

REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

CARACAS 1965 - No. 31



PUBLICACIONES DE LA FACULTAD DE DERECHO

ESTUDIOS JURIDICOS

- Vol. I — El Derecho de Retención en el Código Civil venezolano. José Ramón Burgos Villasmil.
- Vol. II — La jurisdicción constitucional en el derecho venezolano. J. G. Andueza.
- Vol. III — Depósitos bancarios. Valmore Acevedo Amaya.
- Vol. IV — La venta a plazos de bienes muebles en el derecho positivo venezolano. Emilio Pittier Sucre.
- Vol. V — Responsabilidad civil por hecho ilícito derivada de la guarda de cosas inanimadas. Eloy Maduro Luyando.
- Vol. VI — Trust y fideicomiso. Antonio Stempel París.
- Vol. VII — Código de Derecho Internacional Privado (Código Bustamante), precedido por un estudio sobre "Los conflictos de leyes y la codificación colectiva en América". José Muci Abraham, hijo.
- Vol. VIII — La legítima defensa en el derecho venezolano. M. Flores Sedek.
- Vol. IX — El contrato de fletamiento en el derecho venezolano. I. Morales Paúl.
- Vol. X — Acción de deslinde y otros trabajos. Ramiro Antonio Parra.
- Vol. XI — La vigencia temporal de la ley en el ordenamiento jurídico venezolano. Joaquín Sánchez-Covisa.
- Vol. XII — El Derecho Procesal en Venezuela. Humberto Cuenca.
- Vol. XIII — Estudios de Derecho Procesal Civil. Luis Loreto.
- Vol. XIV — La eficacia de las sentencias extranjeras de divorcio. Joaquín Sánchez-Covisa.

continúa en la otra solapa

JUNIO 1965

Se solicita canje con
publicaciones análogas

REVISTA
DE LA
FACULTAD DE DERECHO



Dra. TATIANA B. de MAEKEL
ABOGADO
PROFESORA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO
UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA
CARACAS

UNIVERSIDAD CENTRAL
DE VENEZUELA

AUTORIDADES UNIVERSITARIAS

Rector

Dr. Jesús M. Bianco

Vicerrector

Dr. Luis Plaza Izquierdo

Secretario

Dr. José Ramón Medina

FACULTAD DE DERECHO

Decano

Dr. Gustavo Planchart Manrique

Director

Dr. Alfredo Valero García

CONSEJO DE LA FACULTAD

Decano

Dr. Gustavo Planchart Manrique

Director

Dr. Alfredo Valero García

Dr. Tulio Chiossone

Dr. Antonio Moles Caubet

Dr. Manuel García-Pelayo

Dr. José Melich Orsini

Dr. Enrique Pérez Olivares

Dr. Luis Loreto Hernández

Dr. José Alberto Zambrano Velasco

Dr. José Román Duque Sánchez

Dr. Francisco Manuel Mármol

Dr. Orlando Tovar Tamayo

Dr. Francisco de Sales Pérez

Br. Antonio Ponte Dávila

Br. Beltrán E. Haddad Chiramo

INSTITUTO DE DERECHO PRIVADO

Director

Dr. José Melich Orsini

INSTITUTO DE DERECHO PUBLICO

Director

Dr. Antonio Moles Caubet

INSTITUTO DE CIENCIAS PENALES

Y CRIMINOLOGIA

Director

Dr. Tulio Chiossone

INSTITUTO DE ESTUDIOS POLITICOS

Director

Dr. Manuel García-Pelayo

CURSOS DE DOCTORADO

Secretario

Dr. Jesús Leopoldo Sánchez

DIRECTOR DE PUBLICACIONES

Dr. Ricardo Azpúrua Ayala

CONSEJO DE REDACCION

Revista de la Facultad

Dr. Gustavo Planchart Manrique

Dr. Alfredo Valero García

Dr. Manuel García-Pelayo

Dr. Tulio Chiossone

Dr. Antonio Moles Caubet

Dr. José Melich Orsini

SUMARIO

	<i>Pág.</i>
DOCTRINA Y ESTUDIOS	
<i>La obra del médico en la lucha contra la criminalidad</i> , por el profesor Benigno Di Tullio	9
<i>La teoría general de los usos mercantiles y los usos generales de comercio en Yugoslavia</i> , por el doctor Roberto Goldschmidt . . .	23
<i>La función de la reciprocidad en el sistema venezolano del exequátur</i> , por el doctor Gonzalo Parra Aranguren	39
<i>Notas sobre los orígenes históricos de la ejecución singular y de la quiebra</i> , por el doctor Hernán Giménez Anzola	123
LEGISLACION NACIONAL	
<i>Ley de partidos políticos, reuniones públicas y manifestaciones</i>	191
LEGISLACION EXTRANJERA	
<i>La Corte Constitucional Italiana</i> , por el profesor F. Rubio Llorente	205
JURISPRUDENCIA	
<i>Los contratos de la Administración en la doctrina de la Procuraduría General de la República</i> , por el doctor Allan-Randolph Brewer C.	271
<i>Jurisprudencia penal</i> , por el doctor Isidro De Miguel Pérez . . .	303

NOTA NECROLOGICA

Francesco Carnelutti, por el doctor H. Giménez Anzola 311

BIBLIOGRAFIA

Felipe De Sola Cañizares: *Tratado de Derecho Comercial Comparado*, por el doctor Roberto Goldschmidt 317

La lutte contre les maladies du bétail, principalement la fièvre aphteuse, por el doctor Roberto Goldschmidt 323

Robert C. Hays: "Unfair Competition. Another Decade" (*California Law Review*), por el doctor Benito Sansó 325

DOCTRINA Y ESTUDIOS

LA OBRA DEL MEDICO EN LA LUCHA CONTRA LA CRIMINALIDAD

por el Profesor
BENIGNO DI TULLIO *

Es mi deber expresar el más vivo agradecimiento a la Facultad de Medicina de Roma por haberme concedido el honor de llamarme a formar parte de ella y por haberme dado su autorizado apoyo en el duro trabajo por mí cumplido, durante cerca de treinta años, para el desarrollo y la afirmación de la Antropología Criminal.

La enseñanza de la Antropología Criminal, instituida en 1903, fue confiada desde ese año a Salvatore Ottolenghi, quien ha sido mi Maestro y al cual va mi profunda gratitud, no sólo por haberme aceptado a su lado desde muy joven, sino, sobre todo, por haberme permitido instituir y dirigir, en el lejano 1922, el primer servicio antropológico-psiquiátrico carcelario de Italia.

Cuando Ottolenghi, en mayo de 1934, casi adivinando su próximo fin, propuso a la Facultad de Medicina de Roma que me fuese confiada la enseñanza de la Antropología Criminal, yo sentí que desde aquel momento debería defender, hasta por el afecto que me ligaba al Maestro, un gran ideal.

Concededme la esperanza de no haber desmerecido la confianza que él y la Facultad de Medicina de Roma quisieron otorgarme.

Una cosa es cierta y es que la Antropología Criminal, por tanto tiempo y en todas partes ásperamente combatida, es hoy considerada por los estudiosos de todos los países, como la disciplina más idónea para construir los criterios con los cuales debe realizarse la colaboración entre Medicina y Derecho en la lucha contra la criminalidad.

* Titular de la Cátedra de Antropología Criminal en la Universidad de Roma.

También, por tal motivo, no puedo en este momento dejar de dirigir mi reverente y devoto pensamiento a Cesare Lombroso, es decir, al creador de la Antropología Criminal y a Enrico Ferri, quien fue el primero en saber utilizar los principios de tal disciplina, creando aquella Escuela Positiva que tanto ha contribuido a las más importantes reformas de los sistemas penales efectuadas, en estos últimos decenios, en muchos países.

Se debe especialmente a la obra genial de Lombroso y de Ferri si, en la moderna defensa contra la criminalidad, son hoy considerados siempre con el mayor interés los problemas de la profilaxis de la criminalidad, de la individualización de la pena, del tratamiento reeducativo del reo para su reingreso en la vida social.

Para comprender mejor la importancia de tales problemas, es bueno recordar brevemente que en esta nuestra época, también a causa del vertiginoso progreso tecnológico actual, el hombre es sometido a un ritmo de vida que se hace siempre más intenso y a menudo perjudicial para su equilibrio fisiopsíquico.

Claros síntomas denuncian que la complejidad y el ritmo de la vida moderna tienden a expresarse en una civilización de tipo prevalentemente mecánico-hedonístico, por la cual se llega a temer hasta el peligro de un progresivo y vasto proceso de deshumanización y de la consecuente deformación del significado mismo de nuestra vida.

Es sabido que, de la mayoría de los países sometidos a tales rápidos cambios sociales, se señala una notable agravación de algunas formas de criminalidad, lo que se verifica especialmente en los países sometidos a más rápidas transformaciones de sus sistemas socioculturales. Todo esto lleva a comprender fácilmente el motivo por el cual la lucha contra la criminalidad no puede dejar de tener en cuenta las citadas circunstancias y que de parte de todos los estudiosos se sienta siempre más viva la necesidad de medidas adecuadas.

