras reglas de su propia iniciativa*, contraría el propósito de la norma constitucional, ya que si la mencionada disposición procesal era una formalidad no esencial, una vez desaplicada la consecuencia es que la Sala debe revisar la totalidad del recurso, pues sólo podrá omitir el examen de la totalidad de los pedimentos del recurrente, cuando la naturaleza de una denuncia examinada haga innecesario el examen del resto de ellas; por ejemplo: si se acuerda la reposición de la causa por haberse constatado la violación de formas procesales con evidente menoscabo del derecho de defensa.
- c) En la situación que se examina, la desviación de la finalidad de la casación de oficio nunca podría ser justificada con los postulados de la norma constitucional. Las formas adoptadas por el recurso de casación son esenciales para que el Tribunal de Casación cumpla la finalidad que le asigna su jurisdicción. Así como imponer nuevas reglas luego de declarar que una norma obstaculiza la justicia no puede basarse en un precepto constitucional que exige la simplificación y uniformidad en los trámites procesales, la desviación de la finalidad de la Institución de la casación de oficio, infringiendo el debido proceso y el derecho de defensa de la parte, tal como ha sido indicado, tampoco puede encontrar justificación en una norma constitucional que no pretende eliminar formalidades indispensables para alcanzar la justicia.

7. La sentencia examinada declara, como presupuesto de la casación de oficio, que *las normas sustantivas y adjetivas que regulan el derecho del trabajo son de eminente orden público y como consecuencia de ello su aplicación no puede ser relajada por la voluntad de los particulares*. Más adelante, luego de examinar la naturaleza de diversas disposiciones de la Ley laboral y de declarar que el sentenciador aplica erróneamente los presupuestos de los artículos 39 y 65 de la Ley Orgánica del Trabajo, estudia la apreciación del material probatorio efectuada por el juez de instancia y expresa lo siguiente:

...Considera la Sala, luego de examinar la sentencia impugnada, considera (sic) que estando debidamente probado que los actores prestaron un servicio personal para la demandada pues la decisión señala que 'los actores adquirirían unos bienes y pagaban por ellos al contado' y que 'consta de las declaraciones de ambas partes, que la actividad formal que la parte actora considera constitutiva de una relación de trabajo, era la compra de productos de cerveza y malta para ser revendida luego a terceros dentro de una determinada zona geográfica', con lo cual queda establecida una prestación personal de servicios, y de acuerdo con la propia sentencia, los actores afirmaron que se trataba de una relación laboral y que ese hecho no quedó desvirtuado por los documentos constitutivos estatutarios de unas sociedades mercantiles, ni por los contratos de compraventa mercantil celebrados entre la demandada...

Aparte de los errores de juzgamiento cometidos en la sentencia en relación con la presunción establecida en el artículo 65 de la LOT, los cuales serán examinados en capítulos posteriores, el párrafo transcrito revela el exceso cometido por el juzgador al aplicar la casación de oficio. De acuerdo con los presupuestos de la institución en estudio, la declaración del Tribunal de Casación ha de limitarse a exponer la infracción de las normas que desarrollan el orden público o principios constitucionales, sin consideración al modo en que fueron apreciados los hechos por los jueces de instancia. Es decir, la infracción censurable de oficio en casación consiste, como ha sido precisado, en una declaración de la recurrida contraria al contenido de la norma jurídica, o que ha sido ignorada por el sentenciador. En el presente caso, lo que el Tribunal de instancia ha concluido es que no existen las bases para la aplicación de la protección de las normas laborales, sin negar o tergiversar su contenido. Corregir los presuntos errores cometidos en el establecimiento o apreciación de los hechos, con el pretexto de que el modo como fueron apreciados o establecidos transgrede "...las normas sustantivas y adjetivas que regulan el Derecho del Trabajo..." (sentencia examinada), es desviar la institución bajo examen, sin posibilidad de que el error del Tribunal Supremo que infrinja el principio dispositivo, pueda ser enmendado más luego por otro Tribunal de jerarquía superior.

Lo preocupante de casos como el examinado, es que en la tercera instancia a que hemos aludido, y con mengua del derecho al debido proceso, la demandada tiene siempre, de contraparte, a los propios jueces, sin medios ni recursos jurídicos para su defensa, garantizada por el artículo 49 de la Constitución.²

8. Otro exceso de la sentencia lo constituye la declaración de infracción, por falta de aplicación, del artículo 1.166 del Código Civil, dado que esta norma no es expresión de valores en los cuales esté interesado el orden público, ni, mucho menos, desarrolla valores constitucionales o derechos subjetivos tutelados en la Constitución. De modo que, desde otra perspectiva, se trata también de una violación de los presupuestos de la casación de oficio, por suplir, en este caso, un argumento que no fue expuesto en la formalización.

² La posibilidad de proponer el recurso de revisión, como un mecanismo de defensa de la integridad de la Constitución, aun sin haberse promulgado la Ley destinada a regularlo, fue declarado por la Sala Constitucional en sentencia dictada el 7 de junio de 2000 (caso ATHANASSIOS FRANGOGIANNIS).

En fallo de la misma Sala, de 1 de noviembre de 2000 (caso FRATACCI), se declaró, respecto al recurso de revisión de las sentencias dictadas por otras Salas del Tribunal Supremo, lo siguiente:

"...La segunda consideración es afín a la jerarquía del órgano que ha pronunciado el fallo cuya revisión se solicita y a los valores inherentes a tal jerarquía. Cualquier orden de prelación refleja la ponderación de valores u objetivos, cuya preservación o logro depende de la definición del sistema y del acatamiento y respeto de las pautas que lo conforman. En el caso de la conformación de la estructura institucional del poder judicial y del rango de autoridad atribuido a las decisiones que de sus órganos emanan, su definición, orientada por el concepto integral de justicia, obedece a los valores de la seguridad jurídica, la fe pública y la paz social. Por ello, la revisión de decisiones que provienen de la más alta jerarquía jurisdiccional, sólo debe ocurrir cuando en sus determinaciones se observen graves inconsistencias en aspectos modulares del orden jurídico..."

De acuerdo con lo expresado en la referida sentencia de la Sala Constitucional, la revisión de un fallo dictado por otra de las Salas que integran el Tribunal Supremo sólo tiene justificación cuando se subvierten aspectos modulares del orden jurídico (que, en mi criterio, debe circunscribirse al constitucional, únicamente). Es decir, es obligación de cualquier Sala del Tribunal Supremo, así como de cualquier otro Tribunal de la República (argumento basado en el artículo 334 de la Constitución), preservar la integridad del orden constitucional. Esto es precisamente lo que no ha cumplido la decisión proferida por la Sala Social. No puede admitirse, como una actuación conforme con los valores constitucionales, la cumplida por un órgano jurisdiccional que concluye en una negación del debido proceso y del derecho de defensa de una parte. Como quedó dicho, la infracción de los límites de la casación de oficio, para examinar aspectos del fondo de la controversia, niega el principio de igualdad de las partes y sus derechos de defensa y al debido proceso. Este último, sin duda cometido cuando el Tribunal excede los límites que impone el ordenamiento procesal para el ejercicio de su jurisdicción. Todo ello conforma la subversión de un aspecto modular del orden jurídico constitucional que justifica, de acuerdo con la sentencia de la Sala Constitucional, la posibilidad de un examen mediante un recurso de revisión.

CAPÍTULO II

1. El juicio crítico de la sentencia de la Sala Social del Tribunal Supremo de Justicia, de 16 de marzo del presente año (*in re: Félix Ramírez vs. Distribuidora Polar, Exp. N° 98-546*) obliga a detenerse, a modo de nota introductoria, en el estudio de la presunción del contrato de trabajo, que le sirve de fundamento legal y doctrinal.

Etimológicamente considerada, la palabra *presunción*, derivada del latín *presuntio, presuntionis*, significa *conjetura, creencia u opinión anticipada*. El artículo 65 de la vigente Ley Orgánica del Trabajo consagra la presunción *juris tantum* del contrato de trabajo, cuyo valor jurídico es el de una verdad legal *interina* hasta prueba en contrario, sustentada en la apariencia *verosímil* de que existe un nexo de esa especie entre quien presta servicios por cuenta ajena y la persona que los recibe.

Ello equivale a decir que la imagen de contrato de trabajo creada por la presunción es *insegura* y, con frecuencia, *errónea*, pues la existencia real de esa vinculación puede no quedar evidenciada por los elementos del proceso probatorio. Demostrado el contrato civil o mercantil entre las partes, o la imposibilidad jurídica de que exista el nexo laboral por expresa disposición de la ley (actividad militar o, limitadamente, de funcionarios públicos de carrera), o por falta de alguno de los elementos indispensables para su perfeccionamiento (la voluntad del sacerdote que presta los servicios de su culto religioso), pierde la presunción legal todo su efecto.

2. Desde un punto de vista puramente doctrinario, la presunción del contrato laboral constituye una modalidad del *principio de favor*, expresado con distintos nombres pero con semejantes efectos tutelares de la persona natural que trabaja para otro, en todo texto legal referente a esa materia.³

³ El artículo 8° del Reglamento de la Ley, de 25-01-99, concibe en trece modalidades diferentes el referido principio fundamental, orientador de toda regla legal dictada por el Estado en materia de trabajo (art. 89 de la Constitución). Concretamente, en la Ley Orgánica del Trabajo el referido principio se revela en muchas otras formas no incluidas en la reglamentación. Sirven de ejemplo: el artículo 560, que dispensa al trabajador de la prueba de la culpa del patrono en casos de accidentes y enfermedades profesionales; los artículos 158, 162 y 163, sobre prelación e inembargabilidad parcial de salarios y créditos del trabajador. Incluso en las leyes de Impuesto Sobre la Renta y sobre Sucesiones, la exoneración de cargas impositivas se muestra como una aplicación del *principio de favor* al trabajador.

La presunción implica un razonamiento discursivo del Juez, que parte de la actividad personal en interés ajeno⁴ como indicio, o hecho inferidor, del contrato o relación de trabajo. Ese hecho básico, una vez demostrado en juicio, actúa como fuente de prueba o prueba indirecta del contrato de trabajo a demostrar, y como elemento lógico del raciocinio judicial, expresado en la siguiente fórmula: *dada la actividad (A), el contrato debe de ser de trabajo, B (o sea, es probable, pero no seguro, que sea B)*.

3. Atendidos a la clasificación apuntada por el español Luis Muñoz Sabaté en su obra "Técnica Probatoria" (Barcelona, España, 1967, pág. 223) la presunción laboral podría incluirse dentro del grupo calificado por ese autor como *monobásicas*, por requerir de un solo indicio para formarse. Empero, aunque la presunción se sirve únicamente de la actividad personal, como hecho desencadenante del raciocinio judicial, ella, como todo objeto de contrato, requiere ser *lícita* (no contraria a la Ley, a la moral o las buenas costumbres), *posible y determinada o determinable*. Pero, además, debe poseer las siguientes características peculiares de la *actividad laboral*:

- a) Ser, o haber sido, desarrollada por una persona *natural*, ya que el propósito tutelar de toda legislación del trabajo sólo se concibe referido a la actividad humana para otro, y no a la propia de las ficciones del derecho, como son las personas jurídicas;
- b) Que su realización exija la continuada presencia personal, física y síquica, del autor del esfuerzo; y
- c) Ser, o haber sido, realizada personalmente, de modo directo e inmediato en interés de quien la recibe, es decir, sin la intermediación de otras personas físicas (que, en tal supuesto vendrían a ser los verdaderos sujetos de la presunción), o jurídicas.

El monto y modalidades de la remuneración; la duración de la actividad, su índole o naturaleza, su continuidad y exclusividad, así como los signos que permiten caracterizarla de subordinada, son innecesarios al hecho básico indiciario del contrato de trabajo, fuente de la presunción. Presumir el contrato de trabajo es, pues, presumir que la actividad reúne los elementos indis-

⁴ La aplicación del artículo 65 de la Ley Orgánica del Trabajo supone la pretensión del actor de que el juez declare en su sentencia que la relación que lo vinculó al demandado es de trabajo. En otras palabras, el actor se coloca, mediante su alegato, en la situación jurídica de *trabajador*, o sea, en la de quien desempeñó para otro la actividad que sirve de presupuesto de las normas laborales cuya aplicación reclama.

pensables para identificar el objeto de esa especie de contratos y, también, presumir la capacidad jurídica, el consentimiento válido y la intención de quien la realiza de vincularse por un convenio laboral.

4. Estudiada desde un ángulo puramente procesal, la presunción bajo examen cumple una triple función jurídica, a saber:

- a) Atribuye competencia a los Tribunales Especiales del Trabajo para conocer de la acción judicial nacida de la actividad personal por cuenta de otro, mediante las reglas de un procedimiento sumario, gratuito e impulsado de oficio;
- b) Erige *la actividad* en presupuesto del juzgamiento, en el sentido de que el juez no puede confirmar, o denegar, la existencia de la relación laboral hasta tanto no se hayan incorporado al proceso todos los elementos de convicción.

Por excepción, cuando la relación es de empleo público, la presunción no se transforma en un deber de afirmar, o denegar, la existencia del contrato de trabajo, sino en el de declinar el conocimiento, para que la ley laboral sea aplicada por el órgano judicial competente.

- c) Obra como regla de distribución de la carga de la prueba, al eximir a quien afirma la existencia del contrato de trabajo del deber de probar su afirmación, tal como lo imponen las reglas generales del Derecho Procesal. El verdadero propósito útil de la presunción no estriba, pues, en la ficción de certeza provisional del contrato de trabajo que ella crea, sino en que facilita el hallazgo de esa convención, dificultando la situación procesal de quien pretenda destruir dicha ficción.

5. El efecto jurídico de la presunción laboral no trasciende a la sentencia, ya que *no altera en modo alguno la actividad perceptiva del Juez*, ni modifica los métodos lógicos para aprehender y valorar los hechos constitutivos, impositivos o extintivos, aportados al proceso por las partes, y para declarar la verdad que es norte de la función judicial.

Si la presunción *juris tantum* del contrato de trabajo descansa en el presupuesto de que existen en el campo del derecho muchas otras formas convencionales de regulación del interés de las partes, *es obvio que para el legisla-*

En este estudio, las palabras y frases: "*actividad*", "*actividad personal por cuenta de otro*" y "*actividad en interés ajeno*", están usadas con unívoco sentido.

dor no siempre existe tras la figura de un contrato civil o mercantil, una simulación fraudulenta, o una reserva mental inducida para ocultar el verdadero propósito de contraer obligaciones laborales. Negar que los contratos de derecho común, voluntaria y libremente concertados con la recta intención de que la actividad personal y el intercambio social, jurídico y económico, se realice sin las restricciones a la autonomía y la libertad personales que el trabajo subordinado supone, es desconocer la ya mencionada fórmula silogística de la presunción para expresarla, equivocadamente, en los siguientes términos: *dada la actividad (A), el contrato debe ser de trabajo, B (o sea, tiene que ser seguramente de trabajo, B).*

La obligación del Juez de declarar el contrato verdaderamente querido por las partes lo fuerza a descubrir la genuina intención de sus celebrantes. Como todos los contratos, tampoco el de trabajo puede ser interpretado sin descubrir la recta intención de las partes, para quienes el hecho de que la actividad personal se realice con un margen de independencia y libertad de movimiento, puede resultar incluso económicamente más ventajoso que suponerla realizada en condiciones de dependencia o subordinación. En el ámbito mercantil, por ejemplo, la libertad para seleccionar la clientela, para escoger el horario y los días de jornada, o la fecha y duración de los periodos de los descansos y vacaciones, constituyen un ángulo válido del quehacer humano que el Derecho no ha ignorado jamás, y que el Derecho del Trabajo no puede desconocer.

6. Imaginar que los celebrantes de todo negocio jurídico desean vincularse sólo mediante contratos de trabajo, *es convertir la presunción en un prejuicio* capaz de inficionar el raciocinio del Juez, de perturbar gravemente el mandato legal y moral de declarar la verdad, y de alterar con ello la normalidad del tráfico jurídico y económico de toda la sociedad acogida al marco del Derecho. No el contrato de trabajo, sino el civil o mercantil debidamente demostrado en juicio, ha de ser para el Juez el *contrato realidad*. En rigor, el *contrato realidad* es el de cualquier naturaleza y denominación, evidenciado mediante su pacífica y continuada ejecución por las partes (ver, complementariamente, Segundo Párrafo del Punto 6, en página 429).

CAPÍTULO III

La sentencia de la Sala Social del Tribunal Supremo de Justicia de 16 de marzo del año en curso contiene errores de juzgamiento al aplicar la presunción contenida en el artículo 65 de la Ley Orgánica del Trabajo.

1. En primer lugar, olvida que la actividad objeto del contrato de trabajo requiere, por esencia de su naturaleza, ser *personal*, propio de una persona humana. Según la sentencia examinada, los propios demandantes de la Sociedad Mercantil Distribuidora Polar, S.A. (DIPOSA), admitieron que su actividad consistía en la compra al contado de productos de cerveza y malta para ser revendida luego a terceros dentro de determinada zona geográfica. Dicha compra era efectuada primero por los actores y, a partir de determinado momento, por unas sociedades de responsabilidad limitada de las cuales eran sus representantes (Comercial Eferere, S.R.L., Distribuidora de Bebidas Luis E. Ramos, S.R.L., Inversiones Hugo Méndez, S.R.L., etc.); se desprende asimismo, de las facturas acompañadas, que la compra de la cerveza y de la malta a DIPOSA se efectuaba directamente por esas sociedades, a través de sus representantes (los actores en la causa, Félix R. Ramírez, Luis E. Ramos y Hugo E. Méndez, respectivamente, etc.)

Como puede advertirse, la pretendida actividad personal de los demandantes no se realizaba para DIPOSA, sino para las personas jurídicas en cuyo nombre actuaban. Al faltar el hecho básico de la presunción, que es la actividad personal por cuenta de DIPOSA, el supremo Tribunal aplicó mal la presunción del contrato de trabajo, originando con ello, de paso, el inadmisiblesentido de que toda persona natural, o los representantes de las personas jurídicas, que llegaren a relacionarse con alguna sociedad mercantil, puedan terminar siendo trabajadores de ésta. Un diverso desatino jurídico podría añadirse a la absurda situación anterior, ya que en cualquier caso semejante al ahora estudiado, el representante de una sociedad de comercio relacionada con otra para la compra-venta habitual de bienes o servicios, se hallaría en la situación de tener, simultáneamente, *dos patronos con intereses distintos y contradictorios originados por un único esfuerzo*.

2. La actividad personal de índole laboral se diferencia de la civil o mercantil por un importante conjunto de detalles calificadores: en primer lugar, ella consiste en un esfuerzo continuado en beneficio de otra persona, natural o jurídica, que se enriquece con los resultados de ese esfuerzo en la medida y en la proporción en que éste se va ejecutando. En contraprestación de dicho esfuerzo, y en la misma medida en que éste se va realizando, el trabajador devenga su remuneración. En la actividad mercantil de intercambio —de la cual es ejemplo la compra-venta al contado de malta y de cerveza a las sociedades de responsabilidad limitada constituidas por los actores del juicio contra DIPOSA— ésta obtiene de inmediato la ganancia que le depara cada venta que realiza. El agente, en cambio, deriva de esa relación una ganancia futura y

eventual, probable pero no segura, *que depende de una nueva actividad de su parte* (en la cual obra con un interés contrario al que anteriormente poseía como comprador de la mercancía adquirida), llevada a cabo con sujetos distintos de DIPOSA, y que no guardan con ésta ni con él más vinculaciones que las propias del comercio. Incluso siendo repetidas en el tiempo las operaciones de compra-venta de cerveza, ellas no lograrían por sí solas, diferenciar una relación clientelar de rancia estirpe mercantil, de una actividad de naturaleza laboral.

En segundo lugar, la ganancia del trabajador (su remuneración) es siempre consecuencia de la actividad obligatoria que realiza para su empleador, mientras que la ganancia del comerciante depende de la mayor, o menor, cantidad de negocios que efectúe en ejercicio libre de su actividad.

Por efecto del contrato que celebra, el trabajador adquiere principalmente una obligación de hacer continuada e infungible, cuyo cumplimiento se realiza mediante una secuencia de actos en que su persona toda —su fuerza, su inteligencia y su destreza— permanece bajo el imperio de una voluntad ajena. Nada explica mejor el celo del legislador en limitar el ejercicio del poder de esa voluntad sobre una persona libre, que el hecho de que, en esencia, *el contrato de trabajo es un convenio mediante el cual el trabajador enajena temporalmente su libertad*. El deber de presencia personal en un lugar no elegido por el empleado u obrero para desarrollar la actividad pactada, durante el tiempo y de las maneras que no le es dable cambiar sin incumplir su contrato, dibuja el campo genuino de la subordinación laboral, *que no se halla en el contenido de la obligación a cumplir, sino en el modo en que ella tiene que ser cumplida*. El mandato no es laboral porque el mandatario esté obligado a rendir cuentas, ya que todo contrato civil de esta especie acarrea dicha obligación, sino porque, en determinados casos, la actividad del mandatario se desarrolla en las condiciones personales de sumisión al mandante, a que antes hicimos alusión. De igual manera, el Presidente de un Banco no es trabajador por el hecho de estar obligado a cumplir las obligaciones que el Acta Constitutiva o los Estatutos asignan a su cargo, si conserva la libertad de cumplirlas en el tiempo, del modo y mediante las personas, internas o externas a su organización, que él, *ad libitum*, disponga.

3. Lo expuesto explica el error de juzgamiento en que incurre la Sala Social de nuestro Tribunal Supremo cuando deduce la subordinación de los actores de la obligación de comprar y revender los productos de cerveza y malta, adquiridos de DIPOSA, a los comerciantes residentes en zonas predeterminadas y con exclusión de las marcas de la competencia. De ordinario, tales li-

mitaciones, comunes a todo esquema de política de comercialización de bienes y servicios, son medios dirigidos a lograr que la propia actividad comercial de una empresa alcance su mayor utilidad, dado que buscan expandir el conocimiento público de la marca, facilitar su penetración en el mercado y eliminar o reducir la competencia. Ajenas como son dichas limitaciones al propósito de regular el comportamiento de las personas naturales de que la empresa se sirve para el logro de sus fines económicos, ellas se aplican por igual a las personas jurídicas que realicen idéntico quehacer. El referido esquema de política comercial obra, en verdad, como presupuesto de toda contratación civil, mercantil o de trabajo, a celebrarse por la entidad comercial con los terceros, motivo por el cual carecen, aisladamente considerados, de valor procesal como prueba plena de la subordinación.

El razonamiento anterior conduce a pensar que no sólo queda descartado el contrato laboral en los supuestos en que una firma de comercio se valga de personas jurídicas para distribuir sus productos, sino también en los de personas naturales que, incluso con las anotadas limitaciones de política comercial, corren con el riesgo de pérdida o descomposición del producto que adquieren; que son dueñas del vehículo pintado con los emblemas de la distribuidora y responden civilmente del daño causado por el mismo; que no se hallan obligados a revender personalmente los productos que compraron, pues otras personas, libremente designados por ellos, pueden hacerlo en su nombre, en horas y días predeterminados con absoluta independencia de la casa matriz de la cadena negocial, y si conservan su libertad para decidir la forma de penetración comercial y los métodos para inducir a su clientela a no adquirir bienes distintos de la marca que en la zona geográfica revenden.

La argumentación expuesta permite concluir que si una persona natural puede poseer, lo mismo que una sociedad mercantil, un inequívoco carácter de comerciante, colocado por la índole de su actividad, al margen de la Legislación del Trabajo, no es la clase de persona (natural o jurídica) que realice la actividad, sino las condiciones en que ésta se desenvuelve, el elemento realmente decisivo para la marginación laboral. Es entonces en el contrato a celebrarse, más que en el sujeto encargado de la reventa y distribución, donde ha de centrarse la atención del jurista. Más adelante, en el Capítulo IV de este estudio, referente a las Recomendaciones, formularemos otras observaciones adicionales en relación con este mismo tema.

4. Así pues, cuando el Tribunal cifra la subordinación laboral en tales obligaciones normales del tráfico mercantil, con el fin de descalificar la naturaleza y

los efectos de los contratos de compra-venta y distribución, no sólo aplica mal el artículo 65 de la LOT, trocando virtualmente en *absoluta* la presunción *juris tantum* que esa disposición establece, sino también infringe el artículo 1398 del Código Civil, al no valorar la prueba en contrario que la índole de dicha presunción permite.