Entre tales medidas debe considerarse de preeminente importancia la defensa de la salud individual y colectiva.

Todo autor de delito, antes de ser un transgresor de la ley, es un individuo que tiene una propia existencia y es él quien hace funcionar el aparato de la justicia cada vez que, con su conducta, se pone en conflicto con las exigencias de la vida social, y especialmente con aquellas que son puestas de relieve por la moral codificada.

Por lo tanto, si se quiere comprender el significado de cualquier acción criminal, es necesario conocer la personalidad de

aquel que la ha ideado y cumplido, sobre todo porque se trata de una acción excepcional respecto a la norma.

Se sabe, en efecto, que en general el hombre no delinque, o por la fuerza de su conciencia moral, o, al menos, por la acción intimidativa de la pena.

El porcentaje de aquellos que han sido reconocidos autores de hechos punibles oscila generalmente, en los diversos países, del 0,50 al 1,50 por mil y, contrariamente a cuanto se podría esperar, alcanza los extremos más pronunciados precisamente en los países económicamente más desarrollados y en los cuales existe todavía la pena capital.

Estas circunstancias me han hecho sentir la necesidad de profundizar siempre más el conocimiento de la personalidad de aquellos que cometen delitos, teniendo en cuenta lo que las ciencias médicas y psicológicas señalan a propósito de las leyes que regulan el proceso evolutivo de la persona humana y su progresivo proceso de socialización. A este fin he considerado necesario utilizar sobre todo los dictados de la medicina constitucional ortogenética-biotipológica, ligada notoriamente al nombre de Nicola Pende, a quien va mi profunda gratitud por haberme animado en las investigaciones tendientes a poner siempre en mayor relieve la influencia de los fenómenos biológicos sobre la génesis y la dinámica de los comportamientos criminosos.

Precisamente, a través de tales investigaciones practicadas sobre alrededor de 8.000 autores de delitos, reclusos en las cárceles de Roma, pude, en 1928, dar vida a la llamada doctrina de la constitución delincuencia.

Con tal doctrina he querido señalar que el estudio de los criminales debe ser dirigido al conocimiento de la personalidad total, considerada como un compuesto unitario en el cual las fuerzas corporales y espirituales se encuentran estrechamente fusionadas entre sí, por lo cual si se desea comprender el exacto significado de una acción criminal cualquiera es necesario tender al conocimiento de todo el hombre, comprendidas sus infinitas posibilidades de bien y de mal, de grandeza y de perdición.

Además, he intentado señalar la existencia de una particular predisposición a la criminalidad por la cual hay sujetos llevados a caer en formas más o menos graves de comportamiento criminal, aun por influencia de estímulos que permanecen por debajo de la barrera de resistencia de la media de los hombres.

En base a mis observaciones, tal predisposición se manifiesta a través de particulares cuadros sintomatológicos, que he recordado con los nombres de hipoevolutivo, de neurótico y de psicopático.

Según los estudiosos de la época, entre los cuales recuerdo con particular conmoción a Sante de Sanctis, la citada doctrina ha consentido el desarrollo sobre bases más sólidas de los varios problemas de la Antropología Criminal, sobre todo por estar dirigida a hacer comprender que el conocimiento de la estructura, individual e irrepetible, de la personalidad, constituye un elemento esencial para la comprensión de la génesis y de la dinámica de cualquier comportamiento criminal.

Por lo demás, es bien sabido que en el campo de la patología general, según cuanto ha sido puesto de manifiesto recientemente por Di Macco, la génesis y el decurso de todo evento patológico no dependen exclusivamente de la naturaleza o de la gravedad de la "noxa" sino también del "terreno" en el cual tendrá lugar el proceso morboso. Ahora bien, tal concepto, trasplantado al campo criminológico, significa que la génesis y la dinámica del fenómeno criminal dependen también del "terreno" sobre el cual actúan los varios estímulos criminógenos, sean endógenos o exógenos.

Por tal motivo, los estudiosos de Antropología Criminal, especialmente bajo la influencia de la citada doctrina de la constitución delincuencial, han advertido siempre el más vivo interés por las investigaciones tendientes a profundizar el conocimiento de la estructura de la personalidad de los criminales. Han sido tales investigaciones las que han permitido al conocido médico criminólogo, Louis Verwaech, afirmar después de haber examinado durante muchos años a millares de criminales, como Director del Servicio Antropológico Penitenciario de las cárceles belgas, que los dos tercios de ellos eran sujetos más o menos anormales.

Este mismo porcentaje de anormalidad ha sido encontrado más recientemente en el estudio de 2.000 criminales practicado en el Centro Nacional de Observación de París (Fresnes). Porcentajes análogos se encuentran también en las investigaciones que se vienen cumpliendo desde hace varios años en el Centro Nacional de Observación de Roma (Rebibbia).

Es natural, por tanto, que los estudiosos sean actualmente llevados a sentir la necesidad de conocer siempre mejor la naturaleza de tal anormalidad y de definir los límites y el preciso y específico significado criminogenético.

De todos modos, es muy cierto que tal anormalidad se va delineando siempre más claramente como la expresión de un defectuoso proceso de maduración de la personalidad, ligado a causas tanto hereditarias como sociales.

El compuesto humano, según Gedda, se presenta como un tejido en el cual los hilos de la herencia se entrecruzan indisolublemente con los del ambiente.

Y como los procesos hereditarios patológicos se encuentran en los sujetos criminales en un porcentaje que oscila entre el 30 y el 50 por ciento de los casos, y las condiciones ambientales en las cuales ellos viven son a menudo las menos favorables para un regular proceso formativo de la personalidad, es natural que sólo el pleno conocimiento de su ciclo vital y de su situación existencial puede hacer comprender el significado y la naturaleza de su comportamiento criminal. Tal circunstancia se presenta de altísimo interés, sobre todo a los fines de la profilaxis de la criminalidad.

También, según mis investigaciones, la presencia, en los sujetos autores de delito, de anomalías más o menos graves del comportamiento, que preceden su actividad criminal, se encuentra en un porcentaje que oscila entre el 60 y el 70 por ciento de los casos. Se trata sobre todo de anomalías que son sintomáticas de fenómenos más o menos graves de inmadurez y de inestabilidad afectiva y sobre todo de debilidad volitiva, ligadas a procesos varios: disgenéticos, toxiinfectivos, cerebrostáticos, endocrinopáticos, dismetabólicos.

Las mismas investigaciones me han permitido constatar que estas anomalías se revelan a menudo desde la infancia. Ha sido precisamente esta circunstancia, reconocida por mí claramente desde los primeros años de servicio sanitario en las cárceles, la que me ha impulsado a crear en 1927, en Roma, el primer consultorio médico-psicológico para menores de conducta irregular y a hacer crear, en 1930, por la O. N. P. M. I., el primer Instituto de Observación para menores abandonados y descarriados.

A través del estudio de tales menores, desarrollado durante varios años, he podido constatar que cada vez que ellos no son sometidos a las medidas adecuadas, para lo cual se hace necesaria la más estrecha colaboración entre médico y educador, son llevados a caer frecuentemente en anomalías siempre más graves de la conducta y, más exactamente, en fenómenos de grave intolerancia a toda forma de disciplina, de persistente refractariedad a todo tipo de trabajo lícito, de reactividad anormal con los consecuentes episodios de violencia, de perversidad de todo género. Es sobre la base de tales fenómenos que se desarrollan fácilmente comportamientos criminales que generalmente son sintomáticos de una peligrosidad social más o menos grave.

Ahora bien, se debe reconocer que todas estas circunstancias no se les han escapado a los estudiosos del Derecho Penal. También ellos, en efecto, desde hace mucho tiempo, han recono-

cido la necesidad de recurrir a particulares medidas legislativas adaptadas a combatir el fenómeno de la peligrosidad predelictiva.

Tal problema ha sido largamente discutido en numerosos Congresos nacionales e internacionales. Pero de todas las discusiones ha resultado que cualquier tentativa de valorar la peligrosidad predelictiva encuentra enormes obstáculos, debidos, sea a la gran dificultad de poder establecer los límites dentro de los cuales puede ser considerado legislativamente un fenómeno que, por su particular naturaleza, es fuertemente variable de individuo a individuo y, aun en el mismo individuo, de momento a momento; sea al gran peligro de intervenciones que podrían revelarse fuertemente lesivos a la libertad individual.

Así, se ha llegado a reconocer que el estado de peligrosidad predelictual, más que con medidas jurídicas debe ser combatido con medidas de otra naturaleza y especialmente con aquellas que han sido indicadas por los estudios criminológicos.

Según estos estudios lo que se hace más necesario es el poder individualizar, con la máxima tempestividad, los sujetos, menores o adultos, que presentan aquellas anomalías del carácter y de la conducta que pueden considerarse como signos premonitorios de un futuro comportamiento específicamente antisocial o criminal. Se debe señalar al respecto el pluridecenal esfuerzo de los esposos Glueck, los cuales han cumplido una de las más interesantes y completas investigaciones con el fin de dar a conocer los medios más eficaces para una profilaxis de la criminalidad.