5. Otra observación resalta el débil fundamento jurídico de la sentencia bajo análisis. Nos referimos al hecho básico de la presunción, a la actividad que los actores concretamente desarrollaron. Según el fallo *in commento*, todos ellos realizaban personalmente sus operaciones de compra y reventa de cerveza y malta, antes de que esas mismas operaciones fueran efectuadas por las sociedades mercantiles de responsabilidad limitada, constituidas por cada uno de los demandantes. Si, como antes dejamos asentado, constan en el expediente de la causa los documentos estatutarios de las respectivas firmas comerciales y los que acreditan diversas operaciones de compra-venta de cerveza y malta realizadas entre ellas y DIPOSA, es obvio que la actividad personal de los actores para DIPOSA cesó en la fecha en que la misma fue ejecutada directamente por sus respectivas firmas de comercio. Esto quiere decir, que la acción derivada de la presunción del contrato de trabajo nunca pudo en derecho dirigirse contra la mencionada firma vendedora, para quien la actividad personal de los actores ya no se prestaba. Precisamente en este hecho se apoya, con acierto, el tribunal de instancia para descartar la aplicación del artículo 65 de la Ley Orgánica del Trabajo, en razón de faltar uno de sus elementos esenciales para la pertinencia jurídica de dicha disposición (ver, *supra*, Capítulo II, punto 3, a), b)).

Acaso, a riesgo de estar prescrita la acción judicial, habrían podido dirigirla contra dicha empresa en reclamación de derechos laborales insolutos derivados de sus anteriores servicios personales subordinados, o contra las sociedades que respectivamente representaban, si pretendieran que esa representación les confería carácter de trabajadores.

6. Claro está que la exigencia de constituir compañías mercantiles para desarrollar la misma actividad que originalmente desarrollaban los demandantes en forma personal, pudiera ser interpretada como un acto doloso de DIPOSA, cometido en fraude de la legislación del trabajo.

No yerra la doctrina laboral de los maestros y profesores que el fallo transcribe *in extenso*, al alertar sobre el encubrimiento intencional del contrato de trabajo bajo la figura de otros negocios civiles o mercantiles. Hemos suscrito igualmente esa opinión, advirtiendo que la presunción establecida en el artículo 65

de la Ley Orgánica del Trabajo tiene, precisamente, por objeto dificultar y descubrir, con la inversión de la carga probatoria, la conducta fraudulenta de la ley. Empero, si el dolo consiste en una *voluntad de daño, intención perversa o de perjudicar* (Messineo, Derecho Civil y Comercial, volumen 6, pág. 483, Buenos Aires, 1979), ¿cómo podría calificarse de dañosa la voluntad del empleador en los supuestos en que el nuevo estatus de comerciante depara al trabajador mayor libertad para ejercer su actividad y una más ventajosa situación económica y social que la que antes poseía? De otra parte, la preferencia de sociedades mercantiles en lugar de personas naturales no es arbitraria, pues se explica lógicamente y suficientemente con el hecho de que *todo el patrimonio social* responde, en caso de incumplimiento, de las obligaciones que la sociedad contrae: no sucede así con el patrimonio del trabajador, que se ofrece como una garantía limitada de cumplimiento, dado que el acreedor burlado en su derecho tropieza con insalvables reglas legales propias del orden público de favor (prohibición parcial de los embargos, etc). La negociación, con carácter de exclusividad, de productos de comercio en determinadas zonas geográficas suele significar el manejo de considerables intereses económicos, para los cuales una empresa mercantil organizada se ofrece, de ordinario, como mejor garantía de cumplimiento que una persona natural.

La voluntad de daño no se manifiesta, pues, como un elemento consustancial a la constitución de sociedades mercantiles para el desarrollo de determinada actividad, motivo por el cual la evidencia de la intención fraudulenta no quedó fijada en el proceso. Hechos distintos a los aportados a la causa bajo estudio han debido servir de elementos indiciarios de la contratación fraudulenta; éstos hubieran podido ser, a modo de ejemplo, los siguientes: documentos que acreditaran la cobertura por DIPOSA del riesgo profesional de los actores y de los empleados u obreros de las firmas mercantiles por ellos constituidas; documentos en que aquella sociedad asumiera la responsabilidad civil por el daño del vehículo a terceros; cartas credenciales que dieran fe de los años de servicio del agente, en las cuales no se hubiera excluido el tiempo de su actividad comercial; y la emisión de los cheques a favor de los actores o de sus empleados y obreros, por concepto de salarios y prestaciones sociales; inscripción en el seguro social,⁵ etc.

⁵ La prueba de estos requisitos corresponde al actor que invoca el amparo de la legislación laboral, sin haber prestado su actividad directamente al demandado. Procesalmente, lo expuesto se traduce en que quien alega haber desarrollado esa actividad mediante una sociedad civil o mercantil de la cual era representante, no queda eximido de la carga de aportar a la causa, por cualquier medio válido en derecho, los elementos de prueba que permitan al juez declarar la virtualidad de la sociedad formalmente existente. Sin esta

Si mediante la sociedad que "se le obliga" a constituir, el nuevo comerciante multiplica los beneficios económicos y sociales que recibía en su condición de trabajador, es palmario que esa sola exigencia no basta para demostrar la conducta perversa de la productora del bien comercializado, ni su voluntad de daño, tal como doctrinariamente presupone el fraude a la ley. Por lo demás, en referencia a la supuesta coerción ejercida sobre el trabajador para llevarlo a formar compañías de comercio, ¿no es la pacífica ejecución de los contratos duraderos de cualquier naturaleza, manifestación segura de la intención real de sus celebrantes, de contraer el vínculo que libremente eligieron? Es cierto que la falta de reclamos del trabajador durante el desarrollo de su contrato no afecta sus derechos, considerados legal y constitucionalmente irrenunciables; pero no debe olvidarse que la *irrenunciabilidad* es postulado únicamente aplicable al sujeto que, una vez desvanecida la duda sobre el carácter aparentemente mercantil de su contrato, el juez, en congruencia con lo alegado y probado, declara *trabajador* en su sentencia. Esto permite concluir que la ausencia de elementos probatorios de inconformidad y conflicto entre partes que han demostrado en autos su capacidad para discernir y aprovechar las ventajas de su actividad autónoma, es válido indicio de un estatus profesional consciente y voluntariamente elegido, al cual es extraña la legislación del trabajo y el referido instituto de la irrenunciabilidad.

7. No compartimos el criterio de la Sala al sustentar en el principio de la relatividad de los contratos, sus conclusiones sobre la insuficiencia de los documentos constitutivos de las sociedades mercantiles de los actores, y de los contratos celebrados entre éstas y la demandada, para demostrar "*la existencia de una relación mercantil, pues como ya fue indicado, los contratos no tienen efecto entre las partes contratantes, no dañan ni aprovechan a terceros, excepto en los casos establecidos por la ley en conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.166 del Código Civil... (omissis). En otras palabras, la fuerza obligatoria de los contratos no se puede hacer valer frente a los actores, que son personas naturales, y como tales, distintas de las dos sociedades mercantiles que suscribieron los mismos*".

La conocida regla legal, precisada en el citado artículo del Código Civil, tiene, en verdad, un sentido y una aplicación diferentes de los que la Sala les

previa declaración en la sentencia, luce impertinente la aplicación del artículo 65 de la LOT, por falta de la actividad personal directa del actor para el pretendido deudor de las prestaciones sociales que demanda.

atribuye, ya que ella se limita a enunciar que las obligaciones nacidas de un contrato no producen efectos "*más que entre quienes lo han concluido ellas mismas o han estado representadas en él*" (RIPERT-BOULANGER, *Tratado de Derecho Civil*, volumen 4, pág. 342, Buenos Aires, s/f). Empero, la incorporación de los mencionados documentos no patentiza la pretensión de convertir a los actores en *acreedores o deudores* de las obligaciones nacidas de la compra-venta de cerveza y malta concertado entre DIPOSA y las nombradas sociedades mercantiles de los demandantes; o sea, de *hacerlos parte en esos contratos, a pesar de no haberlos concluido o no estar representados en ellos. Los referidos documentos acreditan, simplemente, el hecho de que DIPOSA no tuvo relación con las personas físicas que la demandaron, sino con las personas jurídicas que ellas representaron*. Ese hecho resulta procesalmente indispensable para desvirtuar la presunción legal del contrato por falta de uno de sus presupuestos básicos (ver, *supra*, punto 3, a), Capítulo II, de este memorándum).

Por la errónea interpretación del artículo 1.166 del Código Civil, incurrió el Tribunal en falsa aplicación de dicha norma, ya que la controversia no se relacionaba con el cumplimiento de obligaciones pactadas; e igualmente incurrió en el vicio de suposición falsa, contemplado en el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil, al dar por demostrada la actividad personal de los demandantes con pruebas cuya inexactitud resulta de actas e instrumentos del expediente mismo (los documentos antes mencionados).

8. Se hace también patente el error de juzgamiento cuando son calificados de salario "los pagos realizados por la demandada (DIPOSA) a un tercero" (las sociedades mercantiles de los actores), con base en el argumento de que "*el salario puede ser entregado a otra persona, con el consentimiento del trabajador*". Al preterir que la ganancia obtenida por dichas sociedades mercantiles en sus operaciones de reventa de cerveza no provenían de la actividad personal de los actores para DIPOSA, sino de las operaciones de esas sociedades con la clientela de la condigna zona, la sentencia confunde la noción de salario, identificada por la doctrina y la jurisprudencia como la remuneración que reciben *las personas naturales por sus servicios, manuales o no manuales, en condiciones de subordinación* (artículo 133, en concordancia con el artículo 39 LOT). Además de desaplicar estas disposiciones de la ley, el juzgador dio por demostrado el consentimiento de los actores en el pago de sus "salarios" al tercero, sin la prueba escrita de tales autorizaciones, tal como es exigido por el artículo 148 ejusdem. Con ello fue desaplicada, igualmente, esta disposición.

Por otra parte, no incluye la sentencia las razones que permitieron al juzgador concluir en que todo el producto de las ventas realizadas por las nombradas compañías de comercio era, precisamente y sin deducción de gasto alguno, salario de los demandantes.

9. Finalmente, sorprende al lector de la sentencia que *el principio de la relatividad de las obligaciones contractuales*, invocado para descartar los contratos que probaban la inexistencia de la prestación personal de los servicios de los actores, no se aplique, en cambio, cuando se trata de probar la existencia del salario y el hecho de su pago (ver, *supra*, 7).

CAPÍTULO IV RECOMENDACIONES

De no modificarse el criterio jurisprudencial que confunde los elementos constitutivos de la subordinación laboral, es difícil brindar en derecho garantías seguras de que cualquier contrato de actividad no terminará siendo judicialmente considerado como de trabajo. Contribuye a ese lamentable desvío la difundida convicción de muchos de los jueces de nuestra especialidad, de que su elevada misión consiste sólo en descubrir e impedir los fraudulentos disimulos de verdaderos patronos, evasores de la legislación laboral, y no en descubrir e impedir también, con igual empeño, el fraude a esa misma legislación cometido por falsos trabajadores. Quebranta por igual el propósito y la letra de la ley el juez, que, con vista de las pruebas producidas, no declara en su sentencia el contrato de trabajo que vinculó a las partes, como el que niega sin razón el contrato civil o mercantil que realmente existió entre ellas.

Sin embargo, a sabiendas de que la diferencia entre el contrato de trabajo y las demás convenciones de derecho común, descansa en la autonomía de voluntad y en la libertad de movimientos de que goza el sujeto obligado a la ejecución del quehacer pactado, nos permitimos recomendar:

1. Los contratos que lleguen a celebrarse deben enfatizar que las limitaciones previstas en ellos para la comercialización de los productos, no entrañan restricciones a la libertad de la persona contratada para determinar las horas, el modo o maneras de realizar su actividad mercantil.
2. La exclusividad debe ser expresada como una prohibición de comerciar productos ofrecidos por la competencia, y no como prohibición de cualquier

otra actividad comercial. De hecho, la exclusividad provendrá del volumen de las operaciones o negocios en la zona geográfica elegida.

3. La referencia a los minoristas que han de ser atendidos en las zonas geográficas convenidas, debe ser expresada como una información sobre posibles interesados en la adquisición del producto, y no como una prohibición de negociar con personas extrañas al listado, según las conveniencias comerciales del agente contratado.
4. La zona geográfica debe ser presentada como una solicitud del aspirante, aceptada por la empresa.
5. La identificación comercial del vehículo con las marcas y emblemas del producto debe igualmente permitir la identificación comercial del agente contratado, así como la de otras marcas, no de la competencia, que éste distribuya.
6. Cláusulas expresas deben prevenir:
 - a) que el riesgo de la pérdida o deterioro de la mercancía corre a cuenta del agente, así como también que los daños a terceros están igualmente bajo su responsabilidad como transportista, o dueño o guardián del vehículo, según las reglas de la Ley de Tránsito Terrestre y el Código Civil.
 - b) La obligación de cumplir todas las exigencias del Código de Comercio y las disposiciones laborales y tributarias (libros exigidos por la LOT, INCE, SSO, declaración de impuestos etc.), propias de todo comerciante; y
 - c) Las demás manifestaciones típicas de una relación comercial (garantías de cumplimiento, etc.)
7. La constitución y contratación de sociedades de comercio para el habitual desarrollo de la propia actividad, no garantiza que las disposiciones legales de índole laboral no resulten aplicables. Por efecto de la solidaridad prevista en el artículo 57 de la Ley Orgánica del Trabajo, en concordancia con el 56 del mismo texto, *el contratante usual de tales sociedades de comercio adquiere las mismas obligaciones de éstas frente a sus trabajadores*. Dado que, en el caso examinado, el suscrito no abriga dudas acerca de la *inherencia o conexidad* de las obras o servicios de la contratista respecto a los de su comitente, ni tampoco acerca de que aquélla logra su mayor fuente de lucro de la actividad que realiza para éste, es obvio que dicha vinculación solidaria puede hacer económicamente más onerosa la situación de quien se

vale de personas jurídicas (libres para contratar y fijar las condiciones de sus trabajadores), que la de quien emplea directamente personas naturales con idéntica finalidad de desarrollar su objeto mercantil.

Lo anterior conduce a recomendar un cuidado especial de las contratantes sobre el empleo, condiciones de trabajo y salarios del personal de su agente de comercio, sea éste una persona física o jurídica. (Veáse, *supra*, Capítulo III, punto 3).

8. En caso de demanda judicial, se recomienda llevar a juicio, en calidad de terceros, a las sociedades mercantiles contratadas para la distribución, a fin de que respondan, en todo caso, de las obligaciones de índole laboral exigidas.

17 de enero de 2001

El Contencioso Tributario y la perención de la instancia en el Tribunal Supremo de Justicia

Julio Betancourt V.

La perención es una figura jurídica, cuya declaratoria por parte de la autoridad competente, produce la extinción de un proceso administrativo o judicial, como consecuencia de una prolongada inactividad, que hace presumir que los litigantes han querido abandonar el proceso.

En materia judicial, esta figura fue regulada en los artículos 201, 202, 203 y 204 del viejo Código de Procedimiento Civil del año 1916, en el sentido de que para su procedencia era indispensable no sólo el transcurso de tres (3) años de inactividad, sino también su alegato por la parte interesada, ya que la misma no podía declararse de oficio.

A continuación el texto de dichos artículos:

Artículo 201. *Toda instancia se extingue por el transcurso de tres años sin haberse ejecutado durante ellos ningún acto de procedimiento.*

Artículo 202. *La perención procede contra la Nación, los Estados o sus Secciones, los establecimientos públicos, los menores y cualquiera otra persona que no tenga la libre administración de sus bienes, salvo recurso contra sus representantes.*

Artículo 203. *La perención se verifica de derecho; y cuando se quiera continuar la instancia, quien pretenda aprovecharse de la perención debe pro-*

ponerla expresamente antes que cualquier otro medio de defensa, entendiéndose que la ha renunciado si no lo hiciere así.

Artículo 204. *La perención no extingue la acción, ni los efectos de las decisiones dictadas, ni las pruebas que resulten de los autos, pero hace nulo el procedimiento.*

Cuando el juicio en que se verifique la perención se halle en apelación, la sentencia apelada quedará con fuerza de cosa juzgada.

Igualmente, pero para regular el procedimiento de los asuntos que debían tramitarse por ante la Corte Suprema de Justicia, la figura de la perención también se consagró en la respectiva Ley Orgánica promulgada el 30 de julio de 1976, con el texto que seguidamente se transcribe:

Artículo 86. *Salvo lo previsto en disposiciones especiales, la instancia se extingue de pleno derecho en las causas que hayan estado paralizadas por más de un (1) año. Dicho término empezará a contarse a partir de la fecha en que se haya efectuado el último acto del procedimiento. Transcurrido el lapso aquí señalado, la Corte sin más trámites, declarará consumada la perención de oficio o a instancia de parte. Lo previsto en este artículo no es aplicable en los procedimientos penales.*

Obsérvese que esta perención difiere de la contemplada en el viejo Código de Procedimiento Civil, en cuanto al lapso requerido para su procedencia, y a la posibilidad de que fuera declarada de oficio. No creemos, sin embargo, que la prevista en el citado artículo 86 hubiese sido la aplicable durante todo este tiempo a los asuntos que con motivo del ejercicio de los correspondientes recursos de casación, hayan venido cursando por ante las respectivas Salas de Casación Civil o Social, en virtud de que el propio artículo 86 deja a salvo lo previsto en disposiciones especiales como lo son en estas materias las contenidas en el Código de Procedimiento Civil.

No deja de ser curiosa la expresa excepción de la inaplicabilidad del mismo artículo 86 a los procedimientos penales, si se advierte que ni en las instancias ni en la casación penal se contempla la figura de la perención, por lo que dicha excepción tan sólo podía referirse al procedimiento del Antejudio de Mérito, entonces regulado por la mencionada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, y que hoy regula el Código Orgánico Procesal Penal en vigencia desde el 1° de julio de 1999, y la Constitución de 1999.

Por lo que respecta a la perención en los procedimientos administrativos, es menester señalar que la misma fue incluida en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos promulgada el 1° de julio de 1981 en sus artículos 64, 65 y 66 cuyos textos también nos permitimos transcribir:

Artículo 64. *Si el procedimiento iniciado a instancia de un particular se paraliza durante dos (2) meses por causa imputable al interesado, se operará la perención de dicho procedimiento. El término comenzará partir de la fecha en que la autoridad administrativa notifique al interesado.*

Vencido el plazo sin que el interesado hubiere reactivado el procedimiento, el funcionario procederá a declarar la perención.

Artículo 65. *La declaratoria de perención de un procedimiento no extingue los derechos y acciones del interesado y tampoco interrumpe el término de prescripción de aquellos.*

Artículo 66. *No obstante el desistimiento o perención, la administración podrá continuar la tramitación del procedimiento, si razones de interés público lo justifican.*

Adviértase lo sui generis que resulta esta figura de la perención administrativa en sus siguientes facetas:

1. Que sólo opera en aquellos procedimientos que se hayan iniciado a instancia de un particular, y se hayan paralizado por causa imputable a éste.
2. Que tal paralización debe notificarse al interesado, para que a partir de dicha fecha transcurran los dos (2) meses requeridos para su declaratoria.
3. Que no obstante la declaratoria de perención, la administración podrá continuar la tramitación del procedimiento si razones de interés público lo justifican.

Con la reforma del Código de Procedimiento Civil realizada el 16 de septiembre de 1986, la perención fue objeto de varias modificaciones recogidas en los siguientes textos:

Artículo 267. *Toda instancia se extingue por el transcurso de un año sin haberse ejecutado ningún acto de procedimiento por las partes. La inactividad del Juez después de vista la causa, no producirá la perención.*

También se extingue la instancia:

1° *Cuando transcurridos treinta días a contar desde la fecha de admisión de la demanda, el demandante no hubiese cumplido con las obligaciones que le impone la ley para que sea practicada la citación del demandado.*

2° *Cuando transcurridos treinta días a contar desde la fecha de la reforma de la demanda, hecha antes de la citación, el demandante no hubiese cumplido con las obligaciones que le impone la ley para que sea practicada la citación del demandado.*

3° *Cuando dentro del término de seis meses contados desde la suspensión del proceso por la muerte de alguno de los litigantes o por haber perdido*

el carácter con que obraba, los interesados no hubieren gestionado la continuación de la causa, ni dado cumplimiento a las obligaciones que la ley les impone para proseguirla.

Artículo 268. *La perención procede contra la Nación, los Estados y las Municipalidades, los establecimientos públicos, los menores y cualquiera otra persona que no tenga la libre administración de sus bienes, salvo el recurso contra sus representantes.*

Artículo 269. *La perención se verifica de derecho y no es renunciable por las partes. Puede declararse de oficio por el Tribunal y la sentencia que la declare, en cualquiera de los casos del artículo 267, es apelable libremente.*

Artículo 270. *La perención no impide que se vuelva a proponer la demanda, ni extingue los efectos de las decisiones dictadas, ni las pruebas que resulten de los autos; solamente extingue el proceso.*

Cuando el juicio en que se verifique la perención se halle en apelación, la sentencia apelada quedará con fuerza de cosa juzgada, salvo que se trate de sentencias sujetas a consulta legal, en las cuales no habrá lugar a perención.

Artículo 271. *En ningún caso el demandante podrá volver a proponer la demanda, antes de que transcurran noventa días continuos después de verificada la perención.*

De lo antes transcrito cabe pues resaltar las siguientes reformas:

1. Que la inactividad procesal requerida se redujo a un (1) año, estableciéndose para ciertos y determinados casos, plazos más breves.
2. Que por cuanto la perención se verifica de derecho y no es renunciable por las partes, su declaratoria puede hacerse de oficio.
3. La consagración expresa de que no producirá perención, la inactividad del juez después de vista la causa.

Fue sobretodo este último aspecto de la perención, establecido expresamente en el artículo 267 del Código de Procedimiento Civil vigente desde 1986, el que la Sala Política Administrativa del hoy Tribunal Supremo de Justicia vino adoptando, en lugar del dispositivo contenido en el artículo 86 de la respectiva Ley Orgánica, para aplicarlo a los procedimientos que por ante dicha sala cursaban, hasta que la propia Sala, en recientes decisiones entre las cuales destaca la sentencia del 13 de febrero del 2001, cambió de criterio, y prefirió aplicar el referido artículo 86, declarando la perención de un recurso de nulidad por ilegalidad interpuesto contra una resolución ministerial, en virtud de que después de vista la causa, transcurrió más de un (1) año sin que el recurrente hubiese actuado en el sentido de impulsar el procedimiento para obtener el pronunciamiento del respectivo fallo.

Aunque esta sentencia parezca injusta porque sanciona con la extinción del proceso una actividad propia del tribunal después de vista la causa, dicha sentencia resulta difícil de rebatir desde un punto de vista estrictamente legal, porque el caso se trata de un procedimiento contencioso administrativo de nulidad por ilegalidad que se rige única y exclusivamente por las disposiciones de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia vigente desde 1976, entre las cuales se encuentra precisamente el mencionado artículo 86, que no distingue si la paralización deriva de la inactividad de las partes o de la inactividad del Tribunal. Y, por supuesto, en este caso concreto las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, entre ellas la del artículo 267, no pueden considerarse como especiales que prevalezcan sobre las de la citada ley orgánica.

Sin embargo, de pretenderse aplicar *in extenso* el referido artículo 86 a otros asuntos de distinta naturaleza, debemos afirmar categóricamente, que no siempre el Código de Procedimiento Civil puede considerarse un texto legislativo general, ordinario, o común, porque hay casos en que el mismo Código de Procedimiento Civil resulta especial, singular o preferente con respecto a la propia Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, como ocurre por ejemplo en los recursos de casación que se ventilan por ante las respectivas salas civil o social del Tribunal Supremo de Justicia.

Y tampoco en materia contencioso tributario, con respecto al procedimiento que debe seguirse en la segunda instancia, resultaría aplicable la perención prevista en el indicado artículo 86 de dicha ley orgánica, pese a la remisión que tanto a esa ley como al Código de Procedimiento Civil, contradictoriamente hacen los artículos 195 y 196 del Código Orgánico Tributario, los cuales transcribimos a continuación:

Artículo 195. *De las sentencias definitivas dictadas por el Tribunal de Primera Instancia o de las interlocutorias que causen gravamen irreparable por la definitiva, podrá apelarse dentro del término de ocho (8) días hábiles contados a partir de la publicación de la sentencia, y se seguirá el procedimiento establecido en el Código de Procedimiento Civil.*

Cuando se trate de la determinación de tributos o de la aplicación de sanciones pecuniarias, este Recurso procederá sólo cuando la cuantía de la causa exceda de cien unidades tributarias (100 U.T.) para las personas naturales y de quinientas unidades tributarias (500 U.T.) para las jurídicas.