Además, es necesario poder contar con la colaboración de todos aquellos que, más que otros, pueden satisfacer tales exigencias, es decir, de los educadores y, naturalmente, de los mismos padres.

Pero es bien cierto que aun esta colaboración resulta insuficiente o ineficaz, si no es integrada por la obra del médico.

Justamente el médico, más que los otros, está en grado no sólo de percibir rápidamente las citadas anomalías, sino también de poder comprender su eventual significado criminogénico.

Más que los demás, el médico está en capacidad de apreciar el verdadero significado de todas aquellas situaciones conflictivas interindividuales que pueden concluirse aun con delitos de excepcional gravedad.

Pero para que el médico pueda desarrollar su delicada función, es necesario que esté culturalmente sensibilizado a través de conocimientos derivados de los estudios de la Antropología Criminal.

También es necesario que el médico pueda “penetrar” profundamente en la historia del enfermo y no sólo en ella, sino también en la de sus familiares.

En ocasión del 62º Congreso de la Sociedad Italiana de Medicina Interna, a propósito de la influencia de los factores psíquicos en la patología humana, Condorelli sostuvo válidamente el concepto de que el médico debe conocer profundamente la personalidad del enfermo y que el contacto entre el hombre-médico y hombre-enfermo debe ser cada vez más profundo. Es decir, el médico debería poder conocer de cada hombre que se le confía a su cuidado no sólo los dolores físicos, sino también los espirituales. No hay duda de que sólo de este modo la medicina puede verdaderamente llegar a ser la ciencia y el arte del bienestar individual.

En lo que respecta a los sujetos que presentan aquellos sufrimientos que pueden ser causa de comportamientos antisociales o criminales, corresponderá al médico comportarse de tal modo que pueda eliminar tales sufrimientos recurriendo a los procedimientos adaptados a reducir en todo individuo los impulsos criminales y a reforzar las resistencias psíquicas y los valores morales, desarrollando y llevando a cabo así una obra también educativa de la cual cada vez se siente mayor necesidad en la vida social moderna.

Siempre más profundamente se advierte, en efecto, la existencia de un verdadero y propio “peligro moral” que se difunde en todos los países.

Es sabido que entre los menores han aparecido, en muchos países, nuevas formas de antisociabilidad y de criminalidad a menudo colectiva y se verifican, siempre con mayor frecuencia, fenómenos de agresión de prepotencia, de vandalismo, de perversión sexual, no raramente agravadas por el uso de sustancias tóxicas y estupefactivas.

Es además muy cierto que cada vez es más alto el número de adultos que, fuera de la ley, se dedican a las más diversas formas de fraudulencia, de ociosidad, de parasitismo, de prostitución y se comportan de tal modo que pueden ser considerados como sujetos predispuestos a la criminalidad en general.

Permítaseme señalar que, con relación a tales sujetos, también los médicos deben estar en capacidad de sugerir las medidas adecuadas para evitar que los mismos puedan cumplir aquellas acciones que se concretan en una infracción del derecho positivo.

Pero es bueno precisar que, en todo caso en que se verifique tal infracción, la obra del médico general se agota y debe

ser sustituida por la del médico criminólogo, formado a través de adecuados cursos de especialización.

Por lo que concierne a Italia, la presencia de médicos particularmente preparados sobre problemas de la profilaxis precoz de la delincuencia juvenil, debe ser considerada necesaria en los centros médico-psico-pedagógicos del Instituto Nacional para la Protección de la Maternidad e Infancia y del Instituto Nacional para la Protección Moral del Niño, por mí fundado en 1945, en un momento en el que el fenómeno del peligro moral entre los menores había alcanzado la gravedad de una tragedia nacional.

La presencia del médico criminólogo debe ser considerada aún más necesaria en las brigadas de policía para menores, de policía femenina y de policía de las buenas costumbres; en los Institutos de Reeducción para Menores Descarriados; en los Patronatos para la asistencia a liberados de cárceles, y ello porque en todas estas instituciones el conocimiento de la personalidad y de la génesis y dinámica de las varias actividades anti-sociales y criminales constituye una premisa esencial para toda providencia profiláctica y terapéutica verdaderamente eficaz.

Según lo advertido desde 1919 por Salvatore Ottolenghi, que ha creado la policía científica en Italia, la presencia del médico criminólogo en la policía debe considerarse indispensable si se quiere permitir a los varios despachos de policía citados anteriormente cumplir sus importantes misiones siempre más eficientemente y poder así favorecer, de modo cada vez más eficaz, el desarrollo de la función social de la policía moderna. Especialmente frente a los sujetos socialmente peligrosos, se hacen necesarias adecuadas medidas con finalidades reeducativas.

Establecido esto, considero necesario subrayar otra necesidad, es decir, que se provea lo más rápidamente posible a la coordinación de las actividades de todas las citadas instituciones no sólo para evitar derroche de energías y de medios, sino también para permitir que la obra de los médicos criminólogos pueda revelarse cada vez de mayor utilidad, en cuanto que es a ellos a quienes debe ser confiada la misión de buscar dentro del ámbito de tales instituciones los criterios con los cuales se deberá proceder a la profilaxis de la criminalidad.

Se trata de una labor que debe desarrollarse de modo de poner en evidencia, antes que nada, los motivos por los cuales los fenómenos de la antisociabilidad y de la criminalidad revelan aspectos fuertemente diversos, sean cuantitativos o cualitativos, de región en región. En efecto, es evidente que dicho conocimiento constituye el presupuesto esencial para la formulación y la actuación de medidas adecuadas.

Por lo tanto, sería deseable que en Italia se crearan a la mayor brevedad, Centros Regionales de Profilaxis Criminal, a través de los cuales se haga posible coordinar la actividad de las instituciones a que he hecho referencia y plantear, del modo más sistemático y orgánico, el problema de la profilaxis criminal en cada región.

Los Centros Regionales de Profilaxis Criminal podrían, además, facilitar en gran medida la obra de aquellos que están llamados a combatir las varias formas de antisociabilidad colectiva organizada, en cuanto es sabido que ellas tienen sus raíces en particulares características antropoculturales las cuales es necesario tener en cuenta.

La obra del médico criminólogo se presenta igualmente necesaria en relación al tratamiento del reo, entendiéndose por tratamiento tanto el cumplido por la autoridad judicial a los fines de la individualización de la pena como el realizado por la administración penitenciaria a los fines de la reeducación del condenado.

En las legislaciones penales modernas se requiere, en efecto, siempre más concordemente, que la pena sea rigurosamente individualizada. Es superfluo recordar que, a tal fin, es necesario sobre todo someter a un riguroso examen de personalidad al reo y reconstruir, con la mayor exactitud posible, la dinámica del hecho punible, y ello porque sólo a través de tales investigaciones, es dado al juez conocer también aquel aspecto subjetivo del delito que constituye un elemento de esencial importancia para la valoración de la efectiva culpabilidad del reo.

Siempre a los fines de la individualización de la pena las mismas legislaciones exigen que sea valorada también la capacidad de delinquir. Pero también tal valoración comporta el más riguroso examen de la personalidad y el más exacto conocimiento de los varios fenómenos fisiopsíquicos que sostienen, directa o indirectamente, la capacidad de delinquir.

En las legislaciones penales modernas, se tiende además a demandar del juez, cada vez con más frecuencia, la facultad de sustituir para los menores imputables, para los imputados peligrosos, para los semiimputables, el sistema de la neta diferencia entre pena y medida de seguridad por aquel en el cual confluyen contemporáneamente las finalidades de la retribución y de la reeducación. En fin, se exige al juez tener en cuenta la peligrosidad del reo en toda providencia relativa a la aplicación, a la prolongación y a la suspensión de las medidas de seguridad.

Ya es hora de que se reconozca que toda comprobación dirigida a conocer el aspecto subjetivo del delito, la capacidad de

delinquir y la peligrosidad social no puede ser hecha por el solo juez, en cuanto se trata de problemas que requieren el más riguroso examen médico-psicológico y social de la personalidad del reo y el más exacto conocimiento de todos los elementos bio-psicológicos que sustentan a los citados fenómenos.

Por lo demás, es sabido que cada vez que las leyes invitan al juez a individualizar la pena, bien a través de criterios como los fijados por el artículo 133 del CPI, o bien mediante un examen médico-psicológico y social del imputado, como el introducido recientemente en la legislación francesa, los fines perseguidos por la ley no pueden ser alcanzados por falta de medios instrumentales y personales idóneos.

Por lo tanto, se siente en todas partes y siempre más viva la necesidad de eliminar un inconveniente tan grave. No se puede desconocer que tal necesidad es sentida siempre más fuertemente también en Italia, a pesar de que la Magistratura italiana haya sabido, con admirable empeño y abnegación, actuar de modo tal de contener las consecuencias dañinas de ese inconveniente. Es para mí motivo de satisfacción constatar que la Magistratura italiana, a la cual va mi respetuoso saludo y mi más viva admiración, está ya, en su gran mayoría, convencida, como los criminólogos, de la necesidad de crear los citados medios instrumentales y personales.