Parágrafo Único: *El lapso para apelar por parte del Procurador General de la República, se contará a partir del vencimiento del plazo de ocho (8) días hábiles.*

Artículo 196. *El procedimiento a seguir en la segunda instancia, será el previsto en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.*

Tal contradicción resulta por demás irrelevante, porque en lo que se refiere a los efectos de las paralizaciones tanto de los procedimientos administrativos tributarios como de los contenciosos tributarios, en cualquiera de sus instancias, el mismo Código Orgánico Tributario contiene disposiciones especiales que prevalecen sobre las disposiciones del Código de Procedimiento Civil y de la propia Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

En efecto, el curso de la prescripción de la obligación tributaria es susceptible de interrupción por una serie de causas previstas en el artículo 54 del Código Orgánico Tributario, entre las cuales se encuentran las siguientes:

1. La declaración del hecho imponible
2. La determinación del tributo efectuada por la Administración Tributaria desde la fecha de su notificación al contribuyente.
3. La determinación del tributo efectuada por el contribuyente desde la fecha de presentación de su respectiva liquidación.
4. El reconocimiento de la obligación por parte del deudor.
5. El pedido de prórroga u otras facilidades de pago.
6. Cualquier acto de la Administración que se realice para efectuar el cobro de una obligación tributaria, previa y definitivamente determinada por vía administrativa.

Cuando se produce cualquiera de estas causas, el tiempo transcurrido desaparece y comienza de nuevo a partir de entonces el cómputo del respectivo plazo.

También constituye causa de interrupción de la prescripción, conforme a la citada disposición legal, la actuación judicial que se inicie para efectuar el cobro de la obligación tributaria que hubiese sido ya definitivamente determinada, juicio éste que se tramitará conforme a las disposiciones pertinentes del Código Orgánico Tributario.

La otra causa que finalmente, conforme a la misma disposición legal antes mencionada, interrumpe la prescripción de la obligación tributaria, es el inicio de un procedimiento administrativo mediante acta levantada por el funcionario fiscal competente, debidamente notificada al contribuyente, con el propósito de determinar la existencia y cuantía de un crédito tributario o de perseguir las eventuales infracciones impositivas.

Sin embargo, a diferencia de lo que sucede con las seis primeras causas de interrupción previstas en el artículo 54, con la mencionada notificación, no solo se interrumpe, sino que también simultáneamente se produce la suspensión de dicha prescripción mientras se tramita el procedimiento administrativo, hasta sesenta (60) días después de que la Administración Tributaria hubiese adoptado la resolución definitiva en forma expresa o tácita del asunto, tal como se desprende de lo establecido en el artículo 55 del Código Orgánico Tributario que en su encabezamiento dispone textualmente lo siguiente: "El curso de la prescripción se suspende por la interposición de peticiones o recursos administrativos, hasta sesenta (60) días después que la Administración Tributaria adopte resolución definitiva, tácita o expresa sobre los mismos".

Esto significa que el respectivo plazo de prescripción no comienza a correr nuevamente sino a partir de que cesen los efectos suspensivos de dicha prescripción, es decir después de transcurridos los sesenta (60) días siguientes a la resolución expresa o tácita de la cuestión planteada, pero con la particularidad de que si contra la mencionada resolución administrativa se interpusiere el correspondiente recurso contencioso tributario, el curso del nuevo plazo de prescripción no sería susceptible de interrupciones, sino de la suspensión que conlleva la tramitación del recurso, mientras éste no se paralice por inactividad procesal.

En efecto, el único aparte del artículo 55 del Código Orgánico Tributario establece textualmente lo siguiente:

Suspende también el curso de la prescripción, la iniciación de los procedimientos previstos en el Título V de este Código (Procedimientos Contenciosos) respecto de las materias objeto de los mismos, hasta su decisión definitiva. La paralización del procedimiento hará cesar la suspensión, en cuyo caso continuará el curso de la prescripción. Si el proceso se reanuda antes de cumplirse la prescripción, ésta se suspende de nuevo, al igual que si cualquiera de las partes pide la continuación de la causa, lo cual es aplicable a las siguientes paralizaciones del proceso que puedan ocurrir.

En las suspensiones, a diferencia de las interrupciones, el tiempo transcurrido no desaparece cuando se presenta la causa que la origina, y sigue transcurriendo tan pronto cesa dicha causa.

De este modo, como el tiempo de prescripción transcurrido no desaparece mientras el proceso sigue su curso, y continúa transcurriendo tan pronto el mismo se paraliza, el cómputo del plazo de que se trata, comprende la suma de los períodos habidos entre las eventuales paralizaciones y reanudaciones del proceso.

En tal virtud existe pues en lo tributario, una ley especial que sanciona expresamente de diferente forma la inactividad procesal, y por ello es incuestionable que en contra de lo que ocurre en materia civil, el instituto de la perención resulte improcedente en materia tributaria tanto en su fase administrativa, como en la jurisdiccional en cualquiera de sus instancias. Por tanto, la prevista en el artículo 86 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia no es aplicable a los casos que en apelación de las decisiones de los tribunales superiores en lo contencioso tributario cursan por ante la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia.

Caracas, mayo de 2001.

El período indexatorio a juicio de la Sala de Casación Social¹

María Candelaria Domínguez Guillén²

SUMARIO:

Introducción • 1. La sentencia: 1.1. Contenido. 1.2. Fundamento del fallo recurrido. 1.3. Recurso de Nulidad. 1.4. Casación de Oficio. 1.5. Decisoria □ • 2. El período indexatorio: 2.1. El punto de partida: la fecha de la culminación de la relación laboral. 2.2. El punto final: la fecha de la ejecución del fallo. 2.3. La no exclusión de los períodos de inactividad judicial imputables a la lentitud de la administración de justicia. 2.4. La no exclusión de la paralización del proceso por caso fortuito, fuerza mayor o voluntad de las partes • Conclusión • Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

Estas notas comentan la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Social, RC-12, de fecha 6 de febrero de 2001, ponencia del Magistrado Juan Rafael Perdomo, dictada con miras a resolver el caso planteado por José Benjamín Gallardo González contra Andy de Venezuela, C.A.

¹ Sentencia RC-12, 6 de febrero de 2001, Expediente 99-519, Caso: José Gallardo González c. Andy de Venezuela C.A.

² Investigador-docente. Instituto de Derecho Privado. Universidad Central de Venezuela.

Nuestras observaciones se centran en una figura a la cual hemos hecho referencia en otras oportunidades: la indexación, específicamente en lo relativo al lapso o período a considerar dentro de la misma.

Hubo, en la evolución de la doctrina de nuestros tribunales sobre la materia, una etapa en la cual se consideraron excluidos del lapso indexatorio, los períodos de inactividad judicial imputables a la lenta administración de justicia. Criticamos esta posición por considerar que no era consecuente con las ideas que orientan el principio de la corrección monetaria. La sentencia *in comento* acepta nuestra posición y, consecuencialmente, afirma —con acierto a nuestro juicio— que, el peso de la lenta administración de justicia no debe recaer sobre el trabajador acreedor.

Seguidamente, expondremos algunas reflexiones sobre el lapso a considerar en el cálculo de la indexación en función de la sentencia analizada.

1. LA SENTENCIA

1.1 Contenido

El fallo consta de tres capítulos, además de la Introducción y la Decisión. En la Introducción se indica que el ciudadano José Benjamín González Gallardo demandó a Andy de Venezuela C.A. por cobro de prestaciones sociales por ante el órgano jurisdiccional competente de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo y las vicisitudes seguidas por el citado proceso que llegó al conocimiento de la Sala por cuanto “el apoderado de la parte actora propuso recurso de nulidad y anunció recurso de casación, el cual admitido y formalizado en tiempo oportunamente”, sin que se hubiese contestado la formalización.

1.2. Fundamento del fallo recurrido

En el primer capítulo, la sentencia indica que el juez de reenvío declaró con lugar la demanda intentada y explana las razones que fundamentaron su decisión.

1.3. Recurso de Nulidad

El Capítulo II analiza lo relativo a la admisibilidad del citado recurso:

...propuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, del Trabajo y de Menores de la Circuns-

cripción Judicial del Estado Carabobo, al que correspondió actuar como Tribunal de alzada en virtud del fallo proferido por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia el 14 de agosto de 1996, que casó la sentencia definitiva dictada el 13 de marzo de 1995 por el Juzgado Superior Segundo en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, del Trabajo y de Menores de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, a la vez que repuso la causa al estado en que el Juez dictara nuevo fallo, sin incurrir en el vicio de actividad que originó la nulidad de la decisión recurrida.

En relación con el mismo, la Sala lo declara inadmisibile en razón de que tal recurso:

...sólo es admisible cuando se ha casado una sentencia por error de juicio o error in iudicando y el Juez de reenvío contraría la doctrina desarrollada en el fallo.

Y por ello, no puede intentarse:

...cuando se ha casado una sentencia por vicio de actividad, ya que en este caso se repone la causa y el Juez Superior no tiene más límites que la sujeción a las normas procedimentales y sustantivas.

1.4. Casación de oficio

El último Capítulo examina “las infracciones de orden público y constitucionales aunque ellas no hayan sido formuladas por el formalizante” y que le permiten, a tenor de lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil, artículo 320, casar el fallo.

La Sala explica como “la parte recurrente denuncia, de conformidad con lo previsto en el ordinal 2º del artículo 313 (*sic*), la violación por errónea aplicación de una máxima de experiencia”, en los siguientes términos:

La violación de la máxima de experiencia citada ocurre por la recurrida cuando en su consideración NOVENA analiza la indexación de la acción solicitada en el libelo y la acuerda, excluyendo los lapsos que el juicio duró en la Corte Suprema de Justicia después de vencidos los 60 días que el artículo 319 del Código de Procedimiento Civil le concede a la Sala para decidir, así como aquellos que transcurrieron después de los 40 días que el artículo 522 concede a los jueces de reenvío para dictar una nueva sentencia por haberse declarada Con Lugar el recurso de casación, pronunciándose así contra la máxima de experiencia, pues conforme a la aclaratoria que se le hace en la decisión dictada el 15/1/98 estos lapsos no pueden excluirse del tiempo útil para el cálculo de la corrección monetaria porque la demora judicial sin culpa del actor no puede descargarse únicamente en perjuicio del trabajador.

[...]

Según se observa la recurrida del lapso de cálculo excluye: 1°) el lapso del 26/9/95 al 14/8/96 que duró el recurso sin decidir en la Corte pasado los 60 que establece la ley. 2°) el lapso del 15/6/96 (rectius: debe decir 15/8/96) al 14/11/96, del 08/01/97 al 07/03/97 y del 19/04/97 al 31/10/97 denunciados como 'los primeros' por la recurrida y que fueron lapsos de retardo pasados los 40 días que la ley le concede a los Magistrados de Reenvío para que decidieran sin hacerlo. Según esa explicación la recurrida aplica la máxima de experiencia pero del lapso de cálculo excluye periodos que la propia máxima no autoriza a excluir, según las aclaratorias que han surgido para su interpretación pues como asienta la Sala resulta injusto atribuirle al trabajador la demora judicial, y no sobre el patrono que no tuvo razón para incumplir y que pudo poner fin al proceso en cualquier momento.

La Sala considera que el recurrente "incumple con la técnica pertinente para la formalización de la denuncia por infracción de ley en la cual se acusa la violación de una máxima de experiencia". En este sentido observa:

No obstante lo anteriormente expuesto, la Sala observa que en fallo de fecha 30 de septiembre de 1993 (Inversiones Franklin y Paül contra Rómulo Osorio Montilla), la Sala de Casación Civil de la entonces Corte Suprema de Justicia, dejó establecido que la pérdida en el poder adquisitivo de la moneda como producto de la inflación constituía una máxima de experiencia que debía ser considerada por el Juez al decidir sobre las demandas que versaran sobre el cumplimiento de obligaciones que debían ser pagadas en dinero.

En materia laboral dicho criterio fue ratificado por la propia Sala de Casación Civil en fallo de fecha 17 de marzo de 1993 (Camillius Lamorell contra Machinery Care y Omar Celestino Martínez Puertas)³, en el cual se establecieron como máximas de experiencia: 1°) En los casos de trabajo subordinado, la vida, la salud y el bienestar del trabajador dependen directamente del tempestivo cumplimiento por parte del patrono de las prestaciones legalmente debidas; y 2°) Los salarios y prestaciones del trabajador

³ Puede verse la referida sentencia y los comentarios del ponente en: Alfonso Guzmán, Rafael J.: *La Indexación Laboral en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 17 de marzo de 1993 (Sala Civil)*. En: *Inflación y Derecho*. XIX Jornadas J.M. Domínguez Escovar. Barquisimeto, Tipografía Litografía Horizonte C.A., 1994, pp. 79-116. Véase igualmente la decisión en: *Efectos de la Inflación en el Derecho*. Serie Eventos 9. Caracas, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1994, pp. 449-459. Véase igualmente: TSJ/SCS, sent. 18-5-00, RC N° 99-748, en: www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/mayo/a119-180500-99748.htm, indica la decisión siguiendo la citada sentencia de 17-3-93, que la indexación es el método para restablecer la lesión que realmente sufre el valor adquisitivo de los salarios y prestaciones del trabajador que se produce por el retardo en el cumplimiento oportuno de esa obligación, produciéndose así una ventaja para el moroso y un daño para el sujeto legalmente protegido con derecho a ellas. Véase también: TSJ/SCS, Sent. 4-7-00, RC N° 96.486, en: www.tsj.gov.ve/Decisiones/scs/Julio/a223-040700-97674.htm.

sufren una lesión por la contingencia inflacionaria, que se traduce en una ventaja para el deudor moroso y en daño del sujeto legalmente protegido, con derecho a ellas. En virtud de tales razones, se consideró que la corrección monetaria en los juicios laborales que tengan por objeto el pago de las prestaciones sociales de los trabajadores es materia relacionada con el orden público y debía ser acordada aun de oficio por los Tribunales.⁴

Posteriormente, la Sala realiza una serie de consideraciones relacionadas con el período a considerar dentro del cálculo indexatorio, tema sobre el cual nos pronunciaremos *infra* (Véase No. 3).

1.5. Decisoria

En la última parte, la Sala declara:

1° INADMISIBLE el recurso de nulidad. No hay condenatoria en las costas del recurso dada la índole de la decisión; 2° CASA DE OFICIO Y SIN REENVÍO la sentencia de fecha 5 de febrero de 1998, dictada por el Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, del Trabajo y de Menores de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo. No hay condenatoria en las costas del recurso dada la índole de la decisión; y, 3° PARCIALMENTE CON LUGAR la demanda de cobro de prestaciones sociales.

2. EL PERÍODO INDEXATORIO

Se entiende por indexación la actualización de la cantidad debida al momento del pago con miras a subsanar la pérdida del valor del monto adeudado de conformidad con la inflación. Con base en este concepto, el trabajador acreedor percibe la cantidad de dinero que se le adeuda en su valor real y el empleador no se ve beneficiado por efectuar un pago retrasado.

⁴ La jurisprudencia ha considerado la procedencia de oficio de la indexación o corrección monetaria en materia laboral en razón del carácter irrenunciable y de orden público de las normas laborales. Sobre el fundamento en esta materia y la evolución de la jurisprudencia en este sentido, véase: Domínguez Guillén, María C.: *La Indexación. Su incidencia a nivel de los tribunales laborales de instancia*. Caracas, APUCV, 1996; Domínguez Guillén, María C.: *Consideraciones procesales sobre la indexación laboral*. En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* N° 117, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2000, pp. 215-286. Véase igualmente: TSJ/SCS, Sent. 15-3-00, RC N° 94-008, en: www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/marzo/57-150300-94008.htm, se indica que el trabajador tiene el derecho irrenunciable a la prestación no disminuida por la depreciación monetaria y en consecuencia procede en esta materia el reajuste de oficio.

Uno de los aspectos más importantes del cálculo indexatorio es el período a considerar, es decir, el tiempo que debe tomarse en cuenta a los efectos de la corrección monetaria, esto es, si se adeuda a un trabajador un millón de bolívares, nos preguntamos qué fechas han de tomarse como punto límite a fin de proceder al cálculo.

Veamos un ejemplo conformado del siguiente modo: a) una relación laboral terminada el 30 de abril de 1995 el empleador debía cancelarle al trabajador la suma de un millón de bolívares; b) al no poder actualizar su acreencia, el acreedor se vio precisado a demandar al deudor, por lo cual presentó el libelo correspondiente el 1º de noviembre del mismo año; c) la demanda fue admitida el 15 del mismo mes y año; d) en 1997, durante noventa días hubo un paro de los empleados de los tribunales; e) el 1º de noviembre de 1998 la causa entró en estado de sentencia; f) el fallo, dictado el 30 de junio de 1999, le fue totalmente favorable; y g) el deudor canceló su obligación un año después.

Ante estos hechos, cabe preguntarse qué fecha se tomará en cuenta, como la inicial, para actualizar el millón de bolívares debido. En otras palabras, ¿cubrirá la indexación la totalidad del período transcurrido entre el 30 de abril de 1995 y el 30 de junio de 2000? o ¿el cálculo debe realizarse con base a otros parámetros?. Dicho de otro modo, ¿cómo determinar el lapso indexatorio? Las observaciones que se formulan en esta notas se refieren a cómo —de acuerdo con la sentencia de la Sala de Casación Social identificada anteriormente— se resuelve esta interrogante, por una parte, y, por la otra, dejar asentada nuestra opinión al respecto.

2.1. El punto de partida

La fecha de la culminación de la relación laboral.

El fallo analizado considera que la indexación debe calcularse desde la fecha de la admisión de la demanda. En este sentido indica:

Es el caso que, reconocida la pertinencia de ordenar la indexación judicial de las cantidades reclamadas por el trabajador y acordadas en el fallo, considera la Sala que la misma debe calcularse desde la fecha de admisión de la demanda,⁵ pues es imputable al trabajador la tardanza en ejercer el derecho a reclamar por vía judicial. [Destacado nuestro].

⁵ Véase igualmente considerando como punto de partida la fecha de la demanda: TSJ/SCS, Sent. 06-02-01, RC N° 00.407, en: www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/febrero/010-060201-00407.htm. La recurrida emplea una doctrina de este supremo Tribunal para argumentar jurídicamente que la solicitud de corrección monetaria debe hacerse a partir de la deman-

El retraso en el ejercicio de la acción, a juicio de la Sala, es imputable al trabajador y, por ende, la fecha de admisión de la demanda constituye el punto de partida para el cálculo de la indexación. En relación con nuestro ejemplo, opinan los sentenciadores, el cálculo indexatorio no incluirá el tiempo transcurrido entre la fecha de terminación de la relación laboral y la de admisión de la demanda (30 de abril y el 15 de noviembre de 1995), a pesar de que el accionante presentó su libelo el 1º de este último mes y año.

No compartimos este criterio pues consideramos que, a los efectos del cálculo indexatorio, el lapso debe contarse a partir de la fecha de *culminación de la relación laboral* y no de la fecha de presentación del libelo o de admisión de la demanda. Esto porque la indexación es una actualización en función de la inflación de la cantidad debida y, para que tal corrección sea completa, se debe calcular a partir del momento en que el deudor (empleador o patrono) incurre en mora en el pago de la misma, y este momento no es otro que la finalización de la relación laboral.

Considerar que la tardanza en la interposición de la demanda es imputable al trabajador acreedor es una posición injusta. Concluida la relación de trabajo, el acreedor puede intentar por sí mismo gestiones de cobro conciliatorias o buscar un profesional del derecho que lo aconseje, asiste y represente, según el caso, tanto en las actividades conciliatorias como en la que no tienen tal carácter. En ambos supuestos, tales actuaciones requieren un tiempo considerable normalmente; pero, en el último de los mencionados, el consejero legal requiere preparar el libelo, presentarlo y esperar la admisión correspondiente. En algunas hipótesis, además, por imperio de la ley, es obligatorio el cumplimiento de la actividad conciliatoria previa, como es el supuesto contemplado en la Ley Orgánica de Tribunales y Procedimiento del Trabajo, artículo 32.⁶

Ante la negativa de pago del patrono, una vez finalizada la relación laboral, el trabajador demandante requiere realizar una serie de gestiones a fin de proceder

da por cobro de prestaciones. Véase en el mismo sentido: TSJ/SCS, Sent. 13-7-00, RC N° 0000.48, en: www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/julio/a256-130700-00048.htm; TSJ/SCS, Sent. 14-6-00, RC N° 99-880, en: www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/junio/a163-140600-99880.htm; TSJ/SCS, Sent. 17-5-00, RC N° 99.591, en: www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/mayo/a116-170500-99591.htm

⁶ *Ad pedem litterarum*, "En los juicios del trabajo contra las personas morales de carácter público, en su carácter de patronos, los Tribunales del Trabajo no darán curso a la demanda sin previa comprobación de haberse gestionado la respectiva reclamación por la vía administrativa". En este supuesto, nos preguntamos, el lapso requerido para la reclamación administrativa puede ser calificado de tardanza en ejercer el derecho a reclamar por vía judicial imputable al trabajador?

judicialmente, es bien sabido que ello implica un tiempo de preparación que en modo alguno se le puede imputar al trabajador, entre las cuales cabe mencionar las gestiones de cobro conciliatorias, sólo la búsqueda de un profesional del derecho que lo represente y, una vez seleccionado, las gestiones conciliatorias que éste debe intentar, el tiempo de preparación del libelo, su introducción y finalmente que la demanda presentada sea admitida por el órgano jurisdiccional competente. Ninguno de estos supuestos —particularmente el último— constituye un retraso culpable imputable a la negligencia del trabajador.

La necesidad de un *pago integral* como una de las piezas claves que constituyen el fundamento de la indexación⁷ supone, a los efectos del cálculo, la necesidad de considerar el período completo a partir del cual el deudor ha entrado en mora.

Esto lo hemos señalado en otras oportunidades⁸ y especialmente al comentar la sentencia del caso *Tesorero Yáñez contra Hilados Flexilón*, respecto de la cual realizamos la misma observación.⁹

En nuestro criterio, el objetivo de la indexación (permitir la obtención de un pago completo de la deuda) sólo se logra cuando el lapso que debe tomarse en cuenta para calcularla se inicia en la fecha de terminación de la relación laboral, pues es, a partir de esta última, en que el patrono se presenta como deudor moroso de las correspondientes cantidades. En efecto, entre la fecha de culminación de la relación laboral y la admisión de la demanda puede transcurrir un lapso grande cuya exclusión es perjudicial a los intereses del trabajador.¹⁰

Centeno refiere acertadamente en este sentido que la demora en formular la reclamación no puede serle imputada al trabajador. La tardanza en la iniciación del juicio o las dilaciones en el trámite, no debe constituir un argumento

⁷ Véase sobre el fundamento de la indexación, *infra* N° 3.3.

⁸ *Consideraciones...*, p. 244: "... si consideramos que la relación laboral es contractual, lo correcto es tomar la fecha en que el patrono se constituye en mora, a saber, la fecha en que culmina la relación laboral y no la fecha de interposición de la demanda."

⁹ Domínguez Guillén, María Candelaria: *Comentarios a la sentencia del 17-5-00 de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia. Especial referencia al daño moral y la indexación. (Caso José Tesorero Yáñez c Hilados Flexilón S.A.)*. En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* N° 119. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2000, p. 219.

¹⁰ *Idem*.

que asigne consecuencias favorables al deudor moroso, ello con mayor razón tiene lugar en materia laboral. El lapso que media entre la exigibilidad del crédito y la fecha en que se promueve la acción judicial, no tiene sentido para perjudicar al trabajador, sobre todo si se consideran las posibles trabas que pueden existir previas al juicio.¹¹

En el mismo sentido, Uribe Restrepo refiere que en materia contractual, la fecha a partir de la cual empezará a contarse el reajuste debe ser la del día en que el deudor se ha constituido en mora, puesto que es a partir de ella cuando se trasladan al deudor los riesgos de la depreciación monetaria.¹² Mosset Iturraspe y Lorenzetti igualmente refieren que se actualizan todas las deudas ante el mero incumplimiento y desde que cada una fue debida.¹³

Siendo la relación laboral de naturaleza contractual, el cálculo de la corrección monetaria debe iniciarse desde la fecha de culminación de la relación de trabajo. Es a partir de este momento en que el patrono se convierte en un deudor moroso y el retraso en el ejercicio de la acción judicial, no puede revertirse en perjuicio del trabajador acreedor.

Si somos consecuentes con la idea que la indexación, no es un premio ni un castigo, sino una actualización de la deuda original depreciada por efecto de la inflación.¹⁴ De lo expuesto podemos concluir que no se debe excluir del cálculo indexatorio el tiempo transcurrido entre la fecha de culminación de la relación laboral y la fecha de admisión de la demanda porque, además de constituir un pago incompleto, se traduce en una suerte de sanción para el trabajador por una circunstancia que sustancialmente no le es imputable.