Permítaseme aprovechar esta ocasión para dirigir una vez más mi sentido agradecimiento al primer presidente de la Corte de Casación, doctor Silvio Tavoraro, por haber hecho posible, en 1956, la creación del Instituto de Antropología Criminal, centro de los Institutos Penitenciarios de Rebibbia, por cuanto es cierto que a través de la colaboración entre tales institutos se podrán realizar siempre nuevas experiencias que servirán, entre otras cosas, a facilitar la eliminación del citado inconveniente.

También en base a lo afirmado por estudiosos de todos los países, es hora ya de que se reconozca que para eliminar el citado inconveniente, se hace absolutamente necesario crear, por lo menos dentro de los principales institutos de pena, aquellos servicios de Medicina Criminológica Penitenciaria que, desde hace mucho tiempo y repetidamente, han sido auspiciados por la Escuela de Antropología Criminal de Roma.

La creación de los servicios de Medicina Criminológica Penitenciaria no significa que se deba abandonar, por parte de las administraciones penitenciarias, los remedios reeducativos tradicionales, como el trabajo, la escuela, la asistencia religiosa, etc.; ni significa poner en duda la importancia de la obra que

viene siendo desarrollada por los dirigentes de los institutos penales, por los educadores, capellanes y asistentes sociales.

Y ello porque la misión de los servicios de Medicina Criminológica Penitenciaria debe ser antes que nada la de favorecer la más estrecha colaboración entre médicos criminólogos, directores, educadores y capellanes con las siguientes finalidades:

a) Proveer que la visita médica, a la cual son sometidos todos aquellos que ingresan en un instituto penitenciario y que ya se realiza en Italia, sea también una visita médico-psicológica, porque muchos sujetos, cuando entran a la cárcel, presentan signos más o menos evidentes de traumas psíquicos sufridos en ocasión del arresto o del encarcelamiento;

b) Someter a todo nuevo ingresado a una rigurosa observación que pueda captar todo eventual signo de desadaptación a la vida detentiva, con el fin de prevenir, con la mayor eficacia posible, episodios de grave indisciplina, de hetero o de autolesionismo, de simulación de enfermedades, especialmente mentales;

c) Revelar, especialmente en el curso de las detenciones largas, todos los signos de cualquier proceso de deterioramiento, o de la llamada "prisionización", de la personalidad de todo detenido;

d) Ayudar la labor de los médicos sanitarios cada vez que por la influencia de la llamada dinámica de la vida carcelaria y de la propia personalidad del detenido, las enfermedades revelen un desarrollo más o menos atípico y exijan particulares técnicas terapéuticas;

e) Compilar, para cada sujeto, una cartilla médico-psicológica en la cual se recojan las noticias anamnésicas más importantes y se fijen las características sobresalientes de su personalidad, con particular hincapié en aquellas que están más estrechamente ligadas a su particular actividad criminal.

Justamente tal cartilla médico-psicológica, sobre todo si es llevada rigurosamente al día, se presenta de la más grande importancia para la autoridad judicial, a los fines de la individualización de la pena y la valoración de la capacidad de delinquir y de la peligrosidad social del reo.

Pero la función más importante de los servicios de Medicina Criminológica Penitenciaria es la de hacer siempre más eficaz el tratamiento reeducativo del condenado, a través de las más exactas diagnosis criminológicas y las más idóneas terapias criminológicas. Es mi convencimiento que sólo a través de estas experiencias, practicadas con el más riguroso método científico se podrá favorecer fuertemente el desarrollo de los estudios

criminológicos y dar vida a una verdadera y propia medicina criminológica la cual, según Gerin, se presenta de esencial importancia a los fines de eficaces innovaciones en el campo penal y penitenciario.

También, según mi propia experiencia, entre tales innovaciones se debe considerar, como una de las más importantes, la dirigida a consentir las más amplias modificaciones a la naturaleza y especialmente a la duración de la sanción, cada vez que ellas se hacen necesarias a los fines del tratamiento reeducativo del condenado. Cada sujeto, en efecto, es diverso de los demás, aun en lo que se refiere a su reeducabilidad.

Es necesario, luego, poder eliminar todos aquellos prejuicios que crean incertezas y perplejidades frente a tan importante problema.

Se sabe que todavía hay muchos juristas los cuales no se limitan a negar la legitimidad de las técnicas terapéuticas y reeducativas que puedan resultar lesivas a la personalidad del condenado, sino que consideran que se debe condicionar el tratamiento del reo a su consentimiento.

Ahora bien, si los médicos criminólogos están plenamente de acuerdo sobre el primer punto, no pueden estarlo sobre el segundo. Ellos, más bien, consideran que, aunque sea a través de aquellos particulares que son bien conocidos de todos los médicos expertos, el tratamiento reeducativo deba siempre y de todas formas ser tentado especialmente en los sujetos que se presentan como socialmente peligrosos.

Cualquiera que tenga una modesta experiencia del mundo criminal, no puede, en efecto, ignorar que son justamente los sujetos más peligrosos los que no piden ninguna ayuda para su reeducación, en cuanto no sienten ninguna necesidad de ella.

Por lo tanto, ya es hora de que se reconozca que, si se quiere combatir de modo verdaderamente eficaz las más graves formas de criminalidad y especialmente las que sostienen al cada vez más preocupante fenómeno de la reincidencia, es absolutamente necesario poder actuar en tal modo que se haga aceptar el tratamiento reeducativo, especialmente a los que puedan ser considerados como socialmente peligrosos.

A quienes todavía dudan o, más aún, no creen en la reeducabilidad de los citados sujetos, permítaseme decirles que se encuentran en un grave error en cuanto tal reeducabilidad es siempre posible, porque es siempre posible eliminar o, por lo menos, atenuar la capacidad de delinquir y la peligrosidad social de cualquier criminal, siempre que tal función sea confiada so-

bre todo a médicos criminólogos. Es siempre posible, por lo demás, reforzar aquellas fuerzas psíquicas superiores y espirituales que se encuentran en todo criminal para que tal misión sea confiada a expertos de psicoterapia y a educadores civiles y religiosos adecuadamente preparados.

Por lo tanto, a nadie se debe permitir que impida que la medicina concorra, siempre más válidamente, a la defensa de la sociedad del fenómeno de la criminalidad.

Fueron los estudios de Pinel y de Chiarugi, los que logran que los enajenados, hacia el fin del siglo XVIII, fuesen finalmente liberados de las cadenas, de los grillos, de las torturas y hasta de las hogueras.

En momentos en que se van realizando las más arduas conquistas y los más grandiosos progresos en el campo de todas las ciencias, no se puede evadir el deber de cumplir todos los esfuerzos para liberar a la humanidad de la que, especialmente hoy, se presenta como su más degradante manifestación: la criminalidad.

Es necesario, pues, que las administraciones penitenciarias de todo el mundo sean autorizadas a hacer siempre más eficaz el tratamiento reeducativo de los condenados, especialmente a través de la creación y el funcionamiento de los citados servicios de medicina criminológica.

Todo esto, en Italia, podrá ser plenamente realizado el día en el que el Proyecto de Ley sobre el Nuevo Ordenamiento Penitenciario y sobre la Prevención de la Delincuencia Juvenil, en cuya redacción han participado los más autorizados penitenciaristas italianos, bajo la guía del doctor Nicola Realg, para la época Director General de los Institutos de Prevención y de Pena, pueda ser discutido y aprobado por el Parlamento. En él, en efecto, está claramente fijado el principio de que todo tratamiento debe dirigirse a remover las causas del comportamiento criminal y, más concretamente, aquellas carencias fisiopsíquicas individuales que se encuentran generalmente en su base, o sea, a eliminar de la personalidad del condenado todas las causas que lo impulsan a la criminalidad.

Es deseable, por tanto, que tal Proyecto sea discutido y aprobado en el más breve tiempo posible.

Estoy convencido de que con la entrada en vigor del nuevo Reglamento Penitenciario se podrá obtener que se realice en Italia un experimento que podrá revelarse de altísimo interés científico y moral para todos los países. Se podrá señalar hasta qué punto la ciencia médica está en grado de dar su preciosa

contribución no sólo a la lucha contra la criminalidad, sino también a la obra que tenazmente viene siendo perseguida por las ciencias humanas y morales para el logro de un ideal que es el más alto y el más noble, es decir, el del mejoramiento del hombre.

De todas formas hay motivos para considerar que está por surgir una nueva era en la cual Criminología y Derecho Penal, estrechamente unidos, podrán finalmente transformar la lucha contra la criminalidad en un instrumento de progreso social y de civilización.

LA TEORIA GENERAL DE LOS USOS MERCANTILES Y LOS USOS GENERALES DE COMERCIO EN YUGOSLAVIA *

Por el

Dr. ROBERTO GOLDSCHMIDT

Los Usos Generales de Comercio yugoslavos, de 1954, de los cuales el Instituto de Derecho Comparado de Belgrado ha hecho una edición inglesa y otra francesa en 1964, con una introducción interesante del profesor Vladimir Kapor, de la Facultad de Derecho de Novi Sad, se prestan para algunas observaciones comparativas sobre las costumbres mercantiles y su vigencia. Tal comparación se hace, en este lugar, en relación al derecho venezolano, cuyas fuentes legales, en esta materia no muy recientes, son de difícil interpretación.