3.2. El punto final: la fecha de la ejecución del fallo

La sentencia comentada ordena la indexación hasta la fecha de la *ejecución del fallo*. En este sentido, la decisión expresa:

¹¹ Centeno, Norberto. *La Indexación de los Créditos Laborales en la República Argentina*. En: *Estudios sobre Derecho Laboral, Homenaje a Rafael Caldera*. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 1977, Tomo I, pp. 94 y 95.

¹² Uribe Restrepo, Luis Fernando: *Las Obligaciones Pecuniarias Frente a la Inflación*. Bogotá, edit. Temis. S.A., 1984, p. 148.

¹³ Mosset Iturraspe, Jorge y Ricardo Luis Lorenzetti: *Derecho Monetario*. Argentina, Rubinzal-Calzoni editores, 1989, p. 472.

¹⁴ Véase *infra* N° 3.3.

Por tal razón establece esta Sala que lo pertinente es que la indexación debe ser calculada desde la admisión de la demanda hasta la fecha de la ejecución de la sentencia, entendiéndose por esto último la oportunidad del pago efectivo y no el mero auto mediante el cual el Tribunal decreta la ejecución de la sentencia, pues entre ambos momentos puede transcurrir un período considerable que redundaría en perjuicio del trabajador. [Destacado nuestro].

Se observa así que la decisión acertadamente considera como límite de la fecha del cálculo de la indexación, la fecha de la ejecución del fallo, pues es en este momento en que se actualiza el pago efectivo de la suma adeudada a favor del trabajador.

La noción de *pago integral* que ampara la corrección monetaria, supone llevar ésta hasta el instante en que se logra cancelar plenamente la deuda y éste no es otro que el momento de la ejecución del fallo y no la fecha de la sentencia, pues entre una y otra puede mediar un largo tiempo.

La doctrina ha indicado que la fecha del pago efectivo es la más justa e integral a los efectos del cálculo de la corrección monetaria.¹⁵

En este sentido, hemos indicado: considerar que la corrección monetaria se extiende hasta el momento del pago efectivo es la posición más sana. Efectivamente entre éste y la sentencia puede transcurrir un período de tiempo considerable que redundaría en un perjuicio para el acreedor. Es de todos conocido que en la práctica la lentitud de la administración de justicia no camina a la par de la teoría, por lo que se hace imperante considerar a los efectos de la corrección monetaria el tiempo del pago y no de la sentencia.¹⁶

Hemos observado algunas decisiones donde se ordena la corrección monetaria hasta la fecha de la sentencia, lo cual, repetimos, constituye un perjuicio para el trabajador acreedor, pues entre esta última y el momento de la ejecución puede igualmente mediar un tiempo considerable. De allí que la indexación ha de extenderse hasta la fecha de la ejecución a fin de lograr un

pago completo. Ello en modo alguno afecta la cosa juzgada, pues simplemente se deja pendiente el cálculo correspondiente hasta el momento del cumplimiento efectivo.¹⁷

3.3. *La no exclusión de los períodos de inactividad judicial imputables a la lentitud de la administración de justicia*

Según se ha indicado, el período que cubre la indexación debe abarcar desde la fecha de la culminación de la relación laboral hasta la de la ejecución del fallo o pago efectivo. Esto en razón de que la indexación o corrección monetaria se traduce en un ajuste por inflación de la cantidad debida y, tal ajuste no se realiza en forma integral si no comprende todo el tiempo transcurrido desde el momento en que el deudor entró en mora hasta la fecha efectiva del pago.

En múltiples decisiones, sin embargo, se consideró que del cálculo de la indexación debían excluirse los períodos de inactividad judicial no imputables a las partes tales como, las huelgas o el período de sentencia.¹⁸

Así, se observa una decisión donde se declaró con lugar la acción de amparo porque el juez no aclara si la corrección monetaria correspondía a los lapsos procesales atinentes a la sustanciación y decisión del proceso, o a aquellos donde el juicio hubiese estado paralizado por causa imputable a las partes o debido a la inactividad del juez.¹⁹ En el mismo orden de ideas, otra sentencia indica: "La corrección monetaria que ha de aplicarse en este juicio, ha de excluir los lapsos que transcurrieron, sin que las partes tuvieran responsabilidad en la tardanza en el pronunciamiento de los fallos respectivos, y así se hará esta salvedad en el dispositivo".²⁰

Posteriormente la extinta Corte Suprema de Justicia concluyó que se excluiría del período computable para el cálculo inflacionario: a) La demora pro-

¹⁷ Domínguez Guillén, *Comentarios...*, p. 219.

¹⁸ En nuestro ejemplo no se incluirían en el cálculo diecisiete y medio meses correspondientes a la tardanza en presentar la demanda, su admisión, la huelga de 1997 y el lapso transcurrido entre el 1° de noviembre de 1998 y el 30 de junio de 1999, fecha de publicación de la sentencia. En otras palabras, acorde con la doctrina asentada, se excluya del cómputo indexatorio de este lapso.

¹⁹ Véase: AMCST3, Sent. 1-9-95, J.R.G., T. 135, pp. 139-141.

²⁰ Véase: CSJ/Cas., Sent. 14-8-96, J.R.G., T. 139, pp. 407 y 408.

¹⁵ Véase en este sentido: Uribe Restrepo, ob. cit., p. 150; Condorelli, Epifanio J. *Régimen Procesal de la Indexación*. Argentina, Librería Editora Platense S.R.L., 1.978, pp. 203 y 208; Zannoni, Eduardo A. *Revaluación de Obligaciones dinerarias ("indexación") Síntesis doctrinaria y jurisprudencia*. Buenos Aires, edit. Astrea, 1977, pp. 127 y 128; López Santa María, Jorge. *Obligaciones y Contratos Frente a la Inflación*. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1978, p. 131.

¹⁶ Véase: Domínguez Guillén, *La indexación...*, pp. 24 y 25; Domínguez Guillén, *Consideraciones procesales...*, pp. 243 y 244; Domínguez Guillén, *Comentarios...*, p. 219.

cesal por hecho fortuito o causas de fuerza mayor, por ejemplo, muerte del único apoderado, fallecimiento del juez hasta su reemplazo o de alguna de las partes hasta notificación a herederos, huelgas tribunalicias; b) El aplazamiento voluntario del proceso por manifestación de las partes.²¹ Postura ratificada posteriormente en otras decisiones.²²

Ello atiende a la idea —según algunos— que es injusto que el peso de la lentitud de la administración de justicia recaiga sobre el deudor.²³ Entre las des-

²¹ Véase: CSJ/Cas., Sent. 28-11-96, J.R.G., T. 140, pp. 554 y 555, con ponencia de Rafael Alfonso Guzmán.

²² Véase en el mismo sentido: AMCST2, Sent. 21-4-97, J.R.G., T. 143, p. 77; CSJ/Cas., Sent. 15-1-98, O.P.T., p. 323; CSJ/Cas., Sent. 24-4-98, O.P.T., p. 254; AMCST4, Sent. 31-5-99, J.R.G., T. 154, pp. 133 y 134; AMCST4, Sent. 25-1-00, J.P.G., T. 162, pp. 166 y 167; AMCST6, Sent. 10-3-00, J.R.G., T. 163, pp. 96 y 97; TSJ/SCS, Sent. 13-7-00, J.R.G., T. 167, pp. 681 y 682. En el mismo sentido véase decisiones de la Corte Primera de los Contencioso Administrativo: CICA, Sent. 24-5-00, J.R.G., T. 165, pp. 255-238; CICA, Sent. 9-6-00, J.R.G., T. 166, pp. 208 y 209; CICA, Sent. 4-7-00, J.R.G., T. 167, pp. 148-150; CICA, Sent. 14-6-00, J.R.G., T. 166, pp. 267 y 268. Véase igualmente: TSJ/SCS, Sent. 13-7-00, RC N° 00-051, www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/julio/a255-130700-00051.htm. Indica la sentencia que la decisión de alzada de excluir los 180 días transcurridos durante los cuales estuvo paralizado el proceso a los fines del cálculo de la indexación, se encuentra ajustada a derecho y así se decide. Véase en el mismo sentido: TSJ/SCS, Sent. 13-7-00, RC N° 0000.48, en: www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/julio/a256-130700-00048.htm; TSJ/SCS, Sent. 27-7-00, RC N° 99-1054, en: www.tsj.gov.ve/Decisiones/scs/Julio/a301-270700-991054.htm.

²³ Véase Mélich Orsini, José: *Nominalismo Versus Valorismo*. En: Efectos de la Inflación en el Derecho. Serie Eventos 9. Caracas, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1994, p. 61: ¿En qué medida puede decirse que el tiempo tomado por el proceso es imputable tan sólo al deudor, y no también a la morosidad de los jueces y a otras deficiencias inherentes a nuestro sistema procesal, o sea, a faltas de servicio de la administración de justicia? ¿Por qué no predicar al menos una eventual acción de regreso del deudor condenado a la revaluación contra los jueces que actuaron en el proceso y en definitiva, contra el propio Estado? En nuestro trabajo *La indexación...*, pp. 54 y 55, citamos la opinión de Garrido que tuvo lugar en el programa "Caracas en Vivo" (que transmitió Caracas 750 el 19-8-93), quien se pronunció sobre este problema al referirse a las prestaciones sociales, la parte difícil de precisar en este sentido es de quién es la culpa; no es posible que el empresario cargue con el retardo del juicio imputable al Juez como tampoco es posible que el trabajador cargue con el perjuicio que se le ocasiona con la demora en el juicio. Garrido propone una reforma de la Ley Procesal del Trabajo que establezca las responsabilidades de las partes; si el trabajador es quien demora no tiene derecho a beneficiarse; si es el patrono debe sufrir el rigor de la ley y si es el funcionario público tiene que responder por su ineficiencia.

²⁴ Véase nuestro trabajo: *La indexación...*, p. 54, citamos la opinión de algunos jueces que consideraban que ello configura uno de los aspectos perjudiciales de la indexación por que la tardanza de la administración de justicia afectaría muchas empresas.

ventajas de la indexación, algunos suelen citar precisamente esta idea.²⁴ Otros indican en forma acertada que ello no es sino consecuencia de un proceso que se ha mantenido sin tener la razón.²⁵

Por nuestra parte, nos mostramos radicalmente en desacuerdo con la exclusión de los periodos de inactividad judicial del cómputo de la indexación pues tal criterio, para no lesionar el patrono deudor, perjudica al hiposuficiente jurídico, a favor de quien fueron creadas las normas laborales. El problema de la corrección monetaria no puede depender de la buena fe procesal como tampoco de la celeridad de nuestros funcionarios judiciales pues la finalidad que persigue es ajustar la cantidad debida al momento de su liquidación.²⁶

Así lo habíamos manifestado en un principio al indicar: "En realidad el problema se nos presenta en los casos en que no ha mediado dolo procesal. Sin embargo, es difícil tomar esto en consideración porque la indexación no depende de la buena o mala fe de las partes. La indexación tiene su base en la reparación total del daño y si por vía judicial se establece la responsabilidad del demandado, éste ha de satisfacer plenamente la deuda".²⁷ Posteriormente criticamos la tendencia de la jurisprudencia en relación a excluir los periodos de inactividad judicial del cómputo indexatorio: "...pensamos que la posición que pretende excluir del cálculo de la indexación la lenta administración de justicia, se traduce en un retroceso en materia de corrección monetaria, pues entonces nuevamente será beneficioso y rentable para el deudor deber dinero, pues los periodos más largos que transcurren en el proceso desde la demanda hasta la sentencia son precisamente, producto de la lentitud del sistema".²⁸

La sentencia que comentamos acoge el criterio que sustentamos al señalar:

En fallo de fecha 28 de noviembre de 1996 (Mario González Sánchez contra Viajes Venezuela, C.A.) la Sala de Casación Civil estableció que la co-

²⁵ Véase en este sentido nuestro trabajo, *La indexación...*, p. 54. Entre los jueces quienes nos manifestaron su acuerdo con la indexación vale citar la opinión de Antonio Reyes Sánchez quien nos refería que si un pequeño empresario no paga, él a su vez debe pagar las consecuencias. En el mismo sentido, se pronunciaba Raúl Mora, al señalar que "las personas deben cargar con las consecuencias de un proceso que han mantenido sin tener la razón". Simón Mejías agregaba que la mayoría de las veces un patrono sabe perfectamente cuando un trabajador tiene razón y muy pocos son los casos que requerían la intervención del juez.

²⁶ Domínguez Guillén, *Consideraciones...*, p. 279.

²⁷ Domínguez Guillén, *La indexación...*, p. 55.

²⁸ Domínguez Guillén, *Consideraciones...*, p. 247.

corrección monetaria en los juicios laborales que tienen por objeto el pago de prestaciones sociales y otros conceptos derivados de la relación de trabajo, debía ser calculada desde la fecha de la admisión de la demanda hasta la oportunidad de la ejecución del fallo, excluyendo sólo los lapsos de demora procesal por hechos fortuitos o causas de fuerza mayor (como el fallecimiento del Juez hasta su reemplazo y las huelgas de los trabajadores tribunales) y los eventuales aplazamientos voluntarios del proceso por acuerdo de ambas partes, debiéndose siempre tener presente que "... el riesgo de la demora judicial no puede ser descargado sobre el trabajador vencedor de la causa, sino sobre el patrono que no tuvo razones para incumplir su obligación, y que siempre pudo poner fin al proceso en cualquier grado y estado del mismo".

En el caso de la sentencia bajo examen, la recurrida ordenó pagar al actor la cantidad de cuatro millones doscientos tres mil ochocientos cuarenta y nueve bolívares con treinta y cinco céntimos (Bs. 4.203.849,35), tal cantidad corresponde a los siguientes conceptos: a) Prestación de antigüedad; b) Días de descanso semanal; c) Feriados, previstos en el artículo 144; d) Participación en los beneficios de la empresa, contemplada en los artículos 146 y 174; e) Vacaciones vencidas y f) Vacaciones fraccionadas, establecidas en los artículos 145, 219 y 225. Todos los artículos mencionados corresponden a la Ley Orgánica del Trabajo promulgada el 27 de noviembre de 1990, vigente al momento de la culminación de la relación de trabajo, el 30 de mayo de 1994, y cuyo contenido es idéntico a los respectivos artículos de la Ley Orgánica del Trabajo vigente, excepción hecha del artículo 108 que en la actualidad contempla una forma de cálculo diferente de la prestación de antigüedad.

Igualmente, el fallo recurrido dispone que se debe realizar una experticia complementaria del fallo para determinar el ajuste por inflación del monto adeudado y condenado a pagar, desde la fecha de admisión de la demanda (10 de agosto de 1994), hasta la fecha en que se decreta la ejecución del fallo. Sin embargo, la sentencia recurrida ordena que en el lapso a considerar para el cálculo indexatorio, no se computen los períodos en que la causa estuvo paralizada en espera de que se dictara la sentencia del recurso de casación ejercido contra la sentencia dictada por el Juzgado Superior Segundo en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, del Trabajo y de Menores de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo en fecha 13 de marzo de 1995, y los lapsos correspondientes a los excedentes de "... 40 días subsiguientes que tuvo cada uno de los magistrados que se avocaron a conocer el presente caso, en su condición de jueces de reenvío, para sentenciar.

Debe precisar la Sala que, el Juez de la recurrida quebrantó las máximas de experiencia antes señaladas y los artículos 3º, 108, 144, 145, 146, 174, 219 y 225 de la Ley Orgánica del Trabajo promulgada el 27 de noviembre de 1990, por errónea interpretación, cuando excluyó del cálculo de la corrección monetaria los lapsos antes mencionados; pues al no estar referidos los lapsos excluidos a demoras judiciales por hechos fortuitos o fuerza mayor ni a suspensiones de la causa por acuerdo de las partes, hacer que el

trabajador corra con las consecuencias inflacionarias de los mismos significa que, en virtud de la mora del patrono, el trabajador recibiría por concepto de antigüedad, días de descanso semanal, horas extras, participación en los beneficios de la empresa, vacaciones vencidas y vacaciones fraccionadas, una cantidad de dinero menor, con poder adquisitivo disminuido, que la legalmente devengada.

Profundizando en el criterio sostenido por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en fecha 28 de noviembre de 1996 y acogiendo el criterio expuesto por la doctrina patria, según el cual:

...La indexación tiene su base en la reparación total del daño y si por vía judicial se establece la responsabilidad del demandado, éste ha de satisfacer plenamente la deuda.

En efecto, si bien el problema de la lentitud de la administración de justicia no debería recaer sobre el deudor, pues con mayor razón no debe pesar sobre el acreedor. Y este último es quien resulta perjudicado con esta nueva tendencia de la jurisprudencia. Excluir de la corrección monetaria los períodos de inactividad procesal imputables a la lenta administración de justicia, tales como las huelgas o el período de sentencia el cual puede durar años, resulta a todas luces incompatible con las ideas que inspiran la indexación; esta no es una sanción susceptible de ser excluida según las circunstancias, es simplemente un ajuste por inflación que debe tener lugar si la sentencia definitiva declara con lugar el pago de la deuda. Desde el punto de vista sustancial, el deudor está devolviendo la misma cantidad a la que estaba obligado inicialmente". [DOMÍNGUEZ G., María C. "Consideraciones procesales sobre la indexación laboral". Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Nro. 117, UCV, Caracas, 2000, pp. 246-247].

Se observa pues que la sentencia comentada acoge nuestra posición según la cual no deben ser excluidos de la corrección monetaria los períodos de inactividad procesal imputables a la lenta administración de justicia. Tal postura representa un paso adelante en materia del cálculo indexatorio, pues según indicamos la indexación no es una sanción susceptible de ser desaplicada según los vaivenes de los órganos judiciales.

Alegar que el período de retardo judicial debe ser excluido de la sentencia que se pronuncia sobre la indexación, es radicalmente contrario al fundamento de la corrección monetaria, porque la misma implica simplemente un ajuste por inflación. De manera que desde el punto de vista matemático y real, el deudor está devolviendo la misma cantidad que inicialmente debía.

No se debe evadir la indexación tratando de buscar responsables en el retraso, pues la corrección monetaria no es más que pagar la misma cantidad debida, pero ajustada en su valor real, por lo que si se condena al pago de la deuda, el ajuste debe proceder en forma plena.

Excluir de la indexación las huelgas y los periodos de sentencia se presentaba como una cómoda salida interpretativa de la administración de justicia, quien en definitiva si no es capaz de asumir las consecuencias de su propio retardo con mayor razón no puede imputárselas al acreedor.

Sobre este aspecto, nos pronunciamos igualmente al comentar la sentencia Flexilón:

Pensamos que la indexación o corrección monetaria no es un castigo que dependa de la conducta procesal de las partes, sino que simplemente responde a una actualización de la cantidad debida conforme a la inflación. Por lo que el deudor —en este caso el patrono— deberá pagar la misma cantidad originariamente debida desde el punto de vista sustancial para lo cual será necesario considerar todo el periodo transcurrido. Entremezclar la responsabilidad de la tardanza judicial con la corrección monetaria, a fin de excluir de esta última el periodo imputable a la ineptitud del sistema de administración de justicia, no se compadece con la equidad que inspira la indexación. La solución de la jurisprudencia se presentaba cómoda e inconsistente: se decía que no era justo que el patrono deudor cargue con el peso del sistema, como tampoco los funcionarios judiciales, ni el Estado. Bajo ese criterio sería en definitiva el trabajador quien soportaría recibir un pago mermado por la inflación y lejano al valor real de la deuda. No se debe evadir la indexación tratando de buscar responsables en el retraso de la decisión judicial, pues la corrección monetaria no es más que pagar la misma cantidad debida pero ajustada en su valor real, por lo que si se condena al pago de la deuda, el ajuste debe proceder en forma plena.²⁹

En el mismo sentido, Guibourg, acertadamente, indica:

La actualización monetaria no es un premio para el acreedor diligente ni un castigo para el deudor moroso: constituye simplemente el medio de mantener el valor real del crédito ante la pérdida del poder adquisitivo de la moneda con la que aquél debería cancelarse.³⁰

Mille Mille también se orienta en este sentido al señalar:

También es verdad que los principios generales sobre el riesgo profesional, unidos a la tesis del trabajador como débil económico y al análisis razonable de que una condenatoria es, en cierta forma, una sanción por una actuación contraria a la justicia que se ha aplicado en un juicio que el trabajador se vio obligado a promover y cuya duración tampoco puede imputársele, conducen a afirmar que, efectivamente, el patrono debe soportar en la condenatoria, el ajuste o nivelación impuesta por el juez, pues en de-

finitiva el patrono está pagando, desde el ángulo real del valor adquisitivo de la moneda, lo mismo que comenzó a deber a partir de la terminación del contrato de trabajo... Estará pagando el mismo valor real del cual se constituyó deudor.³¹

Se trata simplemente de poner a la víctima en las mismas condiciones en que se hallaba antes de ocurrir el incumplimiento o la acción lesiva del demandado.³² El deudor moroso asume el riesgo de la mengua en el valor de la moneda y debido a su retardo debe restituir al acreedor una suma de dinero con valor similar, desde el punto de vista real o adquisitivo, a aquélla que le fue prestada y que no pagó a tiempo.³³ Ningún perjuicio puede alegar el deudor porque devuelve lo mismo a que se obligó y desde el punto de vista del acreedor, la situación es la misma, puesto que recibe lo mismo que se le debía.³⁴ El juzgador no puede cerrarse a la necesidad de la corrección monetaria, pues el dinero tiene un valor real en el tiempo, que el jurista no puede desconocer.³⁵

Alfonzo Guzmán comentaba con acierto:

Una reserva conocemos, presuntamente cimentada en la equidad, consistente en que por no tener los patronos culpa en la tardanza de la sentencia —imputable a las deficiencias de nuestro sistema judicial— es injusto imputar a ellos las consecuencias de la inflación. A ello podemos responder: ¿debe descargarse sobre el trabajador la culpa de esa ineficiencia, si sabemos que él recurre a la justicia contra su voluntad y a sabiendas de que no cobrará a tiempo lo que para él y su familia es impostergable recurso vital? El empleador es el único de los dos litigantes que logra un enriquecimiento económico con el retardo de la sentencia en la época de inflación.³⁶

En el mismo sentido indica Escovar León que en nuestro estado actual de inflación y de pérdida del poder adquisitivo de la moneda resulta lucrativo y ventajoso litigar para pagar en moneda depreciada.³⁷ Y por ello, considera-

²⁹ Mille Mille, Gerardo: *Temas Laborales. Comentarios sobre jurisprudencia laboral y la Ley Orgánica del Trabajo*. Caracas, Paredes Editores, 1991, Vol. V., p. 112.

³⁰ Grancko, Luis Angel. *Inflación y Sentencia*. Caracas, Edit. Vadell Hermanos, 1993, p. 33.

³¹ CSJ/Cas. Sent. 15-11-94, J.R.G., T. 132, p. 413.

³² Condorelli, ob. cit., p. 31.

³³ Domínguez Guillén, *Consideraciones...*, p. 281.

³⁴ Alfonso Guzmán, Rafael: *La Indexación en materia de prestaciones sociales*. En: *Efectos de la Inflación en el Derecho*. Serie Eventos 9. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1994, p. 144.

³⁵ Escovar León, Ramón: *Aspectos procesales de la indexación judicial*. En: *Efectos de la Inflación en el Derecho*. Caracas, Serie Eventos 9. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1994, p. 408.

²⁹ Domínguez Guillén, *Comentarios...*, pp. 220 y 221.

³⁰ Guibourg, Ricardo A.: *La inflación y los derechos del trabajo*. En: *Legislación del Trabajo*, N° 378, Junio 1984, p. 488.

mos que la posición jurisprudencial que pretende excluir de la indexación los períodos de inactividad judicial se traduciría en que nuevamente sería rentable deber dinero.³⁸

La sentencia analizada se orienta entonces bajo el sano matiz de la satisfacción integral de la deuda que necesariamente acompaña un ajuste por inflación a los efectos de lograr un pago completo.³⁹

Creemos pues, que la exclusión de ciertos períodos del cálculo indexatorio se opone a las ideas que representan el fundamento de la corrección monetaria, tales como, el pago integral, la justicia, el enriquecimiento sin causa, etc.⁴⁰

Debemos recordar que, al margen de la materia, es radicalmente injusto que el acreedor cargue con el peso de una cantidad desvalorizada desde el punto de vista económico y ese es el fundamento esencial de la indexación. Pero si tal derechohabiente es un trabajador, el pago incompleto adquiere matices de absoluta injusticia, porque si la indexación se realiza en forma precaria, se estará percibiendo un pago envilecido por la inflación. De allí que los efectos de la inflación en el ámbito laboral son más graves y el principio de orien-

tación interpretativa a favor del trabajador⁴¹ se ve reforzado con la posición asumida en la sentencia objeto de comentarios.

2.4. La no exclusión de la paralización del proceso por caso fortuito, fuerza mayor o voluntad de las partes

Según indicamos, la decisión *in comento* sigue el criterio según el cual no deben ser excluidos del cálculo indexatorio los períodos de inactividad procesal imputables a la lenta administración de justicia.⁴²

La sentencia comentada acertadamente no excluye del cálculo indexatorio la dilación del proceso ocasionada por caso fortuito o fuerza mayor. En efecto, indica la decisión:

Por otra parte, reconociendo la Sala que en muchas oportunidades el pronunciamiento de la sentencia se dilata por causas ajenas a la voluntad de las partes, inclusive por causas de fuerza mayor o por hechos fortuitos, se presenta la circunstancia que el patrono sigue teniendo en su patrimonio un dinero que le corresponde al trabajador, por lo que no es a este último al que le corresponde cargar con las consecuencias de la pérdida del valor de la moneda, según lo ya expuesto.

La jurisprudencia anterior había señalado que debía excluirse del período indexatorio la paralización debida a caso fortuito o fuerza mayor.⁴³

Con relación al caso fortuito o la fuerza mayor y su posible afectación al cálculo indexatorio, valen exactamente las mismas consideraciones señaladas anteriormente,⁴⁴ pues la corrección monetaria no es una sanción susceptible de ser excluida según las circunstancias.

Para que tenga lugar una actualización integral del monto adeudado, el período indexatorio no puede quedar sujeto a exclusiones ajenas al valor real del dinero en el tiempo.

⁴¹ Recogido en el artículo 89, ordinal 3, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

⁴² Véase *supra* N° 3.3.

⁴³ Véase: CSJ/Cas., Sent. 28-11-96, J.R.G., T. 140, pp. 554 y 555, con ponencia de Rafael Alfonso Guzmán. Tal postura se repite igualmente en la jurisprudencia posterior, véase en este sentido *supra* nota 22. Véase igualmente: TSJ/SCS, Sent. 27-7-00, En: <http://www.tsj.gov.ve/Decisiones/scs/julio/a301-270700-991054.htm>; De la corrección monetaria ... se excluirían los lapsos en los cuales se paralizó la causa por un hecho fortuito o causa de fuerza mayor, o por acuerdo entre las partes.

⁴⁴ Véase *supra* N° 3.3.

³⁸ Domínguez Guillén, *Consideraciones...*, p. 247.

³⁹ La sentencia del caso Flexilón, aunque no en forma directa como en el caso de la decisión comentada, no se pronunciaba en torno a la exclusión de los lapsos de inactividad judicial. Al comentar la misma indicamos: "Es por ello que pensamos que la sentencia comentada reivindica el carácter de pago integral que supone la figura del método indexatorio al dejar de lado la posición que pretende excluir ciertos períodos de inactividad judicial, los cuales se presentan ajenos a las ideas que fundamentan la corrección monetaria". (Domínguez Guillén, *Comentarios...*, p. 222).

⁴⁰ Sobre el fundamento de la indexación, véase: Domínguez Guillén, *Consideraciones...*, pp. 222-230; Cifuentes Aguayo, Mauricio y Sonia Mendoza Rodríguez: *La Corrección Monetaria en el Derecho Laboral*. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 1985, pp. 37-43; Parada Barreneche, Oscar Hernando y Oscar Arturo Solarte Rodríguez: *Inflación y revaluación en las obligaciones dinerarias*. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 1988, pp. 101-113; Risolia, Marco Aurelio: *La Depreciación Monetaria y el Régimen de las obligaciones contractuales*. Monografías Jurídicas N° 21, Argentina, Abeledo-Perrot, 1960, p. 81; Morales Hernández, Alfredo: *El Reconocimiento de los Efectos Inflacionarios en la Contratación Pública*. En: Efectos de la Inflación en el Derecho. Serie Eventos 9, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1994, p. 192; Casiello, Juan José: *Desvalorización Monetaria. Su incidencia en las obligaciones de dar sumas de dinero*. Buenos Aires, Roque Depalma editor, 1961, p. 45; Gurfinkel De Wendy, Lilian: *Depreciación Monetaria. Revaluación de obligaciones dinerarias*. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 2ª edic., 1977, pp. 218 y ss; Escobar León, ob. cit., pp. 394-399; Condorelli, ob. cit., p. 31; Zannoni, ob. cit., pp. 107 y 108; Uribe Restrepo, ob. cit., pp. 65-100; Mosset Iturraspe y Lorenzetti, ob. cit., p. 472; Gramcko, ob. cit., pp. 33-36.

Es necesario insistir en que a través de la indexación el deudor devuelve la misma cantidad debida inicialmente. De manera que pretender como regla general que las circunstancias alteren el cálculo indexatorio iría en contra del fundamento mismo de la corrección monetaria.

El ajuste por inflación tiene incluso un fundamento extrajurídico que se apoya en el valor sustancial del dinero. De allí que Mosset Iturraspe y Lorenzetti se refieran a que la actualización no encuentra fundamento en la responsabilidad ni en la equidad, sino en la teoría monetaria.⁴⁵

Por las razones indicadas, el fallo bajo estudio, acertadamente, considera que el caso fortuito o la fuerza mayor no se presenta como una circunstancia susceptible de ser excluida del cálculo indexatorio, de manera que debe continuar el patrono cargando con las consecuencias de la pérdida del valor de la moneda. El deudor moroso asume el riesgo de la mengua en el valor de la moneda y motivado a su retardo debe restituir al acreedor una suma de dinero con valor similar, desde el punto de vista real o adquisitivo, a aquélla que le fue prestada y que no pagó a tiempo.⁴⁶ En efecto, es el deudor quien debe asumir el riesgo de la inflación, porque pretender trasladársela al acreedor, además de injusto se presenta como un enriquecimiento sin causa para el deudor. De allí que indicáramos que la posición jurisprudencial que sostenía la exclusión de ciertos períodos de la corrección monetaria, se traduce en que nuevamente sería rentable deber dinero.⁴⁷

No obstante, la sentencia comentada indica:

Únicamente pueden ser excluidos del cálculo indexatorio los períodos en los cuales la causa se encuentra suspendida por acuerdo de ambas partes, pues en dicha suspensión si tiene responsabilidad el trabajador.

Obsérvese entonces que la decisión analizada precisa una única hipótesis de exclusión del período indexatorio: la paralización de la causa por voluntad de las partes. Esta posible causa de exclusión del lapso indexatorio ya había sido adelantada por la jurisprudencia, al referirse a las circunstancias ya indicadas.⁴⁸

No obstante que, en tal supuesto, la paralización del proceso no ha sido consecuencia de la lentitud de la administración de justicia sino producto del

acuerdo de ambas partes y de las cuales una de ellas es el trabajador acreedor, creemos que tal exclusión igualmente resulta discutible en virtud del pago integral o completo que ampara la figura de la corrección monetaria y al que nos hemos referido anteriormente.⁴⁹

En efecto, la corrección monetaria configura un ajuste por inflación de la cantidad debida y ello supone un pago completo que debe abarcar, en principio, en forma ininterrumpida desde el momento en que se ha entrado en mora hasta el momento del pago. La exclusión de ciertos períodos del cálculo indexatorio, aun cuando sea por motivos no imputables a las partes, debe configurar una posibilidad excepcional.

La exclusión de determinado período del cálculo indexatorio tiene que ver con una figura que ha denominado la doctrina "desindexación"⁵⁰, la cual consiste —como su nombre lo indica— en la desaplicación de la figura en estudio en aquellos casos particulares donde su estricta y matemática aplicación, sin tomar en cuenta ciertas circunstancias especiales, podría ocasionar efectos injustos. La doctrina ha indicado que la desindexación debe ser solicitada y aplicada al caso concreto según las exigencias de justicia que implique el caso particular, esto es, de la equidad.

La procedencia de la desindexación debe tener lugar en virtud de las peculiares circunstancias de cada caso. Creemos que debe ser solicitada por el de-

⁴⁹ Véase *supra* Nos 3.1, 3.2 y 3.3.

⁵⁰ Sobre la posibilidad de contrarrestar los efectos de la indexación según las circunstancias a través de lo que se ha denominado "desindexación", véase: Peyrano, Jorge W.: *El Proceso desindexatorio. Aspectos procesales de la desindexación judicial*, Buenos Aires, edit. Hammurabi, 1.992. La desindexación tiene por finalidad morigerar los resultados de la aplicación ciega, fría y matemática de la indexación. (ibid., p. 15). Se trata de una pretensión de equidad, donde el juez debe determinar las particulares circunstancias del caso (ibid., p. 46). Ella no se funda en hechos notorios por lo que el que la alega debe acreditar su reclamo. (ibid., pp. 53 y 55). Supone un incremento de la tarea jurisdiccional orientada a la recomposición equitativa de la ecuación económica de las relaciones jurídicas. (ibid., p. 149). Obsérvese que la desindexación supone la excepción a la regla indexatoria, tomando en cuenta las peculiaridades del caso concreto y la equidad. Esta idea relativa a la "equidad" se observa en un comentario que Aguilar Gorrondona hace sobre la materia, véase: Aguilar Gorrondona, José Luis: *La inflación y los contratos que no la prevén*. En: *Inflación y Derecho*. XIX Jornadas J.M. Domínguez Escobar. Barquisimeto, Tipografía Litografía Horizonte C.A., 1994, p. 43: "No es menos necesario dilucidar si en el caso que se disponga modificar el monto de ciertas prestaciones pecuniarias, se debe ordenar un reajuste integral (un reajuste al 100%), como parece que correspondería a la voluntad de las partes o sólo un reajuste parcial como podría resultar recomendable por razones de equidad o conveniencia". (Destacado nuestro).

⁴⁵ Mosset Iturraspe y Lorenzetti, ob. cit., p. 472.

⁴⁶ CSJ/Cas, Sent. 15-11-94, J.R.G., T. 132, p. 413.

⁴⁷ Domínguez Guillén, *Consideraciones...*, p. 247.

⁴⁸ Véase nota 43.

mandado porque supone una excepción al fundamento de la corrección monetaria basada en un pago integral.⁵¹

Pensamos sin embargo que los órganos jurisdiccionales, antes de llegar a profundizar respecto a la aplicación de la desindexación, deben tener clara la aplicación de los lineamientos que orientan la indexación, la cual todavía no se presenta clara y definida en la evolución de los fallos de los aplicadores del derecho.

CONCLUSIÓN

La sentencia RC-12, de fecha 6 de febrero de 2001, de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia (Caso José Gallardo González contra Andy de Venezuela, C.A) presenta un importante avance en torno al cálculo del período indexatorio, pues considera acertadamente que no debe ser excluido del mismo los períodos de inactividad judicial no imputables a las partes, tales como las huelgas o el período de sentencia. La misma consideración hace la sentencia respecto al caso fortuito o la fuerza mayor. La decisión que estudiamos señala que el único supuesto de exclusión se presenta ante la paralización de la causa por voluntad de las partes, porque en la misma ha tenido injerencia directa la voluntad del trabajador acreedor. Pensamos, sin embargo, que consagrar a nivel general tal exclusión resulta discutible en razón

⁵¹ Sin embargo, encontramos una sentencia que indica que esta determinación sobre los lapsos excluidos del cálculo indexatorio, no debe ser solicitada, sino que forman parte de las reglas generales que regulan la materia, véase en este sentido: TSJ/SCS, Sent. 5-4-00, RC N° 99.170, En: <http://www.tsi.gov.ve/Decisiones/scs/Abril/050400-99170-78.htm>; "Cuando el Juez excluye del lapso en el cual se debe calcular la indexación el período en el cual la causa estuvo paralizada, no está supliendo defensas ni proveyendo sobre algo no pedido. En su criterio la indexación de las cantidades debidas, forma parte de las normas que regulan el cumplimiento de las obligaciones laborales, y los lapsos excluidos obedecen a una paralización no imputable al demandado, quien, a su juicio no debe cargar con los riesgos y "perdidas que ocasione la misma". Por nuestra parte, pensamos que la indexación debe ser la regla, y la desindexación la excepción; en virtud de que la exclusión de ciertos períodos del cálculo indexatorio es excepcional y se traduce en una desindexación, creemos que no es conveniente por vía jurisprudencial establecer criterios generales en este sentido, sino que la desindexación y en consecuencia la exclusión de ciertos períodos del cálculo de la corrección monetaria debe tener lugar a solicitud de parte y el juez procederá entonces tomando en cuenta las particulares circunstancias del caso concreto. Véase sobre la necesidad de solicitar la desindexación: Peyrano Facio, ob. cit., pp. 46, 53 y 56. Véase igualmente, el comentario de Mosset Iturraspe y Lorenzetti que indican que podría concluirse que como regla se actualizan todas las deudas. (ob. cit., p. 472).

del pago completo que inspira la corrección monetaria. La exclusión de ciertos períodos a los efectos de la corrección monetaria se presenta como excepcional y se fundamenta en la idea de la desindexación, la cual debe ser solicitada por el interesado.

Con relación a las fechas límites respecto de las cuales se extiende la indexación, la decisión comentada indica que la misma tiene lugar desde la fecha de la admisión de la demanda hasta la fecha de la ejecución de la sentencia porque en ésta tiene lugar el pago efectivo. Esta última es la más acertada a los efectos del *pago integral*, noción que constituye el fundamento de la corrección monetaria. Creemos siguiendo la misma idea de *pago completo*, que la fecha inicial debe ser la correspondiente a la culminación de la relación de trabajo. Esto pues es a partir de la misma en que el patrono deudor se constituye en mora y la tardanza en la interposición de la acción correspondiente en modo alguno constituye negligencia por parte del trabajador demandante.

La aplicación de un criterio uniforme sobre la aplicación de la indexación todavía no está del todo cristalizada en nuestra jurisprudencia, pero la decisión objeto de comentarios sin lugar a dudas constituye un gran paso hacia la consolidación de los justos lineamientos que han de inspirar la figura de la corrección monetaria.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR GORRONDONA, JOSÉ LUIS: "La inflación y los contratos que no la prevén". En: *Inflación y Derecho*, XIX Jornadas J.M. Domínguez Escovar, Tipografía Litografía Horizonte C.A., Barquisimeto, 1994, pp. 27-43.

ALFONZO GUZMÁN, RAFAEL: *Nueva Didáctica del Derecho del Trabajo*, Universidad Católica Andrés Bello, 6ª edic. Caracas, 1983.

_____: "La Indexación Laboral en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 17 de marzo de 1993 (Sala Civil)". En: *Inflación y Derecho*, XIX Jornadas J.M. Domínguez Escovar, Tipografía Litografía Horizonte C.A., Barquisimeto, 1994, pp. 79-116.

_____: "La Indexación en materia de prestaciones sociales". En: *Efectos de la Inflación en el Derecho*. Serie Eventos 9. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 1994, pp. 137-144.

CASIELLO, JUAN JOSÉ. *Desvalorización Monetaria. Su incidencia en las obligaciones de dar sumas de dinero*. Roque Depalma editor. Buenos Aires, 1961.

CENTENO, NORBERTO: "La Indexación de los Créditos Laborales en la República Argentina". En: *Estudios sobre Derecho Laboral*, Homenaje a Rafael Caldera, Tomo I, Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 1977, pp. 77-99.

CIFUENTES AGUAYO, MAURICIO y SONIA MENDOZA RODRÍGUEZ: *La Corrección Monetaria en el Derecho Laboral*. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 1985.

CONDORELLI, EPIFANIO J. *Régimen Procesal de la Indexación*, Librería Editora Platense S.R.L. Argentina, 1978.

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, MARÍA C.: *La Indexación. Su incidencia a nivel de los tribunales laborales de instancia*, APUCV. Caracas, 1996.

_____: "Consideraciones procesales sobre la indexación laboral". En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* N° 117, Universidad Central de Venezuela. Caracas, 2000, pp. 215-286.

_____: "Comentarios a la sentencia del 17-5-00 de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia. Especial referencia al daño moral y la indexación. (Caso José Tesorero Yáñez c Hilados Flexilón S.A)". En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* N° 119, Universidad Central de Venezuela. Caracas, 2000, pp. 197-232.

ESCOVAR LEÓN, RAMÓN: "Aspectos procesales de la indexación judicial". En: *Efectos de la Inflación en el Derecho*. Serie Eventos 9. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 1994, pp. 385-414.

GRAMCKO, LUIS ÁNGEL. *Inflación y Sentencia*, Edit. Vadell Hermanos. Caracas-Valencia, 1993.

GUIBOURG, RICARDO A.: "La inflación y los derechos del trabajo". En: *Legislación del Trabajo*, N° 378, Junio 1984, pp. 481-494.

GURFINKEL DE WENDY, LILIAN N: *Depreciación Monetaria. Revaluación de obligaciones dinerarias*, 2ª edición, Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1977.

LÓPEZ SANTA MARÍA, JORGE. *Obligaciones y Contratos Frente a la Inflación*, Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1978.

MELICH ORSINI, JOSÉ: "Nominalismo Versus Valorismo". En: *Efectos de la Inflación en el Derecho*, Serie Eventos 9, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 1994, pp. 53-64.

MILLE MILLE, GERARDO: *Temas Laborales. Comentarios sobre jurisprudencia laboral y la Ley Orgánica del Trabajo*, Vol. V, Paredes Editores. Caracas, 1991.

MOSSET ITURRASPE, JORGE y RICARDO LUIS LORENZETTI: *Derecho Monetario*. Rubinzal-Calzoni editores. Argentina, 1989.

PARADA BARRENECHE, OSCAR HERNADO y OSCAR ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ: *Inflación y revaluación en las obligaciones dinerarias*, Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 1988.

PEIRANO FACIO, JORGE W.: *El Proceso desindexatorio. Aspectos procesales de la desindexación judicial*, edit. Hammurabi. Buenos Aires, 1992.

RISOLIA, MARCO AURELIO: *La Depreciación Monetaria y el Régimen de las obligaciones contractuales*, Monografías Jurídicas N° 21, Abeledo-Perrot. Argentina, 1960.

URIBE RESTREPO, LUIS FERNANDO: *Las Obligaciones Pecuniarias Frente a la Inflación*, edit. Temis. S.A. Bogotá, 1984.

ZANNONI, EDUARDO A: *Revaluación de obligaciones dinerarias ("indexación") Síntesis doctrinaria y jurisprudencia*, edit. Astrea. Buenos Aires, 1977.

A propósito del silencio de prueba

Carlos Oberto Vélez*

Recientemente, la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, con el voto salvado de uno de sus tres Magistrados, determinó el imperio de la nueva doctrina jurisprudencial, respecto a la conducta del jurisdicente subsumida en el llamado "Silencio de Prueba".

Este cambio doctrinal, sin lugar a dudas ha causado, en el foro judicial, diversas manifestaciones entre las cuales podríamos elucubrar qué se ha dicho: a) Es un cambio producto de la adaptación de los nuevos Magistrados; b) Es un criterio acomodaticio al interés de alguien; c) ¿Quién sabe cuanto durará?; d) Es una locura más; e) A eso nos tienen acostumbrado; f) Qué incertidumbre; g) La decisión pretende contener el impulso de la casación inútil; en fin, serían casi interminables los decires que pudieran señalarse emergidos del lenguaje humano como vivencia y materia prima del derecho.

Tales reacciones son efectos naturales en un ambiente jurídico, que ha venido cultivándose con las raíces de un Poder Judicial sumamente cuestionado, que ha traído como consecuencia la "incredulidad" como una constante ante las decisiones emanadas de los distintos Órganos Judiciales y Administrativos de la Nación; difícilmente el estado de las cosas cambiaran para bien de un día para otro, todo estará en nosotros mismos como sujetos interesados en

* Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrado.

el protagonismo de esos cambios, por demás necesarios, para que en definitiva convivamos en una sociedad justa, en la cual, los derechos de sus integrantes sean lo primero en la escala de importancia y que en la individualidad subjetiva de cada uno, el cumplimiento de los deberes ocupe la primera posición, entonces, pudiéramos llegar a ser iguales en un conglomerado de personas, que aunque "pisan" distintos estratos sociales, están confiados de estar protegidos por un mismo "techo".

Parece un sueño inalcanzable, pero no imposible, y es esa esperanza la que ha empeñado la función de esta Magistratura a llevar los cambios estructurales en la administración de justicia, dirigida a un camino cónsono, seguros de que al final del túnel habrá una luz que nos alumbrará con mayor intensidad en la medida en que nos vamos acercando y entonces será en nosotros el sabio proverbio, que expresa: "La justicia engrandece a la Nación".

Hoy queremos reseñar, la nueva doctrina del "Silencio de Prueba", como uno de esos cambios progresivos y dinámicos, apegados a los principios de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, orientados, entre otros ideales, a consolidar la garantía de una justicia expedita, transparente y sin reposiciones inútiles.

Al respecto, es menester reseñar el devenir histórico de la jurisprudencia sobre el llamado vicio de inmotivación por silencio de prueba, así encontramos que la extinta Corte Suprema, en la sentencia N° 74, del 10 de marzo de 1988, expediente 87- 632, en el juicio de Michelle Paladino contra Antonio Cantelvi de Paola, expresó:

...3. Consagrada en una norma de derecho positivo la doctrina del silencio de prueba, concretamente en el artículo 509 del Código de Procedimiento Civil, su denuncia debe hacerse con fundamento en el ordinal 2° del artículo 313 ejusdem por infracción de Ley, únicamente, o coloreada con el basamento del artículo 12 del vigente Código de Procedimiento Civil.

4. Puede ocurrir, sin embargo, que la denuncia del silencio de prueba sea a su vez, fundamento básico para alegar la falta de motivos de hecho y de derecho de la decisión, en cuyo caso, la infracción encaja perfectamente en una infracción de forma, pudiendo entonces basarse en el ordinal 1° del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil. Y con base a la violación de los artículos 12, 243, ordinal 4, 244 y 254 del Código de Procedimiento Civil. Incluso, podría incluirse (sic) o no el referido artículo 12. Y nada obsta, que la misma denuncia de silencio de prueba, según el enfoque o secuencia que se le atribuya se haga simultáneamente como recurso de forma o como recurso de fondo....".

Por sentencia N° 159 de fecha 18-5-88, expediente N° 87-762, en el juicio de Jordache Enterprises Inc. contra Edmundo Jorge Gugliotta, la Sala expresó:

...4. Puede ocurrir, sin embargo, que la denuncia del silencio de prueba sea a su vez, fundamento básico para alegar la falta de motivos de hecho y de derecho de la decisión, en cuyo caso, la infracción encaja perfectamente en una denuncia de infracción de forma, pudiendo entonces basarse en el ordinal 1° del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil y con base a la violación de los artículos 12, 243, ordinal 4°, 244 y 254 del Código de Procedimiento Civil. Incluso, podría incluirse o no el referido artículo 12. Y nada obsta, que la misma denuncia de silencio de prueba, según el enfoque o consecuencia que se le atribuya se haga simultáneamente como recurso de forma o como recurso de fondo...

Esta doctrina fue atemperada, en el sentido de que era necesario denunciar los artículos 244 y 254 del Código de Procedimiento Civil, y a tal efecto en la sentencia N° 246, exp. 90-028 de fecha 1-8-90, en el juicio de Bulmaro Elías Rodríguez Sosa contra Banco de Maracaibo, se estableció:

...Tal como se indica en el escrito de impugnación y conforme a la doctrina que sobre el silencio de prueba dejó establecida esta Sala en sentencia pronunciada el 18 de mayo de 1988, para que la denuncia del silencio de prueba sirva a su vez de fundamento para la denuncia de inmotivación, es necesario que el denunciante, con apoyo en el ordinal 1° del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, denuncie la infracción de los artículos 243, ordinal 4°, 244, 254, y oportunamente el 12 del Código de Procedimiento Civil.

Parcialmente es cierta la afirmación hecha por el impugnante, en el sentido de que el formalizante no hizo denuncia expresa del artículo 254 del Código de Procedimiento Civil, no así con respecto al artículo 244 ejusdem, que ciertamente señala como razón o consecuencia para que el fallo se anule. Ahora bien, con respecto a la indicación y denuncia del referido artículo 254, la Sala ha atenuado esta exigencia en sentencias posteriores al establecimiento de su doctrina, ello en razón de que el mencionado precepto legal está un tanto apartado de la denominada doctrina del silencio de prueba, por cuya razón, se aprovecha esta oportunidad para atenuar su doctrina, en el sentido de no hacer obligatoria la denuncia del artículo 254 del Código de Procedimiento Civil, para que prospere el examen de la denuncia en razón de no considerarlo como un mecanismo técnico indispensable para tal fin, así se declara.