En la doctrina, se suele distinguir, prevalecientemente, aunque no unánimemente,¹ entre usos o costumbres, términos que en Venezuela se emplean indistintamente,² normativos o legislativos, por un lado, y convencionales, contractuales o interpretativos, por el otro. El Código de Comercio venezolano, artículo 9, de inspiración chilena,³ contempla sólo las primeras, que se fundan en la autoridad de la tradición,⁴ contrariamente a lo

* Este trabajo aparece, simultáneamente, en francés, en Belgrado (Yugoslavia), en una publicación del Instituto de Derecho Comparado de aquella ciudad, para celebrar el décimo aniversario de su fundación.

1. Cf. las citas en Fernández, *Código de Comercio de la República Argentina*, comentado, I, al artículo 1, Título Preliminar, nota 2; ver también, Hamel-Lagarde, *Traité de Droit Commercial*, Nos. 46-7.
2. Cf. vgr., por un lado, artículo 69 (usos locales o especiales del comercio) o artículo 112 (usos y usos generales del comercio) y artículo 167 (costumbre mercantil). Desde el punto de vista histórico (*Usus, Consuetudo, Usancia*), cf. L. Goldschmidt, *Universalgeschichte des Handelsrechts*, p. 166.
3. Cf. Arminjon-Nolde-Wolff, *Traité de Droit Comparé*, I, N° 116, p. 211.
4. Cf. Messineo, *Derecho Civil y Comercial*, edición argentina, I, N° 7.

que ocurre, vgr., en Argentina, donde los artículos II y V, Título Preliminar del Código de Comercio, y los artículos 218, ordinal 6º, 219, 220, del mismo, se refieren a las segundas.⁵ Según el artículo 9, Código de Comercio venezolano, las costumbres mercantiles suplen el silencio de la ley, cuando los hechos que las constituyen son uniformes, públicos, generalmente ejecutados en la República o en una determinada localidad y reiteradas por un largo espacio de tiempo, que apreciarán prudencialmente los jueces de Comercio.

No obstante, puede haber determinadas prácticas o cláusulas seguidas por algunos contratantes que no tengan aquel carácter uniforme y general⁶ o, aun si lo tuvieran, no hubiesen sido reiteradas por un espacio de tiempo apreciado como suficiente por los jueces, a los fines del artículo 9.⁷ En tales hipótesis, se habla de usos convencionales, contractuales o interpretativos que, en Venezuela, aunque no mencionados expresamente en el Código de Comercio y a pesar de que el Código Civil no incluya una disposición análoga al artículo 1.160, Código Civil francés, o artículo 1.135, Código Civil italiano, de 1865,⁸ se aplicarán, según la tesis tradicional, en virtud

5. Cf., también, § 346, Código de Comercio alemán; acerca del derecho mercantil consuetudinario en Alemania, cf. Baumbach-Duden, *Handelsgesetzbuch*, Introducción, II, Nos. 2 y 3.
6. Cf. Ascarelli, *Introducción al Derecho Comercial*, p. 80.
7. El uso interpretativo no presupone su reiteración por un largo espacio de tiempo: cf. Baumbach-Duden, *ob. cit.*, § 346, nota 3.A.
8. El Código Civil venezolano no comprende disposiciones sobre la interpretación de los contratos. Los artículos citados de los Códigos francés e italiano que provienen de Pothier (cf. Planiol-Ripert, *Tratado elemental de derecho civil*, N° 118; Wortley, en *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1959, p. 261), y que declaran incluidas en los contratos las cláusulas de uso, aun cuando no hayan sido expresadas, han sido referidos a los usos convencionales. Por el contrario, en relación al artículo 1.340, Código Civil italiano de 1942, que considera, igualmente, incluidas esas cláusulas si no resulta que no han sido queridas por las partes, se ha sostenido que el legislador se haya referido a los usos normativos o aun que se trate de un tercer género de usos cuya aplicación se funde en la ley: cf. Planiol-Ripert, *loc. cit.*; Houin, en *Zeitschrift*, cit., p. 252; De Sola Cañizares, *Tratado de Derecho Comercial Comparado*, I, pp. 302 y 306; Ascarelli, *Introducción*, cit., p. 80, y *Corso di diritto commerciale*, 1962, p. 410; Messineo, *ob. cit.*, IV, pp. 434-5 y 491. La misma divergencia existe, como puede verse en los trabajos de los autores citados, respecto de los artículos 1.135, Código Civil francés, 1.124, Código Civil italiano de 1865, 1.160, Código Civil venezolano, por un lado, y el artículo 1.374, Código Civil italiano de 1942, por el otro, que conciernen a los efectos del contrato y que difieren entre sí en lo relativo al orden de los elementos integrantes del mismo, por cuanto los primeros se refieren a la equidad, el uso o la ley, mientras que el último de los artículos citados señala, en primer lugar, la ley o, faltándola,

de la voluntad presunta de las partes, noción, en verdad, muy discutida en la dogmática moderna.⁹ En efecto, tal como lo enuncian los artículos II y V, Título Preliminar del Código de Comercio argentino, la costumbre, además de poder servir de regla para determinar el sentido de las palabras o frases técnicas del comercio, puede, si es de la esencia del acto, referirse a ella, servir para interpretar los actos o convenciones mercantiles, según la voluntad presunta de las partes, a saber, para determinar lo implícitamente expresado en ellos. A los fines de tal determinación, un uso puede servir aun cuando no cumpla con los requisitos de una costumbre normativa, la cual se aplica con independencia de la voluntad de las partes.

los usos y la equidad. La distinción entre la interpretación, incluso, la integrativa, y la integración del contrato con contenido comprobado, que se encuentra, de todos modos, en el Código Civil italiano de 1942, y, también, en la doctrina alemana alrededor de los §§ 157 y 242, Código Civil, puede ser conceptualmente posible (cf. Betti, *Teoría generale del negozio giuridico*, Nos. 6, 7, 43 y 44), pero en la práctica, las operaciones de pensamiento respectivas, a menudo, confluyen: cf. Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, § 157, N° 4; Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts. Allgemeiner Teil*, 1960, pp. 74-5. En Venezuela, donde no hay una norma especial sobre la interpretación integrativa, el artículo 1.160, Código Civil, debe ser referido, de toda manera, aun a ésta.

La buena fe como criterio para la ejecución del contrato, señalado por los legisladores latinos, sea separadamente del texto sobre la integración: así artículo 1.134, último aparte, Código Civil francés; artículo 1.375, Código Civil italiano de 1942, sea que ambos textos hayan sido refundidos: así artículo 1.124, Código Civil italiano de 1865, artículo 1.160, Código Civil venezolano, y que es, también, criterio de interpretación: cf. artículo 1.366, Código Civil italiano de 1942, debe quedar relacionada con los usos, tal como ocurre en los textos alemanes antes citados, según los cuales las exigencias de la buena fe se determinan, en particular, ateniéndose a los usos. Por otra parte, si se considerase la equidad como factor primario de integración del contrato, el papel de la misma equivaldría al de la buena fe y la integración equa será la que corresponde a las exigencias de la buena fe, siendo esta última el criterio más adecuado: cf., vgr., Tunc, D.C. 1943, p. 19; Betti, *ob. cit.*, N° 45, en relación al artículo 1.371, Código Civil italiano de 1942. Por el contrario, puesta la equidad en último lugar y referido el término uso a los usos normativos que intervengan en ausencia de Ley (Art. 1.374, Código Civil italiano de 1942), la equidad sirve de criterio para la aplicación de normas de derecho objetivo; cf. Messineo, *ob. cit.*, I, § 4, N° 19; § 6, N° 13.

9. Cf., vgr., Betti, *ob. cit.*, Nos. 6 y 44; Larenz, *ob. cit.*, pp. 73-4. Se habla de una ficción absurda e inútil y pone de relieve que la voluntad presunta de las partes no es un criterio, por poder ser la voluntad causa de un efecto jurídico solamente en el caso de que se haya objetivado e incorporado en un acto o una declaración. Se trataría, más bien, de determinar lo que las partes equitativamente hubieren considerado como contenido del contrato si hubiesen tenido en cuenta las obligaciones que de él resultan. En este sentido, el segundo párrafo, del artículo 9, de la Ley uniforme sobre

De lo anteriormente expuesto resulta, por un lado, que, referidos a costumbres normativas de carácter dispositivo,¹⁰ ciertos artículos del Código de Comercio venezolano, que declaran aplicables el uso de la plaza o la costumbre mercantil cuando sobre determinado particular nada ha sido establecido por las convenciones de las partes (cf., p. ej., Arts. 136, primer aparte, 167, 389, 532 y 682), pueden inducir a equívocos por cuanto aun sin una cláusula expresa en el contrato, las partes pueden haber regulado el punto implícitamente, por existir un uso interpretativo que, sin embargo, no cumple o todavía no cumple con los requisitos del artículo 9, Código de Comercio. Por otra parte, un uso contractual en cuanto tenga un contenido normativo, puede transformarse en una costumbre o uso normativo,¹¹ lo que ocurrirá cuando una práctica no uniforme y general o aun siéndola de corta duración, adquiriera posteriormente tal carácter y sea reiterada por el espacio de tiempo apreciado como suficientemente largo por los jueces.

Se enseña que las costumbres o usos contractuales, por servir para interpretar la voluntad de las partes, deben haber sido conocidos por éstas, aunque a menudo se equiparan el conocer y el deber conocer, en el sentido de que la conclusión de determinados contratos implique, normalmente, el sometimiento a los usos que respecto de ellos existan.¹² Por el contrario, las costumbres mercantiles, a que se refiere el artículo 9, Código de Comercio, rigen como normas, a saber, independientemente de la voluntad y del conocimiento de los sujetos y, en particular, de las partes de un contrato determinado. No

la venta internacional de objetos muebles incorporeales, texto de 1964, establece que las partes son ligadas por los usos que personas razonables de la misma calidad puestas en su situación consideran normalmente como aplicables a su contrato; tales usos prevalecen frente a aquella ley, salvo voluntad contraria de las partes. Desde este punto de partida, desaparecen las dificultades conceptuales afirmadas, vgr., por De Castro y Bravo, en *Mélanges Maury*, II, 1960, p. 84, opuestas a la equiparación del deber conocer con el conocer de los usos contractuales, a los fines de su función interpretativa: cf. *infra* el texto antes de la nota 12. La Ley Uniforme distingue esos usos de aquellos a que las partes se han referido expresamente o tácitamente y de las prácticas establecidas entre ellas (Art. 9, primer párrafo).

10. Aunque las costumbres normativas tienen, a menudo, carácter supletivo, pueden tener, sin embargo, también, carácter imperativo: cf. Ascarelli, *ob. cit.*, p. 86; Hamel-Lagarde, *ob. cit.*, N° 46.
11. Cf. Ascarelli, *ob. cit.*, p. 83; Betti, *ob. cit.*, N° 7.
12. Cf. Ascarelli, *ob. cit.*, p. 81; Baumbach-Duden, *loc. cit.*, nota 3.B. Se señala, bajo este aspecto, vgr., el sometimiento a los usos bursátiles que en Venezuela se encuentran, especialmente, en el Reglamento de la Bolsa de Caracas.

obstante, al generalizarse aquel deber conocer se llegará a la tesis de que los usos contractuales se apliquen si las partes no hubiesen estipulado lo contrario,¹³ y si, además, se limitare la noción de esos usos, también, a lo practicado uniforme y generalmente, la diferencia entre usos contractuales y usos normativos se diluiría,¹⁴ especialmente si respecto de esos últimos ya no se aplique, estrictamente, el requisito de una larga duración.¹⁵

La distinción entre usos o costumbres normativas y contractuales tiene, en principio, consecuencias de gran importancia. Así, por suplir sólo el silencio de la ley, las costumbres normativas no pueden derogar ni siquiera las normas dispositivas de la ley; en cambio, dado que esas normas sólo quieren regir en ausencia de una voluntad contraria de las partes, que puede resultar de un uso interpretativo,¹⁶ éste, al determinar el contenido de la cláusula contractual respectiva, puede derogar aquellas normas. Por esto, parece que los artículos del Código venezolano que se refieren a determinados usos especiales o locales de comercio, no con el fin de suplir el silencio de la ley sino para dejar abierta la posibilidad de derogar una norma legal (cf. Arts. 69, 143, y, también, 399, aparte único), deban ser referidos a usos interpretativos o convencionales.¹⁷

El juez, de conformidad con el principio **Iura novit curia**, debería conocer la existencia y el contenido de la costumbre

13. En este sentido, en relación al § 346, Código de Comercio alemán, considerado por la doctrina como una aplicación de los § § 133, 157, y 242, Código Civil, al derecho comercial, Baumbach-Duden, § 346, notas 1-3; Palandt, *Bürgerliches, Gesetzbuch*, 157, N° 3.
14. Cf. también, *supra*, nota 8.
15. Cf. Houin, *loc. cit.*, pp. 252-3; ver además, Tunc, *D.* 1946, p. 193.
16. No obstante, esto no rige si la ley exige una voluntad contraria expresa; cf. en relación al artículo 388, Código de Comercio venezolano, R. Goldschmidt, *Curso de Derecho Mercantil*, 1964, p. 132. Pero no puede admitirse la doctrina alemana de que, en general, la ley dispositiva sólo podrá ser derogada por una cláusula expresa: cf. Schlegelberger, *Handelsgesetzbuch*, § 346, nota 9.
17. Cf. artículo II, Título Preliminar, del Código de Comercio argentino. Se podría argumentar a tal efecto aun con el artículo 7, Código Civil, según el cual las leyes sólo pueden ser derogadas por otras leyes, argumento, sin embargo, no decisivo en caso de que el mismo legislador admitiese la derogación parcial por los usos: cf. Messineo, *ob. cit.*, I, § 4, N° 15-b. Desde otro punto de vista, se ha dicho acerca de la relación entre la ley dispositiva y el uso interpretativo, que de la aplicación del segundo no resulta una verdadera derogación de la primera, sino que lo que se hace es excluir el supuesto de la aplicación de la norma dispositiva: cf. R. Caldera, *Derecho del Trabajo*, p. 209, nota 104.

normativa y aplicarla de oficio,¹⁸ ya que ésta constituye una norma jurídica. No obstante, en la práctica, a menudo, no la conoce, en particular en caso de usos locales o de usos que rigen para un solo ramo de comercio, de modo que la parte interesada va a ayudarle en la comprobación de los mismos. Por tratarse de la comprobación de normas, el juez puede basarse, incluso, en medios de prueba no mencionados en los códigos; en particular, se servirá de dictámenes de las organizaciones profesionales, vgr., certificados de las Cámaras de Comercio.¹⁹ A veces, aquellos usos están coleccionados,²⁰ lo que puede ocurrir, de igual manera, respecto de los usos contractuales.²¹ Estos, por constituir hechos y no normas deben ser probados por las partes.

Por la misma razón, se sostiene que el error en la interpretación de un uso contractual no puede ser objeto de examen del Tribunal de Casación, sin perjuicio de que éste podría casar una decisión que, comprobada la existencia de tal uso, no lo hubiere aplicado sin especificar que las partes lo hubiesen querido descartar.²² La no aplicación de un uso normativo puede ser censurada en sede de casación.²³

Respecto de la costumbre normativa del artículo 9, Código de Comercio, se ha discutido, lo mismo que respecto al

-
18. A veces, se niega la aplicación del principio *Iura novit curia*, por falta de un texto oficial a que el juez podría referirse: cf. Valeri, *Manuale di diritto commerciale*, N° 28, pero considera al juez obligado a aplicar el uso cuando lo conozca: en contra, incluso, de esta segunda regla, Pineda León, *Principios de Derecho Mercantil*, N° 25, al fin.
 19. La comprobación de los usos normativos tiene carácter parecido a la del derecho extranjero; ver a tal respecto, recientemente, artículo 109, aparte único, Ley venezolana sobre Derecho de Autor, Cf. Fernández, *ob. cit.*, artículo I, N° 8; De Sola Cañizares, *ob. cit.*, p. 302; ver, también, Pineda León, N° 25.
 20. Cf. Ascarelli, *ob. cit.*, p. 82, acerca del derecho comercial italiano, del Código de Comercio de 1882, con referencia a las colecciones de usos a cargo de los Consejos Provinciales de la Economía, sosteniendo que tales colecciones constituyen simplemente un elemento para probar la existencia del uso, que puede, sin embargo, ser considerado insuficiente dejando lugar a una prueba en contrario. Ver posteriormente, artículo 9, Disposiciones sobre la Ley en General, Código Civil italiano de 1942 y sobre él, Messineo, *ob. cit.*, I, § 4, N° 17, en el sentido de que basta remitir a la colección oficial, para presumirse la existencia del uso publicado, sin perjuicio de que se pruebe, en su caso, la no existencia. Ver, además, De Sola Cañizares, *ob. cit.*, p. 306.
 21. Cf. respecto del derecho alemán, vgr., Baumbach-Duden, *loc. cit.*, nota 30.
 22. Cf. Hamel-Lagarde, *ob. cit.*, N° 47.
 23. Cf. Messineo, *ob. cit.*, I, § 4, N° 16,d; en otro sentido, Pineda León, *ob. cit.*, N° 25.

artículo 1º, Código de Comercio italiano de 1882, si requiere el llamado elemento subjetivo de la costumbre, en el sentido de que las personas que siguen una determinada práctica tengan la conciencia de su obligatoriedad.²⁴ Se ha dicho que la decisión al respecto depende de la concepción de los usos normativos en general, a saber, si se los consideran una fuente de derecho paralela a la ley, en cuyo caso debería exigirse aquel elemento subjetivo, de acuerdo con la enseñanza de la Escuela histórica, o si se consideran tales usos o costumbres eficaces solamente en virtud de la referencia legislativa, concibiéndolos como una fuente subordinada a la ley, en cuya hipótesis no sería necesario basar su eficacia sobre la **opinio iuris** **atque necessitatis**. Otros, sin embargo, distinguen ambos problemas y pese a concebir las costumbres o usos **praeter legem** como una fuente paralela a la ley, niegan la necesidad de la **opinio iuris**, por considerarla irrelevante y por implicar la exigencia de tal requisito la afirmación de dos cosas que están en oposición: que el uso no se forma sin la **opinio**, pero la **opinio** sólo nace cuando el uso ya se ha formado.²⁵ El texto del artículo 9, Código de Comercio venezolano, que no hace ninguna alusión a ese requisito, se presta más bien para esta última tesis negativa.