En igual sentido se pronuncia la Sala en lo que respecta a la, hasta ahora, obligatoria denuncia del artículo 244 del Código de Procedimiento Civil, para apoyar la correspondiente denuncia del llamado vicio del silencio de prueba dentro del contexto de un recurso de forma. La Sala llega a tal conclusión después de analizar detenidamente el contenido de la citada disposición procesal y llegar al convencimiento de que su violación sólo puede

alegarse cuando el Juez incurre en alguno de los vicios autónomos que la misma disposición consagra en su segunda parte...

El 3 de marzo de 1993, en la sentencia N° 46, expediente N° 92-533, en el juicio de Luis Beltrán Vásquez G. contra Víctor Lozada, nuevamente el criterio se modificó y para esa oportunidad, se dijo:

...Continúa vigente la doctrina de la Sala, en cuanto a la posibilidad de alegar el referido vicio, tanto en el recurso de casación por defecto de actividad, como en el correspondiente a errores de juzgamiento, con las siguientes variantes:

1º) Recurso por defecto de actividad

En este tipo de recursos, sólo será técnicamente procedente su alegación, cuando existan en autos pruebas promovidas y evacuadas completamente, sobre las cuales el sentenciador haya realizado una apreciación parcial e incompleta, porque, en estos casos, se deja sin cabal fundamentación el fallo en uno de sus aspectos esenciales, como es la muy importante labor crítica de valoración de los elementos de convicción que obran en autos.

En estos casos, se debe alegar la denuncia de infracción del ordinal 4º del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, por inmotivación del fallo y la del artículo 12 eiusdem, por cuanto el juzgador no se atuvo a lo alegado y probado en los autos.

2º) Recurso por infracción de ley

En este tipo de recurso la Sala introduce una variante, de singular importancia, dada la necesidad de revisar las actas procesales, en los supuestos en los cuales se alegue que el sentenciador ha silenciado totalmente una prueba que consta en las actas procesales, lo que, lógicamente, tendría que ser constatado por la Sala con la revisión del expediente.

Es por ello que, en el recurso por errores de juicio, se podrá alegar el vicio de "silencio de prueba", de dos maneras:

1º) *En los supuestos de que la prueba sea mencionada en el fallo, pero no sea analizada por el sentenciador, deberá apoyarse el recurso en el ordinal 2º del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, denunciándose la violación, por falta de aplicación de los artículos 509 y 12 eiusdem.*

2º) *En los casos en los cuales se alegue que el juez silenció totalmente una prueba existente en el expediente, será necesario apoyar el recurso en el ordinal 2º del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 320 eiusdem, norma que permite a la Sala constatar, de la revisión de las actas procesales, la existencia o no de la prueba en cuestión... (resaltado de la Sala).*

En fecha 28 de abril del precitado año, nuevamente la Sala de Casación Civil, en decisión N° 144, dictada en el juicio de Inversiones Sinamaica, C.A.

contra Parcelamiento Chacao, C.A., expediente N° 92-155, modificó su doctrina para establecer:

...penetrada la Sala de serias dudas, en torno a la calificación del silencio de prueba como error de juzgamiento, y sólo denunciabile, en consecuencia, en la forma antes explicada, lo que se corrobora más con la manifestación del legislador, categórica y precisa del ordinal 4º del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil actual, cuando requiere que el fallo contenga los fundamentos de hecho y de derecho, mucho más precisa que la carencia de fundamentos que establecía el artículo 162 del Código derogado, se observa que cuando un Juez silencia una prueba, en todas sus manifestaciones indicadas en la sentencia del 03-03-93, más que errores de juicio, incurre en falta de motivación de la decisión, como modalidad propia de defecto de actividad en la formación del fallo, y en consecuencia, tal silencio de prueba, en todas sus manifestaciones, como defecto de actividad sólo es denunciabile por recurso de casación por defecto de actividad con base en el ordinal 1º del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, con alegato de violación del ordinal 4º del artículo 243 eiusdem, que puede colorearse con la denuncia de los artículos 509 y 12 del citado Código.

Las razones que fundamentan la simplificación de la técnica de denuncia en estos casos, son las siguientes:

1º) *Como antes se ha afirmado, el llamado silencio de prueba, en todas sus manifestaciones indicadas en la sentencia del 03-03-93, no constituye en ningún caso error de juzgamiento, sino vicio de actividad en que incurren los sentenciadores en la formación de sus fallos, porque lo que es error de juzgamiento, es la errada valoración de las pruebas en su texto, ello ciertamente constituye falta de motivación, y por tanto, vicio de actividad, y así fue considerado siempre en la doctrina de antigua data de este Alto Tribunal. (Ver Leopoldo Márquez Añez. Motivos y Efectos del Recurso de Forma en la Casación Civil Venezolana. Colección Estudios Jurídicos N° 25, Editorial Jurídica Venezolana. Págs. 38, 39 y 73).*

2º) *En innumerables fallos de esta Corte, tanto bajo la vigencia del Código derogado, como del vigente, ha sido constante doctrina que la mera invocación por el recurrente del artículo 435 del Código Procesal anterior, o del artículo 320 del actual, sin el cumplimiento de los supuestos específicos que él contempla, no autoriza a la Sala, como tribunal de Derecho, a hurgar el contenido de las actas del expediente y a la censura de la apreciación de los hechos y de las pruebas por parte de los jueces sentenciadores, ni extenderse al fondo de la controversia, y el caso de silencio de prueba no aparece en los supuestos excepcionales del encabezamiento del artículo 320 del Código de Procedimiento Civil.*

3º) *Como colorario del numeral precedente, al establecerse en esta decisión la doctrina de que el silencio de prueba —en todas sus manifestaciones indicadas en la sentencia del 03-03-93—, es inmotivación del*

fallo, y por tanto, defecto de actividad en que incurren los jueces sentenciadores, ello, obviamente, como ha sido siempre en la historia de la Casación, permite a la Corte esculcar, se repite, a los solos fines de detectar los defectos de actividad, el contenido de las actas del expediente. En efecto, cuando la Sala hurga en las actas del proceso para detectar, de oficio o a petición de parte, defectos de actividad, en ningún caso incurre en la prohibición del artículo 320 del Código de Procedimiento Civil, porque como se sabe, en estos casos no se extiende la Sala al fondo de la controversia ni la censura de la apreciación de las pruebas por parte del Juez sentenciador, porque solamente tal actividad tiene por objeto constatar si la prueba ha sido silenciada o no, sin extenderse a censurar el mérito que le corresponde (...)

- 4º) Razón concluyente demostrativa que el silencio de prueba es defecto de actividad y no error de juzgamiento, es que el mérito de una prueba o no, influye en el dispositivo de una sentencia, sólo en cuanto a dicha prueba es objeto de valoración, pues será la conclusión que arroje esta actividad, lo determinante en el dispositivo mismo.

En consecuencia, la doctrina del 03 de marzo (sic) de 1993, que se modifica en esta decisión, solamente se refiere al modo de denunciar las infracciones en caso del llamado silencio de prueba, de ahora en adelante calificado como defecto de actividad, y no como error de juzgamiento. De la parte, en precisión de la doctrina contenida en la decisión del 3 de marzo (sic) de 1993 en referencia, la sala cumple con declarar lo siguiente:

La denuncia de infracción en la cual se alega silencio de prueba, no puede prosperar en aquellos casos de pruebas promovidas y no evacuadas, ni aquellos casos de pruebas promovidas y parcialmente evacuadas, toda vez que en estos supuestos no hay medio de prueba alguno válidamente incorporados a los autos.

En cuanto a las confesiones espontáneas, se ratifica lo declarado en la doctrina contenida en el fallo del 03 de Marzo (sic) de 1993, sólo que, se aclara, que en este supuesto tampoco entra dentro de los casos detectados de oficio por los jueces del mérito, a petición de parte, pues cuando estos eventos ocurren, si son denunciados con la modalidad del silencio de prueba en la forma explicada.

De esta manera, quedan aclaradas las declaraciones contenidas en la sentencia del 3 de marzo (sic) de 1993, únicamente en lo que se refiere a los literales a, b y del numeral primero del Capítulo I en lo referente al resumen de la materia comunidad de la prueba, quedando solamente modificada la doctrina contenida en el Punto 2 del mismo Capítulo, por la consideración de que el silencio de prueba constituye defecto de actividad y no error de juzgamiento... (Destacado de la Sala).

Finalmente, en decisión del 21 de junio de 2000, en el juicio de Farvenca Acarigua C.A., contra Farmacia Cleary C.A., expediente 99-597, sentencia

Nº 204, cambió su criterio, para establecer la doctrina que hoy es materia del comentario que se expone, y es del siguiente tenor:

...La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia estableció en sentencia de fecha 28 de abril de 1993, la doctrina según la cual el vicio de silencio de pruebas como una de las variantes de la falta (sic) motivación, debía ser intentada al amparo del ordinal 1º del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, es decir, como un vicio de procedimiento.

En tal sentido, bastaba que se observare el silencio total o parcial con relación a determinada prueba para que se produjera la demolición del fallo recurrido con la consecuente reposición al estado de dictar nueva sentencia, independientemente de la importancia o banalidad de la prueba silenciada en el dispositivo del fallo fulminado de nulidad.

Lógicamente, es fácil comprender que, en esas condiciones, se podía producir una nulidad innecesaria, desde luego que, era posible que la prueba silenciada en nada pudiera influir para sentenciar de otra manera, como sucedería si se dejaba de analizar el dicho de un testigo que declaraba en contra de lo contenido en un instrumento público.

Ahora, una vez vigente la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cuyos artículos 257 y 26 consagran el proceso como un instrumento fundamental para la realización de la justicia, en el que debe privar la simplificación y eficacia de los trámites, donde no haya dilaciones indebidas ni reposiciones inútiles, la Sala considera conveniente fijar un nuevo criterio sobre la denuncia en casación del vicio por silencio de pruebas, de forma y manera que permita establecer si las pruebas aportadas al juicio y silenciadas por el juzgador, tienen el sentido y alcance que en realidad le corresponden para la fijación del hecho controvertido. La importancia o trascendencia de las pruebas sólo puede ser determinada, si se tiene el conocimiento de los aspectos formales y de fondo que las acompañan al momento de producirlas.

En este orden de ideas, en aras de dar cumplimiento a lo establecido en las disposiciones constitucionales indicadas, y conforme con la ley procesal civil, la Sala sólo podrá tener conocimiento de estos extremos si la denuncia se encuadra en un recurso por infracción de ley; recurso en el cual el formalizante satisfaga las exigencias del artículo 313 ordinal 2º, único aparte del Código de Procedimiento Civil, dentro de los términos y condiciones previstos en la ley, donde la denuncia de violación de las respectivas normas relativas a la apreciación y carga de la prueba, así como las referidas al establecimiento o valoración de las pruebas, adquiera suma importancia, ya que permita precisar el servicio, la necesidad o la conveniencia de la prueba en la resolución de la pretensión contenciosa, y de allí dependerá la calificación jurídica de la utilidad o no de la casación.

En consecuencia de lo anterior, es que desaparece el silencio de prueba como especie de la falta de motivación. Por tanto, la sala abandona el criterio sostenido en fecha 28 de abril de 1993, caso: Inversiones Sinamaica contra

Parcelamiento Chacao y, aclara que, para evitar perjuicios a aquéllos que adecuaron su conducta a la doctrina que hoy se abandona o aquéllos cuyos lapsos de formalización están por concluir, el criterio aquí establecido se aplicará a todos los recursos que se admitan a partir del día siguiente, inclusive, a la publicación de este fallo. Por consiguiente, en lo sucesivo se establecerá como exigencia para la elaboración de la denuncia del vicio por silencio de pruebas, que se fundamente en un recurso por infracción de ley, es decir en el artículo 313, ordinal 2° del Código de Procedimiento Civil... (redondas del comentario).

En el ámbito pedagógico de los que trajinan la dinámica del foro judicial, han emanado manifestaciones como la del profesor José Andrés Fuenmayor, miembro de la comisión revisora del Código de Procedimiento Civil de 1986, emitida en la revista 119 de la facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, quien ve al silencio de prueba, como una falta de conocimiento y pronunciamiento del jurisdicente sobre una prueba en particular, que bien puede presentarse por vía de un "silencio absoluto" o un "silencio relativo", el primero emerge cuando no se menciona en la sentencia la prueba y el último, cuando aun citándola, se omite el pronunciamiento de su valoración, existiendo para ambos casos el control de la casación bien por defecto de forma, y si el valor probatorio de la prueba en cuestión, viene dado por fijación de la ley, es decir una prueba tasada, la infracción es manifiestamente de fondo, por infracción de la norma de valoración, y así debe denunciarse, agregando que en ambas hipótesis quedan enervada el efecto de la casación sin reenvío.

Pese a las distintas posiciones asumidas, como efecto natural del tema en estudio, pensamos que, como ya lo referimos, los nuevos principios, recogidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, tendientes al establecimiento de una verdadera garantía de justicia, idónea, transparente, expedita, sin dilaciones indebidas y extremos formalismos o reposiciones inútiles, orientarán la definitiva consolidación de los principios sostenidos en el criterio asentado, en el sentido de que el vicio del silencio de prueba debe ser denunciado por vía de la delación de fondo por infracción de ley, con apoyo en el ordinal 2° del artículo 213 del Código de Procedimiento Civil, ello, con el loable propósito de desarraigar las tediosas e indeseadas reposiciones inútiles, aliadas fundamentales del círculo vicioso en la figura de la casación múltiple, figura jurídica lamentablemente utilizada como mecanismo para los retardos judiciales; así lo expresa el hoy Magistrado de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, Jesús Eduardo Cabrera, en su separata titulada: "Balance y Perspectivas de las Pruebas en la Reforma Procesal Venezolana", con ocasión a las XXII jornadas "J.M. Domínguez Escovar", De-

recho Procesal Civil (El Código de Procedimiento Civil diez años después), pág. 248, en la cual señala:

...En las cátedras de derecho procesal aún impera el procedimentalismo, ligado a la interpretación exegética, no al seguimiento de los principios rectores, y por ello el proceso sigue viviendo de minucias, de reposiciones por notificaciones innecesarias, del abuso del grosero truco procesal que debía ser corregible por los artículos 17 y 170 CPC, pero que sigue campante. ¿Quién no ha visto engrosar el expediente con profusos escritos sobre el tema de una incidencia, cuando de aplicarse el artículo 607 como fue concebido en el CPC, sólo eran admisibles la petición y su réplica, siendo el resto extemporáneo?. Ese procedimentalismo excesivo, típico de la picardía, ha venido venciendo, y siento lo ha derrotado, el sentido del vigente CPC...

Estas tendencias doctrinarias y la evolución en el criterio jurisprudencial, obedecen a la necesidad de adecuar las normas a la realidad social en la cual es aplicada, tomando en cuenta al mismo tiempo que el derecho es dinámico no estático, pues es un producto social y debe irse amoldando a las nuevas exigencias, ello mediante una correcta y adecuada interpretación.

Las corrientes modernas reconocen que el juez no se limita a aplicar la norma. Para ello, debe cumplir un paso previo que consiste en la determinación del contenido y alcance del precepto jurídico a aplicar. En ningún caso, le es permisible la interpretación en contra del espíritu y propósito de la norma, pues en la labor de creación judicial el sentenciador debe sujetarse a los límites que le son impuestos por el contenido y letra de la regla de derecho objeto de interpretación.

En el caso preciso del vicio de silencio de pruebas, el criterio abandonado por la Sala de Casación Civil, establecía que la falta de análisis de alguna prueba constituía el vicio de inmotivación, previsto en el ordinal 4° del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, cuya denuncia podía ser coloreada con el alegato de infracción de los artículos 12 y 509 *eiusdem*. El efecto derivado de la procedencia de este tipo de denuncias por defecto de actividad, establecidas en el ordinal 1° del artículo 313 del Código de Procedimiento, es la reposición del proceso al estado de que se dicte nueva sentencia y sea corregido el vicio declarado por la Sala en conocimiento del recurso de casación. En este sentido, el artículo, 320 del Código de Procedimiento Civil, dispone lo siguiente:

Si al decidir el recurso la Corte Suprema de Justicia encontrara una infracción de las descritas en el ordinal 1 del artículo 313, se abstendrá de conocer las otras denuncias de infracción formuladas, y decretará la nulidad y

reposición de la causa al estado que considere necesario para restablecer el orden jurídico infringido... (resaltado de la Sala).

Este vicio de silencio de pruebas es cometido frecuentemente por los jueces de instancia, y la parte perdedora hábilmente recurría a su denuncia en casación para obtener la reposición del proceso al estado de que se pronunciara una nueva decisión, con la expectativa de que ésta, resultara favorable a sus intereses. En aplicación del criterio abandonado por la Sala, la reposición podía ser ordenada con motivo de una prueba que no tenía eficacia probatoria o no era relevante en la suerte del proceso, *todo lo cual favorecía el decreto de reposiciones inútiles y, en consecuencia, mayores retardos procesales, en contravención de los principios de economía y celeridad procesal que deben caracterizar todo proceso*. La casación múltiple agravaba aun más el problema, pues de ordinario el nuevo juez al dictar sentencia ignoraba cualquier otra prueba, y era posible obtener otra reposición en el proceso, y así sucesivamente.

Esta situación resultaba insostenible y la Sala no podía ignorar dicha circunstancia. Por tal razón, estimó necesario reexaminar su posición para establecer una interpretación acorde con los principios constitucionales y legales que ordenan al juez garantizar un debido proceso y evitar mayores dilaciones procesales.

En este sentido, el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, aprobada por referendo del 15 de diciembre de 1999 y publicada en la Gaceta Oficial N° 36.860 de fecha 30 del mismo mes y año, dispone que:

Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismo y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.

El Estado garantizará una justicia gratuita, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles (resaltado de la Sala).

Igual mandato está contenido en el artículo 257 del mismo texto, el cual establece lo siguiente:

El proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia. Las leyes procesales establecerán la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites y adoptarán un procedimiento breve, oral y público. No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales. (Resaltado de la Sala).

Y en su artículo 335, la Constitución le ordena la Tribunal Supremo de Justicia, garantizar la supremacía y efectividad de las *normas y principios constitucionales. Asimismo, preceptúa que el Tribunal Supremo de Justicia es el máximo y único interprete de la Constitución y debe velar por su informe, interpretación y aplicación.*

En cumplimiento de estos mandatos constitucionales y con el ánimo de remediar las reposiciones inútiles, evitar mayores retardos procesales y garantizar un debido proceso, en el que las partes no frustren su derecho a obtener una pronta y expedita justicia, la Sala de Casación Civil modificó su doctrina respecto del vicio de silencio de pruebas y estableció que su denuncia corresponde al motivo del recurso de casación por infracción de ley, previsto en el ordinal 2° del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil.

Este criterio encuentra sustento en las siguientes razones:

El artículo 509 del Código de Procedimiento Civil, dispone que:

Los jueces deben analizar y juzgar todas y cuantas pruebas se hayan producido, aun aquellas que a su juicio no fueren idóneas para ofrecer algún elemento de convicción, expresándose siempre cuál sea el criterio del Juez respecto de ellas.

Esta norma prevé que el juez para establecer los hechos debe examinar toda cuanta prueba se haya incorporado en el proceso. Por consiguiente, constituye una regla de establecimiento de los hechos.

En efecto, el examen de las pruebas constituye el soporte o presupuesto necesario para fijar los hechos ocurridos en el caso concreto, y el mentado artículo 509, impone al jurisdicente el deber de analizar el mérito probatorio de toda prueba incorporada en el proceso. Esto es, le indica que para fijar los hechos debe dar cumplimiento al mandato contenido en esa norma.

Por consiguiente, si el juez omite valorar alguna prueba, infringe por falta de aplicación el artículo 509 del Código de Procedimiento Civil, y comete un error de juicio, previsto en el ordinal 2 del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil. Este tipo de motivo del recurso de casación sólo procede, cuando la infracción es determinante en el dispositivo del fallo.

No escapa a la consideración de quien suscribe que toda sentencia constituye un silogismo judicial en que la premisa mayor es la regla de carácter general, constituida por el Juez al seleccionar, integrar e interpretar las normas, preceptos o principios jurídicos que en abstracto prevén los hechos ocurridos en el asunto a resolver, y la premisa menor de ese silogismo, constituida por la

determinación de la controversia, el examen de las pruebas, la posterior fijación de los hechos demostrados y su calificación jurídica, es decir la aplicación del derecho al caso concreto.

Igualmente, cabe señalar que este silogismo final está precedido por una serie de silogismos instrumentales, entre los cuales se encuentran las conclusiones jurídicas del juez respecto del mérito de las pruebas consignadas en el juicio.

Este razonamiento permite determinar que la labor de examen de las pruebas y de establecimiento de los hechos, forma parte de la premisa menor del silogismo judicial en que se sustenta el dispositivo de la decisión.

De conformidad con lo previsto en el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil, esta labor es propia de los jueces de instancia, salvo los casos de excepción en los cuales la Sala, pese a ser un tribunal de derecho, puede revisar la labor de los mismos al juzgar los hechos. Esta norma establece lo siguiente:

Artículo 320. En su sentencia del recurso, de casación la Corte Suprema de Justicia, se pronunciará sobre las infracciones denunciadas, sin extenderse al fondo de la controversia, ni al establecimiento ni apreciación de los hechos que hayan efectuado los Tribunales de Instancia, salvo que en el escrito de formalización se haya denunciado la infracción de una norma jurídica expresa que regule el establecimiento o valoración de los hechos, o de las pruebas, o que la parte dispositiva del fallo sea consecuencia de una suposición falsa por parte del Juez, que atribuyó a instrumentos o actas del expediente menciones que no contiene, o dio por demostrado un hecho con pruebas que no aparecen en autos o cuya inexactitud resulta de actas e instrumentos del expediente mismo.

Podrá también la Corte Suprema de Justicia extender su examen al establecimiento o valoración de los hechos, cuando tratándose de pruebas no contempladas expresamente en la ley, el Juez las haya admitido o evacuado sin atenderse a la analogía a que se refiere el Artículo 395 de este Código, o no las haya apreciado según las reglas de la sana crítica a que se refiere el Artículo 507 ejusdem...

La disposición legal transcrita, como se reseñó, permite a la Sala extender sus funciones al establecimiento o valoración de los hechos que hayan efectuado los jueces de instancia, en los siguientes casos de excepción:

1º) Denuncia de infracción de una norma jurídica expresa que regule: a) el establecimiento de los hechos, b) la valoración de los hechos, c) el establecimiento de las pruebas, o c) la valoración de las pruebas. Y,

2º) Denuncia de alguna de las tres hipótesis de suposición falsa, porque el sentenciador de alzada: a) atribuyó a instrumentos o actas del expediente menciones que no contiene, o b) dio por demostrado un hecho con pruebas que no aparecen en autos, o c) cuya inexactitud resulta de actas e instrumentos del expediente mismo.

El primer grupo refiere los casos en que el juez comete un error de derecho, al juzgar los hechos, pues, lo denunciado es la infracción de normas jurídicas que regulan el establecimiento o valoración de los hechos o de las pruebas.

El segundo grupo comprende los errores de hecho cometidos por el sentenciador al juzgar los hechos, por cuanto abarca los errores de percepción en el examen de las pruebas que llevan al juez a establecer un hecho falso, el cual no tiene soporte probatorio. En estas hipótesis, el juez no se equivoca al aplicar la norma jurídica, sino al establecer hechos expresos, positivos y precisos, bien al señalar que el hecho consta de una determinada prueba y al examinar esta se observa que no contiene mención alguna al referido hecho, o bien el sentenciador fija el hecho con base en una prueba que no existe, o cuya inexactitud resulta de actas e instrumentos del expediente mismo. En estos casos, el error de hecho conduce por vía de consecuencia a un error de derecho, pues al variar la hipótesis fáctica por resultar falso el hecho establecido en el caso concreto, no existe correspondencia lógica con la norma jurídica aplicada y, por ende, esta última resulta infringida por falsa aplicación.

Lo expuesto permite determinar que en todas las hipótesis previstas en el artículo precitado 320 del Código de Procedimiento Civil, el sentenciador infringe normas jurídicas, sea de forma directa o indirecta, y por esa razón, no constituyen motivos autónomos del recurso de casación, sino están comprendidos en el ordinal 2 del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil.

Este razonamiento pone de manifiesto que el error de juzgamiento puede ser cometido: a) en la interpretación o aplicación de las normas sustantivas o adjetivas para resolver la controversia; b) en la interpretación y aplicación de las normas que regulan el establecimiento y apreciación de los hechos y de las pruebas; y c) en la aplicación de las normas en que fue subsumido el hecho expreso, positivo y preciso, el cual resulta falso, por tener soporte probatorio.

La primera hipótesis conforma la premisa mayor del silogismo y los motivos de derecho de la decisión, en cuyo caso la Sala se limita a examinar si el derecho fue correctamente aplicado, por lo que no puede extenderse al establecimiento o apreciación de los hechos que hayan efectuado los jueces de instancia, ni pronunciarse sobre el fondo de la controversia, salvo que se trate

de una casación sin reenvío. El error de derecho cometido por el juez, debe constatarse del pronunciamiento contenido en la sentencia recurrida, sin que resulte necesario examinar las otras actas que integran el expediente.

Por otra parte, las dos últimas hipótesis, constituyen la premisa menor del silogismo y los motivos de hecho de la decisión. En el examen de estas denuncias, la Sala puede excepcionalmente extenderse al establecimiento o apreciación de los hechos que hayan hecho los jueces de instancia, y para cumplir esta actividad tiene la facultad de examinar otras actas del expediente, distintas de la sentencia impugnada en casación.

Las precedentes consideraciones permiten concluir que el artículo 509 del Código de Procedimiento Civil, constituye una regla de establecimiento de los hechos, pues le indica al juez que para fijar los hechos debe valorar todas las pruebas incorporadas en el expediente. Esta es una de las modalidades previstas en el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil, que permite a la Sala examinar las actas procesales y extenderse al establecimiento y apreciación de los hechos y de las pruebas. En consecuencia, la falta de valoración de algún medio probatorio comporta la infracción por falta de aplicación del artículo 509 del Código de Procedimiento Civil, la cual constituye una regla de establecimiento de los hechos, motivo este previsto en el artículo 320 eiusdem, el cual constituye una de las modalidades del error de juzgamiento establecido en el ordinal 2° del artículo 313 del mismo Código.

Este razonamiento no persigue el establecimiento de una técnica rigurosa cuyo incumplimiento determine la desestimación de la denuncia. Por el contrario, el propósito es ampliar las razones que soportan el cambio de doctrina respecto del vicio de silencio de prueba, y las que me permitieron, compartir con el Ponente la responsabilidad de la publicación del fallo que la contiene, y explicar de esta manera con mayor detenimiento cómo el referido vicio constituye una infracción de ley.

Ahora bien, para la procedencia de este tipo de denuncias, el artículo 312 del Código de Procedimiento Civil, exige que la infracción de derecho sea determinante en el dispositivo de la sentencia, pues de lo contrario la casación sería inútil.

Corresponderá a la Sala determinar en cada caso, la influencia del examen de la prueba en la decisión. A título de ejemplo, puede mencionarse los siguientes casos:

1. La prueba silenciada se refiere a hechos manifiestamente impertinentes con los discutidos en el proceso, como ocurre si en el interdicto por despo-

jo, el juez 2. El medio probatorio es ineficaz, pues no fue promovido y evacuado de conformidad con los requisitos exigidos en la ley, como sucede, cuando las pruebas documentales promovidas por los litigantes, omite el análisis de un recibo antiquísimo que fue consignado como modelo de una cancelación, idéntica a la pretendida, el cual es emanado de un tercero ajeno al juicio y no fue ratificado. Se denuncia el silencio de dicha prueba, es este modo había que casar la sentencia recurrida para su valoración, en la cual el juez diga, que el documento no fue ratificado en el proceso (artículo 431 CPC) y por ello, no tiene valor alguno; es decir proferir una nueva decisión para señalar tan evidente declaratoria.

3. La prueba que no fue analizada se refiere a hechos que resultaron establecidos por el juez, con base en otra prueba que por disposición legal tiene mayor eficacia probatoria, como ocurre si en un juicio por reivindicación el juez hubiese silenciado un documento privado, y si hubiese valorado un documento público, ambas referida a la propiedad del inmueble, pues en ningún caso el primero podría enervar la fuerza probatoria del segundo.
4. La prueba silenciada es manifiestamente ilegal, pues la ley dispone que los hechos no pueden ser establecidos por un determinado medio de prueba; por ejemplo, el artículo 1.387 del Código Civil, prevé que no es admisible la prueba de testigo para probar la existencia de una convención celebrada con el fin de establecer una obligación o de extinguirla, cuando el valor del objeto excede de dos mil bolívares (Bs.2.000,00).
5. Los casos en los cuales se promueve una prueba sin indicar el objeto de la misma, lo cual impide al contrario cumplir el mandato del artículo 397 del Código de Procedimiento Civil, y al juez acatar lo previsto en el 398 eiusdem.

En los casos mencionados, existe una razón de derecho que impide el examen de la prueba, lo cual pone de manifiesto su ineficacia probatoria y, por ende, la imposibilidad de influir de forma determinante en el dispositivo del fallo.

Por último, es oportuno señalar que si el juez valora la prueba y le otorga un valor probatorio que no le corresponde por ley, no existe silencio de prueba, pues el juez sí se pronuncia sobre el medio incorporado al proceso, lo que existe es un error de juzgamiento, por haber infringido el juez una regla de valoración de la prueba, que es otra de las modalidades previstas en el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil.

Damos por concluido este breve resumen, parte del cual es material de la ampliación que la Sala ha proyectado en otras de sus decisiones, para afinar y fundamentar el criterio sustentado y del por qué de la nueva doctrina, que más allá de los argumentos explicativos y justificativos, la consideramos una forma plausible a la persuasión del lenguaje con el cual construimos y valoramos el mundo; esperando con dicha exposición continuar la apertura del tema, a fin de ir conciliando la esencia del fin perseguido.

Varios

Conferencia sobre ética de los profesionales del derecho

Sebastián H. Rodríguez

El presente artículo constituye un estudio preliminar sobre la ética de los profesionales del derecho, en el marco de la doctrina de la responsabilidad profesional.

El presente artículo se propone analizar la ética de los profesionales del derecho, en el marco de la doctrina de la responsabilidad profesional.

La ética de los profesionales del derecho es un tema que ha sido objeto de un creciente interés en los últimos años, debido a la importancia del rol que desempeñan en la sociedad. Este artículo se propone analizar la ética de los profesionales del derecho, en el marco de la doctrina de la responsabilidad profesional.

El presente artículo se propone analizar la ética de los profesionales del derecho, en el marco de la doctrina de la responsabilidad profesional.

El presente artículo se propone analizar la ética de los profesionales del derecho, en el marco de la doctrina de la responsabilidad profesional.

El presente artículo se propone analizar la ética de los profesionales del derecho, en el marco de la doctrina de la responsabilidad profesional.

El presente artículo se propone analizar la ética de los profesionales del derecho, en el marco de la doctrina de la responsabilidad profesional.

Conferencia sobre ética de los profesionales del derecho*

Moisés Hirsch Batist

Me es muy grato encontrarme con ustedes, jóvenes estudiantes universitarios que inician sus pasos en los estudios jurídicos.

Encontrarse con la primavera de la vida reconforta el espíritu y renueva las esperanzas.

Con esta disposición anímica quiero agradecer al ilustrado jurisperito, Dr. José Guillermo Andueza, decano de la Facultad de Derecho de la Universidad José María Vargas, por la oportunidad que me dio de compartir con ustedes unos momentos de su tiempo de estudio.

Así mismo, quiero agradecer a mi buen y noble amigo, Dr. Julio Dávila Cárdenas, quien leyó mi manuscrito y me dio valiosos consejos.

Iniciaremos entonces jóvenes estudiantes nuestra conferencia con algunas generalidades sobre la ética, para que más adelante puedan entender mejor la problemática de la ética del profesional del derecho.

* Conferencia dictada por el doctor Moisés Hirsch Batist el día jueves 28 de septiembre de 2000, a los estudiantes que cursan el primer año de dicha carrera en la Facultad de Derecho de la Universidad José María Vargas, de Caracas.

PRIMERA PARTE GENERALIDADES SOBRE LA ÉTICA

Es difícil afrontar un tema, un problema, una conducta, sin plantearse una cuestión ética:

¿Cuál es nuestra responsabilidad? ¿Cuál es la justificación de nuestro comportamiento? ¿Por qué debemos actuar conforme a los principios morales? ¿Cómo resolver situaciones polémicas? ¿Cuáles son las opciones éticas? En definitiva ¿de qué vale la ética?

Ética deriva del griego *ethos* y tiene dos significados: hábito o costumbre y modo de ser o carácter. Sinónimo de la ética es la moral.

La ética nos permite justificar nuestra conducta en función de los valores morales expresados en normas morales que deben considerarse más como consejos que como imposiciones. La obligatoriedad parte de la convicción, de la existencia real de una instancia ética en el ser humano.

¿Qué es la ética?

En primer lugar debe advertirse que no se trata de prohibiciones. En segundo término debe precisarse que la ética no es un sistema ideal, teórico, sin validez práctica. Esto significa que un juicio ético que no sea válido en la práctica, padece de un defecto práctico. El tercer rasgo de la ética es su bondad. La ética es buena en sí, o sea no necesita de otro soporte. Una conducta ética no requiere que se crea en el cielo o en el infierno. Aquí está precisamente el libre albedrío, la libertad y la responsabilidad del ser humano. Se rechaza entonces el fatalismo. En cuarto lugar debe señalarse que la ética no es relativa y no es subjetiva. Y, finalmente, la ética tiene una connotación universal. Como ustedes saben, en el siglo XX recién concluido, se ha afirmado y cobró vigencia la universalidad de los derechos humanos en razón de la inherente dignidad de la persona humana. Precisamente, en virtud de esta misma razón, la ética tiene un carácter universal.

Ahora bien, ¿qué es un juicio moral? ¿qué es un problema ético? ¿qué es vivir de acuerdo con los valores éticos?

Una primera aproximación a la conducta ética sería la justificación de esta conducta, o sea la razón de la misma. No obstante se debe advertir que no puede ser cualquier razón, por cuanto los actos en interés propio deben ser compatibles con principios éticos más amplios y en este sentido encontramos,

por ejemplo, en la Biblia, el mandamiento "*ama a tu prójimo como a ti mismo*" (claro está que para satisfacer este mandamiento la persona debe empezar por amarse y estimarse a sí misma), o en la obra de Kant, el denominado *imperativo categórico* que en su esencia puede expresarse así: Para que tu comportamiento sea aceptable, él debe tener la capacidad de convertirse en conducta universal. Por supuesto, respecto al imperativo enunciado es necesario precisar que no se trata de cualquier conducta universal, sino de una conducta cónsona con la dignidad de la persona humana. Cada ser humano es un ser digno y merece respeto.

La ética requiere que vayamos más allá del *yo* y del *tú*, que vayamos a lo universal. No sólo mi interés, también los intereses de los demás. Porque la persona humana es un ser social, él vive en la sociedad y la sociedad vive en él.

¿Por qué debemos actuar moralmente?

Esta no es una interrogante *DENTRO* de la ética, sino una interrogante *SOBRE* la ética.

El rasgo principal de la ética, es como se dijo antes, su carácter universal. La respuesta entonces a la pregunta ¿por qué debo actuar moralmente? Encuentra su justificación en su aceptación universal y en las sanciones legales o presión social en el caso de su incumplimiento.

Ahora bien, ¿cuáles son los universales éticos?

Al respecto podemos considerar:

1. **El reconocimiento.** El valor ético es una simbiosis de la humanidad propia y la del otro.
2. **La reciprocidad.** Se trata de una relación entre deberes y derechos.
3. **La compasión.** En este contexto nos referimos a la simpatía por el sufrimiento o alegría ajenos. Oportuno aquí y ahora es recordar una bella reflexión sobre el tema: *No preguntes por quién doblan las campanas. Ellas doblan por ti.*
4. **La conservación.** Debemos defender los lazos individuales o colectivos, la autoafirmación de lo vital, manteniendo la tradición y proyectándola hacia el futuro.
5. **La potenciación.** El valor ético tiende a acrecentarse. La buena conducta invoca otra buena conducta y expulsa la mala.

6. **La coherencia.** Los valores éticos forman un conjunto cuyas partes se equilibran. No hay contradicción entre los valores éticos. Ellos se retroalimentan y fortalecen entre sí.
7. **La excelencia.** La vocación de la personalidad moral es la perfección no como competición con logros ajenos (vanidad) sino como superación de los límites propios (orgullo)
8. Y, precisamente, relacionado con el orgullo en sentido positivo, siguiendo a Fernando Savater, consideramos ahora **el amor propio**, como fundamento de la ética. Los valores se encuentran en la dimensión consciente y creadora de la personalidad humana y no es una autoridad suprahumana. Se trata de la voluntad humana, es un querer o un rechazar, nunca un desinterés. La voluntad se quiere a sí misma y éste es el amor propio. La moral es el libre juego del amor propio, el reconocimiento de lo humano por lo humano. El contenido profundo del amor propio es la afirmación de la vida, la memoria en lugar del olvido. El sentido en lugar de lo absurdo. El orden versus el caos. El entendimiento frente al aburrimiento. La belleza en lugar de la corrupción. La libertad versus necesidad.

¿Cuál es el contenido de la ética?

El contenido de la ética es la práctica de las virtudes, pero ¿qué es una virtud? Es la razón junto con el querer, educación y costumbre. La virtud logra que el individuo sea humano (en el sentido de su dignidad) por su propio esfuerzo y con el concurso de los demás.

La virtud surge en el cruce del hecho biológico (hominización) y la exigencia cultural (humanización): la virtud es nuestra manera de ser y actuar humanamente.

Se enseña que la virtud es la disposición adquirida de hacer el bien, es el esfuerzo para comportarse bien. De manera que las virtudes son nuestros valores morales vividos y necesarios.

Considerando el tema que nos ocupa, nos detendremos sobre algunas virtudes:

La cortesía: Me refiero al respeto de los buenos modales (eso no se hace) que precede a lo moral (eso no debe hacerse).

La fidelidad: Es la virtud de lo mismo. Se trata de una memoria fiel a lo que vale, a la verdad, a lo que impone el deber moral, a la ley, a la humanidad del hombre. "Toda moral, como toda cultura, viene del pasado. Sólo existe la moral fiel".

La prudencia: Es una virtud intelectual que permite discernir lo que es bueno o malo para el hombre y actuar en consecuencia como conviene. Es el sentido común al servicio de las virtudes y de los fines. Es el arte de evaluar. Permite separar la acción del impulso. La prudencia determina lo que debe elegirse y evitarse. La prudencia aconseja y se convierte en virtud cuando está al servicio de un fin estimable.

La moderación: Nos torna dueños de nuestros placeres, en lugar de sus esclavos. A través de ella logramos la independencia.

El coraje: Es la capacidad de vencer el miedo, pero para que sea una virtud no debe servir motivaciones egoístas, sino estar al servicio de una causa generosa. El coraje es singular, es personal. El coraje intelectual, por ejemplo, induce al rechazo a someterse a otra cosa que a la verdad. Coraje es voluntad, es decisión y actúa en el presente. No se es valiente dentro de un mes o dentro de diez años. No se trata de ser valiente mañana.

La justicia: Es absolutamente buena, es buena en sí. La vida carece de valor sin justicia. Se considera a la justicia en dos sentidos: como conformidad al derecho y como igualdad o proporción. "Lo justo se conforma a la ley y respeta la igualdad y lo injusto contraría la ley y carece de igualdad". En este contexto, me permito hacer una pequeña digresión y precisarles que en la actualidad, cuando se aborda el tema de la igualdad, se sostiene que ésta tiene aceptación, sólo si se afirma el derecho a la diferencia. Es decir, iguales, pero con el derecho a ser diferentes.

La legalidad permite el estado de derecho, el ejercicio de la autoridad.

La justicia, sin embargo, es más que la ley y concierne más a la moral que al derecho. Por ejemplo, pueden haber leyes injustas, discriminatorias en sentido negativo. Se debe defender y obedecer la ley, pero no en detrimento de la justicia. Lo deseable es que la ley y la justicia caminen juntas. Por último, la justicia se relaciona con la equidad, o sea, dar a cada uno lo suyo.

La generosidad: Es la virtud del don. No se trata de dar a cada uno lo suyo, sino regalarle lo que tú tienes y a él le falta y necesita. La generosidad y la justicia se complementan. La primera es más afectiva, más subjetiva. En tanto, la justicia es más objetiva. La generosidad encuentra su motivación en la solidaridad, que a su vez se refleja en una situación de hecho, en un estado de interdependencia. La generosidad genera autoestima y es contraria al egoísmo.

Me permito concluir el tema de la generosidad citando a *André Comte-Sponville*, el autor del *Pequeño Tratado de las Grandes Virtudes* (fuente de

nuestras consideraciones expuestas con anterioridad): "La generosidad como todas las virtudes es plural, tanto en su contenido como en los nombres con que se la designa. Unida al coraje puede ser heroísmo. Unida a la justicia se convierte en equidad. Junto a la compasión deviene en benevolencia. Junto a la misericordia ya es indulgencia. Pero su nombre más bello es su secreto, y todos lo conocemos: unida a la dulzura se llama bondad" (fin de la cita)

En definitiva, como la sabiduría enseña, el buen corazón encierra todas las virtudes.

Para terminar el pequeño bosquejo sobre las virtudes considero oportuno mencionarles la simplicidad y la buena fe.

La simplicidad: No es una virtud agregada a la existencia. Es la existencia misma. Es contraria a la complejidad, a la pretensión. La simplicidad impide el extravío, el alejamiento de lo real. Es libertad, es transparencia. Es la verdad de las virtudes.

La buena fe: Rige la relación con la verdad. Es el amor o el respeto por la verdad. Esto no significa que la buena fe valga como certeza, lo que se quiere decir es que el hombre de buena fe dice lo que cree y cree lo que dice, incluso si se equivoca. De tal manera que la buena fe, es una creencia y una fidelidad. También se llama sinceridad y es el reverso de la mentira y de la hipocresía. La persona de buena fe no engaña al otro y no se engaña a sí misma. Es bueno recordar aquí y ahora una bella reflexión de *Charles Dickens*, "el mayor embustero no es quien engaña a los demás, sino quien se engaña a sí mismo".

La buena fe regula nuestras relaciones con los demás y con nosotros mismos. Ella debería ser la virtud por excelencia de los intelectuales. *Homo loquax*: *homo mendax*, dice un aforismo antiguo, el hombre es un animal que puede mentir y que miente y esto torna la buena fe, lógicamente posible y moralmente necesaria. Virtud sin buena fe, no es virtud.

En los últimos tiempos, considerando que el discurso moral se dirige a un amplio universo de personas con distintas formaciones y convicciones y por la misma crisis de valores éticos existente: la ética de las almas bellas tiene poco porvenir, afirma Fernando Savater, se fundamentó el comportamiento ético sobre un denominador común de manera que la diversidad confluya hacia un solo destino y éste no es otro que la **responsabilidad**, incluso los teóricos la denominan, la verdadera moral. No obstante, el principio de la responsabilidad no contradice las otras virtudes. Implica dicho principio la voluntad de

responder por sus propios actos y consecuencias. La capacidad de afrontar situaciones difíciles, incluso decisiones dolorosas.

La responsabilidad es una manifestación de libertad humana, de evaluación de una conducta y de sus consecuencias.

La responsabilidad moral es un asunto de conciencia individual, pero también puede ser colectiva, cuando se trata de una organización. La dificultad en este caso, consiste en trasladar la responsabilidad colectiva a la sanción individual. Lo que se afirma aquí y ahora, por supuesto que no excluye la responsabilidad colectiva. Por ejemplo, la responsabilidad del Estado por los crímenes de lesa humanidad o por la violación de los derechos humanos, que no encuentran una solución de justicia en su propia jurisdicción.

Para entender qué es la responsabilidad moral, veamos primero sucintamente **¿qué es la responsabilidad jurídica?**

La responsabilidad en el derecho positivo se refiere a actos objetivos, responsabilidad por daños causados, por el mal causado, con la consecuente obligación de resarcimiento. Aquí interviene el juez, quien por una parte, impide la venganza personal y por otra, asegura la reparación del daño.

La responsabilidad jurídica implica: UNA CAUSA (que es independiente de la falta), LA NATURALEZA NEGATIVA DEL ACTO Y SUS CONSECUENCIAS Y LA VÍCTIMA. A todo ello se agrega UN PASADO (la responsabilidad se plantea después del acto nocivo), UNA INDEMNIZACIÓN POR EL DAÑO Y UNA OBLIGACIÓN DE RESPONDER POR EL ACTO.

Ahora bien, a diferencia del concepto jurídico, **la responsabilidad moral** implica un compromiso: voy a responder por mis actos. El tiempo aquí cambia. Si en lo jurídico se pregunta ¿cuál fue la causa? En lo moral, la persona se proyecta hacia el futuro: voy a hacer tal cosa. Esto significa que tengo deberes. Si voy a cumplir, quiere decir que actuaré bien, si no, actuaré mal. Este compromiso hacia el futuro me crea un campo de actuación, una libertad, pero esto no significa que puedo actuar de cualquier manera, porque tengo que respetar los derechos de otros y precisamente es esta realidad, la que confiere una dimensión moral a la responsabilidad. Por ejemplo, en una empresa, el jefe que piensa que es responsable, sabe que va a responder ante los clientes o sus empleados. Así mismo, la responsabilidad moral implica un riesgo. Se dice: asumo esta responsabilidad, más que: asumo este cargo. Uno no nace responsable. Se hace responsable. La responsabilidad se logra a través de la educación y de la práctica.

¿De qué soy responsable cuando de responsabilidad moral se trata?

En primer término, del ámbito sobre el cual ejerzo mi responsabilidad: un cuadro, un barco, una casa, el estudio de una carrera universitaria, etc.

En segundo lugar, la pregunta: **¿de quién soy yo responsable?**: el piloto del avión, de sus pasajeros; el dueño de la fábrica, de los obreros que laboran en ella; el profesor, de sus alumnos por la enseñanza que les transmite; el abogado, de sus clientes por su asistencia jurídica; el juez, de los justiciables en el acto de administración de justicia.

Por otra parte, el principio de responsabilidad permite y fortalece el ejercicio de las virtudes y su práctica conduce forzosamente a la responsabilidad.

La responsabilidad moral orienta las virtudes y por supuesto constituye un freno a la conducta impropia.

Concluida la primera parte relacionada con las generalidades sobre la ética, pasamos ahora a la segunda parte de la exposición, referida específicamente a la ética del abogado y del juez, con la advertencia que debemos considerar siempre presentes los valores éticos expuestos con anterioridad.

SEGUNDA PARTE

LA ÉTICA DEL ABOGADO Y DEL JUEZ

Observación preliminar

La nueva Constitución venezolana de 1999 consagra un rol preeminente a la ética. Así, por ejemplo, el artículo 2º establece que el Estado propugna como valor superior la ética; el artículo 273 creó el Consejo Moral Republicano, en el marco del nuevo Poder Ciudadano que tiene a su cargo prevenir, investigar y sancionar los hechos que atenten contra la ética pública y la moral administrativa.

Así mismo, encontrarán ustedes en las leyes de la República, específicamente en los códigos procedimentales, normas éticas en el marco del ejercicio de la profesión, plasmados en códigos deontológicos. Relacionado con el tema que nos ocupa, tenemos en el ordenamiento jurídico venezolano, el Código de Ética del Abogado y referente al Juez, por el momento, el artículo 267 de la Constitución consagra la jurisdicción disciplinaria y le atribuye a la Asamblea Nacional el deber de dictar el Código de Ética del Juez Venezolano.

Las anteriores consideraciones nos permiten ahora abordar la segunda parte de nuestra exposición, referida a la ética del abogado y la del Juez.

1. *La moral del abogado*

El estudiante de derecho es la personalidad embrionaria del abogado y del juez de mañana.

Ustedes, jóvenes estudiantes, adquirirán los hábitos de las virtudes del profesional del derecho, desde la iniciación de su carrera universitaria. Para ello tienen que obrar en su espíritu.

La abogacía es una **profesión noble** que requiere de una permanente moralidad profesional, de una actuación que implica rectitud de ánimo, integridad y honradez: el abogado no debe prestar sus servicios a pretensiones deshonestas.

No se puede ser abogado sin ser probo: "El talento sin probidad es un azote", enseña el Libertador, Simón Bolívar.

El abogado **debe ser honrado**. En realidad ¿cómo se puede vivir sin honor? He aquí una clásica pregunta retórica, o sea una pregunta que no requiere respuesta.

Los abogados son sacerdotes de la justicia porque son cultores de la justicia.

El abogado debe ser **virtuoso**. Es decir, "vivir honestamente, no dañar a nadie, dar a cada uno lo suyo" (*honeste vivere, neminem laedere, suum cuique tribuere*), enseña la antigua jurisprudencia, o sea la antigua filosofía del derecho.