Se discute si en los casos que no están especialmente resueltos por el Código de Comercio, se aplicarán las disposiciones del Código Civil (Art. 8, Código de Comercio) antes²⁶ o después²⁷ de las costumbres mercantiles del artículo 9. La primera tesis, que se basa en una interpretación literal del artículo 8 y en el orden de los dos artículos, es incompatible con el carácter del derecho mercantil como derecho especial, que ha nacido por la fuerza del uso y que aun con posterioridad a su codificación continúa desarrollándose de manera considerable por obra de los usos que, en una primera fase, tienen carácter de usos contractuales para transformarse, luego, en costumbre normativa.²⁸ De una interpretación sistemática de los textos resulta que las disposiciones del Código Civil sólo se aplicarán en los casos que no estén resueltos por el Código de Comercio ni por las costumbres mercantiles a que el Código de Comercio hace referencia para que suplan el silencio de la ley, en las materias de su competencia, circunscritas

24. Cf. Ascarelli, *ob. cit.*, p. 84.

25. Ver, Messineo, *ob. cit.*, I, § I, N° 7; § 4, Nos. 16 y 18.

26. En tal sentido, C. Morales, *Comentarios al Código de Comercio Venezolano*, p. 55; en el del texto, por el contrario, Pineda León, *ob. cit.*, Nos. 23, al fin y 26.

27. Así, expresamente, artículo I, Código de Comercio italiano de 1882.

28. Cf. M. Satanowsky, *Tratado de Derecho Comercial*, I, pp. 144-5.

en el artículo 1º del Código.²⁹ En razón de esa remisión expresa a las costumbres mercantiles, puede aun decirse que éstas queden incorporadas en el Código de Comercio, en el sentido de que los casos por ellas resueltos no queden dentro de aquellos no especialmente resueltos por el Código.

Este problema de interpretación de la legislación positiva debe distinguirse, sin embargo, del otro ya señalado de la teoría general del derecho, acerca del fundamento de la fuerza obligatoria de los usos *praeter legem*, de si dicha fuerza resulta o no del reconocimiento estatal.³⁰ Por lo demás, del carácter del derecho mercantil como derecho especial se desprende, asimismo, que aun cuando el caso no esté resuelto ni siquiera por las costumbres mercantiles, antes de recurrir a las disposiciones del Código Civil, cabe la aplicación analógica de las disposiciones del Código de Comercio mismo (Art. 4, aparte único, primera parte, Código Civil).³¹

Se ha discutido, a menudo, el papel de la jurisprudencia en el desarrollo de la costumbre normativa, incluso *contra legem*, sea que los tribunales reconozcan tales costumbres, sea que intervengan aun activamente en su nacimiento.³² Se ha dicho que los legisladores que atribuyan a la costumbre una importancia secundaria y excluyan la costumbre *contra legem*, lo que hace, vgr., el artículo 7, Código Civil venezolano, exceden de su competencia del mismo modo como si prohibiesen que se dicten nuevas leyes. Se sostiene, en particular, que la jurisprudencia, aunque siempre intente conciliar su solución con el texto de la ley, establece, no raras veces, principios nuevos, cuya aplicación constante en la práctica forma un derecho consuetudinario. No obstante, en lo que concierne a las costumbres mercantiles normativas, se ha podido mantener la noción de la primacía de la ley limitándola a la ley mercantil y justifican-

29. Una opinión muy difundida sostiene la tesis del texto, incluso, respecto al artículo I, Título Preliminar del Código de Comercio argentino, pese que allí falta una norma análoga a la del artículo 9, Código de Comercio venezolano (cf. *supra* el texto antes de la nota 5) y que el artículo 17, Código Civil, dispone que el uso, la costumbre o la práctica no pueden crear derechos, sino cuando las leyes se refieren a ellos: ver, R. Goldschmidt, *Curso de Derecho Mercantil*, p. 46; De Sola Cañizares, *ob. cit.*, p. 307; en contra, vgr., C. Malagarriga, *Derecho Comercial*, 11ª ed., 1965, pp. 10 y ss.

30. Cf. Messineo, *ob. cit.*, I, § 14, N° 18; Arminjon-Nolde-Wolff, *ob. cit.*, I, N° 115.

31. Cf. Ascarelli, *ob. cit.*, p. 93; Fernández, *ob. cit.*, artículo II, N° 3; Satanowsky, *ob. cit.*, pp. 137 y ss. Ver, asimismo, en relación al derecho de la navegación, artículo I, Código de Navegación italiano, de 1942.

32. Cf. Arminjon-Nolde-Wolff, *ob. cit.*, I, Nos. 115-7; II, N° 483.

do la fuerza derogatoria de la costumbre mercantil respecto de la ley civil, hasta la imperativa,³³ con el principio de que las costumbres mercantiles prevalezcan en relación a la ley civil.³⁴

Se ha relacionado ese problema con el de la unificación del derecho comercial con el derecho civil y afirmado que los partidarios de la unificación sean hostiles a la formación de nuevas costumbres mercantiles derogatorias de la ley civil.³⁵ No obstante, hay que distinguir entre el problema de derecho positivo que en Francia, donde se ha hecho ese planteo, y Venezuela, aunque en el primer país no hay una disposición análoga al artículo 9, Código de Comercio venezolano, debe resolverse atendiendo a la especialidad del derecho mercantil, y el problema de *lege ferenda* que se plantearía en caso de unificación de las obligaciones y contratos, previstas, incluso, en los Anteproyectos de Reforma venezolanos, los cuales no admiten las costumbres normativas *contra legem*.³⁶ Pero, como se ha observado ya, la prohibición de costumbres *contra legem* siempre arriesga a no ser observada en casos particulares y esto ocurrirá con o sin unificación del derecho mercantil con el civil.

Los Usos Generales de Comercio yugoslavos, promulgados el 18 de enero de 1954, tienen un carácter distinto de los usos comerciales de un país con legislación comercial y civil codificada, aun cuando en él tales usos hubiesen sido publicados en colecciones oficiales.³⁷ Para entender esto fuera de Yugoslavia precisa señalar rápidamente la génesis de aquéllos. Con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, en 1945, la legislación en aquel entonces vigente, fue derogada en bloque, incluso la mercantil, diferente en las distintas provincias unificadas al terminar la Primera Guerra Mundial, por regir cinco códigos de comercio, en parte, de inspiración francesa, en parte, modelados sobre el Código de Comercio General alemán de 1861. No obstante, la ley derogatoria permitía la aplicación de las disposiciones de las leyes derogadas como reglas de de-

33. En Alemania, donde no hay un texto tendiente a limitar la costumbre normativa, se considera factible que ésta derogue la ley, a saber, también la mercantil, aunque se discute si actualmente existen normas mercantiles consuetudinarias: cf. Schlegelbergger, *ob. cit.*, § 346, nota 9; Baumbach-Duden, *ob. cit.*, Introducción, II, 2.

34. Cf. Hamel-Lagarde, *ob. cit.*, N° 46; R. Goldschmidt, *Curso de Derecho Mercantil*, p. 47; De Sola Cañizares, *ob. cit.*, I, p. 301.

35. Cf. Houin, *loc. cit.*, pp. 254, 257-8.

36. Ver el texto al final de este trabajo.

37. Cf. R. David, *Les Grands Systèmes de Droit Contemporains*, N° 252; Blagojevic, en De Sola Cañizares, *ob. cit.*, pp. 281, 427.

recho siempre que no fueran contrarias al nuevo régimen social y no hubiese nuevas disposiciones reguladoras del asunto en cuestión.³⁸ Implantado el nuevo sistema social y económico, durante el período de la economía centralizada dirigida por el Estado, las relaciones económicas fueron reguladas, esencialmente, por disposiciones de carácter administrativo hasta que, a partir de 1950, se procedió a la descentralización y desestatización económica, transfiriendo las empresas económicas del Estado a los trabajadores, organizados en el sentido de una sociedad de trabajo cuya estructura orgánica —consejo de trabajadores, consejo de administración, director— recuerda la de la sociedad anónima de la economía capitalista.³⁹ Esas empresas y otras organizaciones económicas tienen amplia autonomía y actúan en sus relaciones recíprocas libremente, dentro de una economía que, en los límites del plan económico, se rige, esencialmente, por las leyes de demanda y oferta. De ahí, la necesidad de nuevas reglas en materia contractual, por ser la mayor parte de los textos de los códigos anteriores a 1945 obsoletos, además de diferir los unos de los otros.