El abogado debe actuar con **lealtad**. Esto significa que no debe alterar la verdad, es decir, afirmar hechos falsos o distorsionar los textos jurídicos.

Es el **deber de las partes y de los abogados de comportarse en juicio con probidad y lealtad**. Estos valores están consagrados, entre otras disposiciones, en los artículos 17, 18, 98 y 170 del Código de Procedimiento Civil. A título ilustrativo les leo el último artículo mencionado:

Las partes, sus apoderados y abogados asistentes deben actuar en el proceso con lealtad y probidad. En tal virtud, deberán:

1. *Exponer los hechos de acuerdo a la verdad;*
2. *No interponer pretensiones ni alegar defensas ni promover incidentes, cuando tengan conciencia de su manifiesta falta de fundamentos;*
3. *No promover pruebas, ni realizar, ni hacer realizar, actos inútiles o innecesarios a la defensa del derecho que sostengan.*

Parágrafo Único: Las partes y los terceros que actúen en el proceso con temeridad o mala fe son responsables por los daños y perjuicios que causaren. Se presume, salvo prueba en contrario, que la parte o el tercero han actuado en el proceso con temeridad o mala fe cuando:

1. *Deduzcan en el proceso pretensiones o defensas, principales o incidentales, manifiestamente infundadas;*
2. *Maliciosamente alteren u omitan hechos esenciales a la causa;*
3. *Obstaculicen de una manera ostensible y reiterada el desenvolvimiento normal del proceso.*

Respecto a las partes, el abogado debe prestar sus servicios de una manera eficiente (artículo 31 del Código de Ética del Abogado), o sea, con capacidad profesional y diligencia y atender el caso hasta su conclusión, excepto los casos previstos en los artículos 35, 36 y 37 de este mismo Código, cuando se afecta su dignidad o el patrocinado incumple con las obligaciones morales o materiales.

El abogado antes de litigar **debe tratar de conciliar a las partes**, excepto la materia penal o asuntos de interés público.

El abogado **debe ser discreto y guardar el secreto profesional** en asuntos de orden privado. La discreción fortalece la relación entre el abogado y su cliente, tal como lo señalan los artículos 25 y 28 del citado Código.

En cuanto a **los honorarios**, el abogado no debe solicitar del cliente una parte de la cantidad o intereses ventilados en el juicio (lo que se denomina contrato de *cuota litis*) conforme a los artículos 39 y 40 del Código de Ética, incluso, este pacto constituye una prohibición legal conforme al artículo 1.482 del Código Civil. En efecto, el artículo 39 del Código de Ética, prevé que el abogado al estimar sus honorarios deberá considerar que el objeto esencial de la profesión es el servicio a la justicia y colaborar en su administración, sin hacer comercio de ella...el abogado cuidará de que su retribución no peca por exceso ni por defecto, pues ambos extremos son contrarios a la dignidad profesional.

Respecto a sus colegas y al gremio, el abogado debe observar la cortesía, el respeto y la solidaridad. El Código de Ética, artículo 53, expresa que constituye falta grave que un abogado cobre honorarios a su colega y el artículo 59 *eiusdem*, establece como deber imperativo del abogado, sostener al Colegio al cual pertenece y pagar puntualmente las cuotas y contribuciones requeridas.

EL ABOGADO Y EL SISTEMA DE JUSTICIA

En la nueva Constitución de la República de 1999, el artículo 253 prevé que los abogados forman parte del sistema de justicia del país. Como parte de este sistema, los abogados deben fomentar una relación de confianza recíproca con los jueces y resolver las dudas de una manera transparente para satisfacer los intereses de las partes y de la justicia. Este deber del abogado está consagrado en el artículo 47 del Código de Ética.

El abogado en el ejercicio de la función pública o en el ejercicio privado de la profesión debe conservar su **dignidad e independencia**, actuar conforme a su conciencia, rechazando todo lo que contrarie a la justicia y la libertad de defensa.

La **publicidad** en lo referente al ejercicio de la profesión no debe tener un contenido comercial y no deben prometerse resultados y ventajas especiales. Simplemente debe contener la identidad del abogado, su especialidad y dirección (artículo 10 del Código de Ética).

El abogado no puede hacer uso de los medios de comunicación social para citar a presuntos deudores.

El **prevaricato** es considerado como el más indigno de los delitos abogadiles. El artículo 30 del Código de Ética, prevé:

El abogado que ha aceptado prestar su patrocinio a una parte, no puede, en el mismo asunto, encargarse de la representación de la otra parte, ni prestarle sus servicios en dicho asunto, aun cuando ya no represente a la contraria.

El Código Penal (artículo 251) considera la prevaricación como un delito contra la administración de justicia.

Así mismo le es prohibido al abogado la **competencia desleal y sustitución de colegas**, esto significa que él debe asegurarse antes de aceptar un caso de que ningún colega ha sido encargado previamente del mismo (art. 55 y 56 del Código de Ética).

En definitiva, se trata del ejercicio de la profesión en forma leal, solidaria y recta.

2. La ética del juez

Las virtudes expuestas en la primera parte de nuestra exposición, por su universalidad y precisamente por esta misma característica, son válidas para el

Juez. Pero en cuanto a él, en razón de sus funciones de juzgar, resolver y decidir las controversias judiciales, los deberes éticos del Juez presentan una connotación específica.

En razón del tiempo que me fue asignado para la presente conferencia y de su objetivo me voy a referir a algunos aspectos del Código de Ética del Juez Venezolano, tomando como base el proyecto que redacté en el año 1999. Es oportuno advertir que en Venezuela aún no existe un Código de Ética del Juez, sin embargo, es de esperar que en un futuro próximo tendremos un código sobre la materia por cuanto la misma Constitución de la República, artículo 267, en concordancia con la Disposición Transitoria Cuarta, ordinal 5º, requiere de la Asamblea Nacional, dictar dicho código en el término de un año, desde la fecha de su instalación.

Estimo que desde ahora, desde el inicio de su carrera universitaria, ustedes jóvenes estudiantes deben tener una orientación sobre la ética del Juez, porque él se encuentra en el centro del acto de administración de justicia. Es él quien aplica el derecho con carácter vinculante. Es él quien en definitiva y principalmente resuelve las controversias judiciales.

Además, sus estudios universitarios les permitirán ejercer la judicatura y son ustedes los llamados en el futuro a ejercer este extraordinario rol de juzgar a los demás.

Aquellos que lleguen a cumplir con esta noble y difícil tarea, recuerden que con toda la sabiduría que adquieran a lo largo de los años, tengan presente en un recóndito lugar de su corazón y de su mente cuatro modestas preguntas que reconfortarán su espíritu: ¿quién soy yo y qué soy yo para juzgar a los demás? Y si no soy yo ¿quién? Y si no ahora ¿cuándo?.

Siguiendo el hilo de la conferencia me voy a referir a los siguientes aspectos relacionados a la ética del juez.

LOS PROPOSITOS DEL CÓDIGO DE ÉTICA

- A. Establecer pautas de conducta a los jueces, fortalecer su conciencia, sin perjuicio de la propia formación ética y moral del juez sino más bien reflejarla y enriquecerla.
- B. Disminuir los riesgos de autojustificación de conductas personales por falta de estándares ciertos y claros.
- C. Promover la educación ética, lograr una mejor capacitación y estímulo en la función judicial.

- D. Fortalecer la confianza pública en el acto de administración de justicia y brindar a la sociedad parámetros para valorar la actividad y conducta del juez.
- E. Combatir la corrupción.
- F. El Código de Ética no es un recetario pero sí aspira a auxiliar a los jueces a descubrir y hacer valer sus virtudes.
- G. El Código de Ética del Juez no se refiere únicamente a los jueces, su destino también es ayudar al público para mejor entender el rol de los jueces.

RESPONSABILIDAD ÉTICA DEL JUEZ

En razón de la capacidad de actuar libre y conscientemente, sin imposición de la ley, la responsabilidad ética consiste en comprometerse a responder tanto respecto a sí mismo como ante los demás, en lo que se debe hacer, se hace o se deje de hacer.

La responsabilidad ética del juez es a priori un valor en sí, penetra en su conformación moral, definiendo el uso de sus cualidades y funciones.

El juez administra el acto de justicia de una manera idónea si es consciente de la primacía e intensidad del principio moral de la responsabilidad, en los integrantes de la sociedad.

Para la ética jurídica, el acto de juzgar constituye una simbiosis entre la responsabilidad moral de los justiciables y la del juez. Dicha responsabilidad se reconoce y se justifica en un marco de reciprocidad.

La responsabilidad, condición indispensable de la función judicial, se acrecienta en relación con:

- 1º La independencia del juez;
- 2º La democracia de la opinión;
- 3º La imagen de la justicia;
- 4º La personalización del acto de justicia;
- 5º La vigencia de la normativa supranacional;
- 6º El rol del juez como intérprete de la ley;
- 7º Los deberes extrajudiciales del juez;
- 8º El proceso de crisis de los valores;

9° La dinámica de las realidades.

La **responsabilidad deontológica** del juez se caracteriza, entre otras, por:

- 1° La rigurosidad, lealtad, integridad y concientización de sus deberes;
- 2° La sumisión a la ley ya que él mismo es enjuiciable por la ley que invoca en el ejercicio de su función;
- 3° El compromiso con los fines de la justicia, dedicación al servicio judicial y a la ética del trabajo;
- 4° Una sana gestión presupuestaria y seguridad en las condiciones laborales;
- 5° El requerimiento de desarrollo de las aptitudes exigidas para el desempeño de su cargo;
- 6° La exigencia de actuar con mayor sensibilidad frente a los desfavorecidos en la vida;
- 7° La defensa de los derechos humanos y la reafirmación permanente de la vigencia y fortaleza de los mismos;
- 8° El idóneo ejercicio de la función judicial en el sentido de que las sentencias faciliten el entendimiento de las razones decisorias y posibiliten la revisión judicial.

FORMACIÓN DEL JUEZ

Alcance sustantivo

El juez no es la "verdad jurídica encarnada". El juez se hace.

La formación constituye un derecho y un deber del juez, en términos de responsabilidad, en las áreas del saber, actuar y en el comportamiento del saber ser.

Por medio de la formación el juez alcanza la competencia para cumplir sus funciones judiciales, la integridad, independencia y eficacia, la máxima de experiencia y el sentido común.

La formación es un camino, es un proceso permanente a lo largo de la carrera judicial.

La formación constituye el punto de partida de la responsabilidad intelectual y moral del juez y se refiere:

- 1° a la formación profesional, o sea, la básica y la profundización del saber jurídico, tanto en su enunciado como en sus fines;

- 2° al conocimiento de la persona humana para entender las normas jurídicas y perfeccionarse a sí mismo.

Lenguaje y estilo

Las decisiones judiciales deben redactarse en un lenguaje y estilo apropiados, en orden lógico, con la finalidad de:

- 1° reflejar la controversia planteada, el desarrollo de los argumentos decisorios y el dispositivo;
- 2° justificarse en caso de impugnación por ante la jurisdicción superior;
- 3° que los justiciables y la sociedad en general entiendan y acepten el acto de justicia.

INDEPENDENCIA DEL JUEZ

La independencia constituye una condición indispensable del acto de administración de justicia en sí y ante la exigencia de la sociedad de su cumplimiento absoluto, el juez debe preocuparse de ser y parecer independiente.

La independencia del juez se logra mediante el apego a la ley y a la propia conciencia, debe desplegarse con efectos *erga omnes* y desarrollarse de una manera equitativa e imparcial, bajo el régimen del derecho.

La independencia del juez es indivisible y las instituciones y autoridades deben respetarla, protegerla y defenderla.

Las disposiciones anteriormente enunciadas requieren del juez:

- 1° ejercer sus funciones libre de cualquier interferencia o intimidación, de injerencia externa o interna del mismo poder judicial;
- 2° en el asunto que pudiera presentarse o del cual ya estuviere conociendo, debe rechazar toda tentativa de influir en su decisión, a menos que se trate de la invocación de un procedimiento legal;
- 3° tanto en un plano institucional como operacional debe favorecer y aplicar las medidas y concretar las garantías judiciales con el fin de preservar y acrecentar la independencia de la magistratura y asegurar la percepción razonable de la imparcialidad;
- 4° demostrar que observa las normas de conducta judicial, que favorece la aplicación de tales normas, con el propósito de generar y afirmar la confianza pública en el acto de justicia, de conformar una cultura de la inde-

pendencia en sus interlocutores y ejercitarla tanto en sus elementos individuales como institucionales: la confianza pública constituye la piedra angular de la independencia del juez.

5º defender su independencia en el acto de administración de justicia, lo cual no implica adoptar a ultranza una actitud adversa ante cualquier cambio estructural de la institución, que se origina en el ejercicio de las funciones legítimas de los demás poderes del Estado;

6º aceptar el control judicial. La independencia significa que las decisiones del juez son revisables, únicamente en vía de los recursos, a menos que se trate de un error inexcusable o de actos extraños a la naturaleza de sus funciones.

La opinión pública y las críticas no deben perturbar el ejercicio de la función judicial, no obstante, pueden constituirse en un motivo de reflexión para el juez.

El juez para salvaguardar la independencia no debe sustituir una dependencia por otra, por ejemplo, del poder político por las exigencias de la sociedad, o someterse a los prejuicios y pasiones, a la exaltación de su rol y de su imagen o de su carrera.

El juez es neutro, sereno, responsable, se autocontrola y es independiente respecto a sí mismo. No obstante, no debe perder nunca su humanismo.

IMPARCIALIDAD DEL JUEZ

La imparcialidad es la cualidad fundamental de honorabilidad del juez, es su primera responsabilidad. Posibilita la administración de justicia en un caso concreto y asegura la confianza en el acto de justicia en sí.

La imparcialidad se refiere a un juicio objetivo, a un estado de espíritu o a una actitud frente a las partes de equidistancia, de neutralidad técnica e implica una ausencia de prejuicio, de adversidad o favoritismo, reales o presuntos.

El juez no sólo debe ser imparcial sino tener la apariencia de serlo.

El juez debe ser imparcial y demostrarlo en sus decisiones a lo largo del proceso judicial. En este sentido debe observar que los procedimientos se desarrollen de una manera ordenada, eficaz, equilibrada y sin abusos. En cuanto a las decisiones, su argumentación debe ser el reflejo de una objetivización de la controversia y, la solución del caso, como la expresión del acto de justicia y no de un interés parcializado.

La imparcialidad se circunscribe, fundamentalmente, a la esfera judicial, no obstante, con el fin de preservar el estado cónsono con su función, el juez observa una conducta imparcial más allá del ejercicio del cargo. En este contexto debe evitar toda actividad o asociación de naturaleza cívica, política, económica, ideológica o religiosa que pueda arriesgar o debilitar su imparcialidad.

En el caso de un conflicto de intereses, el juez debe inhibirse o aceptar la recusación, considerando al respecto, la existencia de motivos dubitativos, en cuanto a su imparcialidad, según el criterio de una persona razonable, imparcial, de sentido común y bien informada.

La inhibición o recusación entonces, deben también estimarse a la luz del principio enunciado y no sólo según el criterio exclusivo del juez o según las causales preestablecidas en la ley.

IGUALDAD

El juez debe adoptar una conducta idónea para asegurar a todos un trato igual y digno, conforme a la ley y bajo el régimen de ésta.

La igualdad se manifiesta en la máxima: "la misma razón, el mismo derecho". No obstante, el juez debe estar consciente de las diferencias existentes, entre otras, de sexo, raza, creencias religiosas, discapacidades, características étnicas, culturales, orientaciones sexuales, condición social y esforzarse por entender y administrar el acto de justicia con estas realidades particulares y diversas, considerando que la igualdad es inseparable del derecho a la diferencia.

El juez, en casos excepcionales, puede tener un prejuicio favorable, en el marco de una discriminación positiva, respecto a determinadas categorías de justiciables y así contribuir a reformar u orientar la sociedad en un sentido más democrático y de justicia, por supuesto, sin lesionar el núcleo de los derechos de las partes.

DEBERES DEL JUEZ RESPECTO A LAS PARTES Y SUS APODERADOS

El juez debe actuar con respeto en relación con los demás, en virtud de la dignidad ontológica del ser humano, prescindiendo de su rol y estatus y estar consciente que su actuación tiene efectos sobre sí mismo y sobre el mundo exterior.

Es deber del juez deponer los prejuicios y las actitudes subjetivas negativas.

El juez debe tratar a los litigantes como personas, como sujetos que poseen una dignidad absoluta, "*homo noumenon*". Debe respetar a las partes y a sus apoderados.

El juez debe considerar las desigualdades existentes sin que esta conducta se convierta en perjudicial a la imparcialidad y a los intereses de la justicia.

El juez debe inhibirse cuando la ley y su conciencia así lo requieran.

El juez debe guardar el secreto profesional y no obtener provecho personal del conocimiento del caso, a menos que se trate de su defensa personal, en los procesos en su contra.

El juez debe exigir compostura y decoro a las partes.

El juez debe respetar las funciones y derechos de los abogados y comprender la discrepancia honesta. Las opiniones aunque divergentes enriquecen el acto de justicia.

El juez debe actuar en el caso de producirse faltas en la conducta ética del abogado.

El juez debe procurar atender en conjunto a las partes y a sus apoderados.

DEBERES DEL JUEZ RESPECTO DE SUS COLEGAS

Los jueces deben ser solidarios entre sí, en cuanto a los intereses del gremio, sin perjuicio de los intereses de la justicia y de la ética y compartir sus experiencias y conocimientos.

DEBERES DEL JUEZ RESPECTO A LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN

El juez en el ejercicio de la libertad de expresión, se manifiesta de una manera prudente y equilibrada; no propicia en sus declaraciones, entrevistas, artículos de prensa y otras actuaciones análogas, la publicidad de noticias en relación con su oficio, tanto en lo que le concierne directamente como en los asuntos judiciales en general. La sentencia es la voz del juez.

El juez evita la promoción judicial de índole personalizada a través de los medios de comunicación. Asimismo, se abstiene de utilizar esta vía para las críticas relacionadas con el acto de administración de justicia, casuístico o generalizado.

El juez garantiza la libertad de información, en relación con su oficio, a menos que el asunto judicial, tenga, excepcionalmente el carácter reservado.

CONCLUSIÓN

Para concluir la presente conferencia de una manera sucinta les expondré lo que a mi entender debe ser la personalidad moral del juez a la luz de las virtudes señaladas en la primera parte de la exposición y finalizaré con el *Decálogo del Abogado*, de Eduardo Couture.

LA PERSONALIDAD MORAL DEL JUEZ

La conciencia del juez es omnicomprendiva y abarca:

- 1º el derecho. Con fundamento en la conciencia constitucional aplica correctamente la normativa;
- 2º la conciencia institucional. Manifiesta el espíritu de cuerpo al cual pertenece, es decir, se corresponsabiliza con él;
- 3º la conciencia democrática. Sus decisiones, junto con otros actos de distintas autoridades, conforman la cultura de los valores de la democracia, por tanto, en este contexto, no debe asumir una actitud hostil hacia los otros poderes.

La conciencia omnicomprendiva del juez prevista en esta norma permite que sus decisiones obtengan la adhesión del juicio universal.

El juez debe cultivar las virtudes comunes en toda persona humana.

La honestidad como valor ético concierne a la personalidad e identidad del juez, su convicción y conciencia y, en este sentido, él debe sobreponerse a sus apetencias, deseos y necesidades. Además, en razón de sus poderes jurisdiccionales, la honestidad debe ser vista como una exigencia universal de los valores fundamentales de la sociedad: el del bienestar común, la democracia, la solidaridad, la convivencia pacífica y civilizada y la equidad social.

El juez debe actuar con apego a la rectitud, integridad de pensamiento y acción, por cuanto sin probidad no puede haber justicia.

El juez no debe inmiscuirse en asuntos que no sean de su competencia o de los cuales fue separado por inhibición, recusación o por falta disciplinaria.

La lealtad del juez consiste en la disposición de reexaminar sus principios e ideas respecto a sí mismo y a la sociedad y sustituirlos, si fuere el caso, por otros mejores, siempre a los fines del afianzamiento del acto de justicia y de su propia evolución espiritual y ética.

El juez debe respetarse a sí mismo en razón de su dignidad como persona humana y por su condición profesional. La autoridad del juez significa el respeto de sus propias cualidades, los méritos reconocidos por la colectividad, legitimidad que se origina en su fuerza interior, el respeto que él inspira por la confianza depositada en su persona, el carisma que emana de su elevada competencia y formación.

El juez debe ser fiel a los valores y al compromiso con el acto de justicia. Su fidelidad debe someterse a la ley moral, a la ley, a la humanidad del hombre y a sus derechos humanos.

El juez debe ser prudente para poder discernir y evaluar correctamente y actuar en consecuencia con sentido común, al servicio del acto de justicia.

El juez, al servicio de la justicia debe actuar con coraje intelectual, fortaleza de espíritu y voluntad. El coraje debe manifestarse en la crisis de identidad del juez, en el combate entre la justicia de la razón legal y la justicia de la equidad, entre decir el derecho y revelar lo justo.

Para ser justo se necesita valor.

El juez debe practicar la justicia como un valor en sí, como un acto de cultura de la razón y de la inteligencia, incluso crearla, todo ello en virtud de que la actividad del juez no se limita tan sólo a producir sentencias lógicas, fundadas en los derechos establecidos en lo jurídico, sino en la búsqueda, en lo posible, de una solución justa y moral del conflicto, consultando el buen sentido, la equidad y el amor al prójimo.

El juez debe ser diligente y administrar la justicia en lapso útil y razonable. Una justicia tardía es una justicia vencida.

La integridad del juez, entre otras cualidades, implica:

- 1º observar una conducta que merezca el respeto público;
- 2º cultivar una imagen de integridad, imparcialidad, de buen juicio y cumplimiento de sus deberes de juez;
- 3º respetar la ley, examinar las pruebas a la luz del sentido común y de la máxima de experiencia;
- 4º no aislarse de la comunidad, por cuanto en el contexto social encontrará el sentido común y la máxima de experiencia;
- 5º aceptar ciertas restricciones para mantener el equilibrio entre sus deberes y las exigencias legítimas, relacionadas con su vida personal y familiar;

- 6º ejercitarse en el dominio de sus sentimientos personales, para poder controlarlos sin renunciar a su humanismo y al rostro humano de la justicia;
- 7º cultivar la sencillez por cuanto ésta es el alma de la dignidad del juez;
- 8º no aceptar funciones que lo distancien de sus deberes de juez;
- 9º no ejercer cargos que sean incompatibles con sus responsabilidades judiciales o que entorpezcan el desempeño de sus funciones, incluso debe evitar la notoriedad indeseable.

DECÁLOGO DEL ABOGADO

Eduardo J. Couture

1. **Estudia:** El Derecho se transforma constantemente. Si no sigues sus pasos, serás cada día un poco menos abogado.
2. **Piensa:** El Derecho se aprende estudiando, pero se ejerce pensando.
3. **Trabaja:** La abogacía es una ardua fatiga puesta al servicio de la justicia.
4. **Tu deber es luchar por el derecho;** pero el día que encuentres en conflicto el derecho con la justicia, **lucha por la justicia.**
5. **Se leal:** Leal para con tu cliente, al que no debes abandonar hasta que comprendas que es indigno de ti. Leal para con el adversario, aun cuando él no lo sea contigo. Leal para con el juez que ignora los hechos y debe confiar en lo que tú le dices; y que, en cuanto al derecho, alguna que otra vez, debe confiar en el que tú le invocas.
6. **Tolera:** Tolera la verdad ajena en la misma medida en que quieres que sea tolerada la tuya.
7. **Ten paciencia:** El tiempo se venga de las cosas de las cosas que se hacen sin su colaboración.
8. **Ten fe:** Ten fe en el derecho, como el mejor instrumento para la convivencia humana; en la justicia, como destino normal del derecho; en la paz, como sustitutivo bondadoso de la justicia; y sobre todo, ten fe en la libertad, sin la cual no hay derecho, ni justicia, ni paz.
9. **Olvida:** La abogacía es una lucha de pasiones. Si en cada batalla fueras cargando tu alma de rencor, llegará un día en que la vida será imposible para ti. Concluido el combate, olvida tan pronto tu victoria como tu derrota.

10. **Ama tu profesión:** Trata de considerar la abogacía de tal manera que el día en que tu hijo te pida consejo sobre su destino, consideres un honor para ti proponerle que se haga abogado.

□□□

Jóvenes estudiantes, muchas gracias por su atención, Dios los bendiga a todos y les abra horizontes luminosos en su vida.

Moisés Hirsch Batist



La edición de este libro consta de 1.000 ejemplares, y se terminó de imprimir en los talleres de la Imprenta Nacional en el mes de julio de 2001.
Caracas / Venezuela