Los Usos Generales de Comercio, que comprenden 257 disposiciones sobre la aplicación de los mismos, la conclusión de los contratos, entre ellas dos sobre el contrato por adhesión (Nos. 32 y 33), su cumplimiento, mora, daños y perjuicios, abarcan no sólo muchas reglas que en los países con derecho codificado encuentran su base en usos o costumbres, así, vgr., las sobre las modalidades de la entrega (Nos. 80 y ss.), sino también, e incluso, en número considerable, textos en parte muy modernos —vgr., en materia de imprevisión (Nos 55 y ss.) o relativos al cúmulo del derecho a daños y perjuicios y del derecho al seguro (Nº 238)— sobre los contratos en general que, en aquellos países, se hallan en los códigos de comercio, civiles y de obligaciones. Se ha procedido de esta manera por la necesidad de adoptar rápidamente nuevos preceptos sin la demora que implicaría un proceso legislativo, que, por lo demás, no ha sido excluido, sino que sólo ha quedado para más adelante.⁴⁰

Los Usos Generales de Comercio que rigen, en primer lugar, la compraventa, pero se aplican, también, a otros contratos comerciales expresamente enumerados, a saber, permuta, corretaje, agencia, comisión, transporte, expedición, depósito de mercancías y seguro (Nº 1),⁴¹ han sido adoptados por el

38. Cf. R. David, *ob. cit.*, Nº 231, Nº 247.

39. Cf. Stojan Pretnar, en *Osteuroparecht*, 1961, pp. 233 y ss; R. David, *ob. cit.*, Nº 242.

40. V. Kapor, *op. cit.*, edición inglesa, p. 6, habla de una codificación provisional.

41. No obstante, por faltar una legislación sobre obligaciones y contra-

pleno del Arbitraje General de Estado, la actual Corte Económica Suprema,⁴² publicados en la **Gaceta Oficial** y su aplicación por los tribunales económicos, que han reemplazado a las Cortes de arbitraje anteriores, ha sido expresamente dispuesta por el artículo 5, Ley de Introducción a la Ley de Procedimiento Civil, de 8 de diciembre de 1956.⁴³ Por otra parte, el uso N° 2 establece que los usos se apliquen si las partes hubiesen consentido en su aplicación, presumiéndose su consentimiento si, en caso de controversia, la jurisdicción de aquellos tribunales hubiese sido prescrita o convenida para el contrato, siempre que de éste no resulte que las partes hubiesen excluido su aplicación.

Concebir los Usos Generales de Comercio como derecho objetivo y fundar su aplicación en la voluntad de las partes, resulta contradictorio. En verdad, V. Kapor no encuentra tal contradicción, por tener los Usos Generales carácter dispositivo, como todas las costumbres mercantiles.⁴⁴ Pero la aplicación de los usos normativos, aunque tengan carácter dispositivo,⁴⁵ como la de toda norma dispositiva, incluso la legislativa, no se funda en la voluntad de las partes del negocio concreto, sino la de los primeros en una larga práctica uniforme, pública,

tos, se los aplican, incluso, a transacciones civiles; cf. Blagojevic, en De Sola Cañizares, *ob. cit.*, p. 281; V. Kapor, *loc. cit.*, p. 6.

42. La base legal para ello ha sido el artículo 19, párrafo segundo, de la Ley sobre el Arbitraje de Estado, de 1947, en cuya redacción, cuando habla de la determinación de los usos comerciales en vista de la publicación de colecciones de esos usos, repercute aún la noción de los usos en los países con legislación codificada: cf. *supra*, el texto antes de la nota 37, e *infra* después de la nota 49. Desde otro punto de vista, V. Kapor, *loc. cit.*, pp. 5-6, pone de relieve que aquel Supremo Tribunal, compuesto no sólo por jueces profesionales sino también por jueces temporarios, elegidos entre los expertos económicos, había estado en las mejores condiciones para conocer costumbres y usos mercantiles y juzgar acerca de su aplicación a las nuevas condiciones económicas.
43. Cf. en igual sentido, artículo 5, párrafo tercero, Ley sobre los Tribunales Económicos, del 5 de julio de 1954. La Constitución de 1963 se refiere en su artículo 132, párrafo cuarto, a los Tribunales Económicos.
44. *Loc. cit.*, p. 8.
45. No obstante, V. Kapor, *loc. cit.*, p. 8, en nota, señala que existe un número pequeño de usos de aplicación obligatoria, concernientes al orden público —vgr., N° 187, en materia de moneda, o N° 252, relativa a la reducción de la pena convencional— que, por su naturaleza, no serían costumbres sino regulaciones legales, incluidas en los Usos Generales, para completarlos, o usos correspondientes al derecho de obligaciones que serían igualmente regulaciones de esa naturaleza, y como tales de fuerza obligatoria. Acerca de la posibilidad de usos normativos imperativos, en los países con derecho codificado, cf. *supra*, nota 10.

general, y la de la segunda en la ley; los usos contractuales, por el contrario, se aplican en razón de la voluntad de las partes, pero ellos no tienen carácter de derecho objetivo, por no cumplir con los requisitos de una costumbre normativa y por no haber una ley que les atribuyese tal carácter, ya que si figuraren en una ley, se aplicarían en virtud de la misma.⁴⁶ Los Usos Generales de Comercio, de todas maneras, en razón de la citada disposición de la Ley de Introducción a la Ley de Procedimiento Civil, que, lo mismo que el artículo 5, párrafo tercero, de la Ley sobre los Tribunales Económicos, al determinar el contenido de la sentencia judicial, constituye una norma de derecho justicial material (**materielles Justizrecht**), en el sentido de la doctrina de James Goldschmidt,⁴⁷ se aplican por su carácter normativo y, así, el mismo Kapor, al tratar a continuación el problema de su aplicación a contratos, con participación de extranjeros, sometidos por las partes al derecho yugoslavo, pero no explícitamente a los Usos Generales de Comercio, concluye que la cláusula acerca de la aplicación del derecho yugoslavo implica la aplicación de los Usos Generales de Comercio dictados por una autoridad estatal, publicados en la *Gaceta Oficial* y cuya aplicación está establecida expresamente por la ley.⁴⁸

V. Kapor, para llegar a este resultado, parte, sin embargo de la idea de que los Usos Generales de Comercio constituyen derecho consuetudinario y haciendo referencia al principio de que las costumbres mercantiles para ser aplicadas deben o deberían ser conocidas por las partes, sostiene que en caso de haberse estipulado genéricamente la aplicación del derecho yugoslavo, habría que presumir el conocimiento de las partes de que los Usos Generales se apliquen a las relaciones contractuales de comercio. No obstante, ese principio de la necesidad de conocimiento procede sólo respecto de las costumbres contractuales o interpretativas y no en relación al derecho consuetudinario. En el presente caso, de todas maneras, se trata solamente de la interpretación de la cláusula sobre el

46. Cf. De Sola Cañizares, *ob. cit.*, I, p. 302, en relación al derecho francés.

47. Cf. R. Goldschmidt, en *Estudios de Derecho Comparado*, pp. 215 y ss., en particular, p. 228.

48. Pp. 9 y 10. Igualmente, al discutir la aplicación de los Usos Generales, en caso de que, en contratos con participación extranjera, se hubiese acordado la jurisdicción de los tribunales económicos yugoslavos o aun la del Arbitraje del Comercio Exterior, adscrito a la Cámara Económica Federal Yugoslava, lo que implica, normalmente, la submisión de la causa bajo el derecho sustancial del tribunal del país (*lex fori*). V. Kapor, pp. 10-1, trata en definitiva, los Usos Generales de Comercio como pertenecientes al derecho yugoslavo.

derecho aplicable que, en caso de duda, comprende todas las normas de derecho objetivo y, por consiguiente, también los Usos Generales de Comercio, que son en aquel país la principal fuente de derecho aplicable.⁴⁹

Por otra parte, los Usos Generales yugoslavos no constituyen derecho consuetudinario, ni por su origen, ni por ser su aplicación expresamente prescrita por la ley, lo que los distingue, esencialmente, de las colecciones de costumbres, incluso las compiladas por entidades oficiales, en los países con derecho codificado, ya que éstas se aplican cuando cumplen con los requisitos de derecho consuetudinario, para lo cual la inclusión en las colecciones sólo crea una presunción, o, en caso de costumbres interpretativas, si las partes hubiesen aludido a ellas, lo que se presume. Los Usos Generales, en cambio, representan derecho, en gran parte, de carácter dispositivo,⁵⁰ aplicable por voluntad de la ley aun cuando no figuren en una ley, sino que una ley hace obligatoria su aplicación a los tribunales, y aun cuando su texto, siguiendo la doctrina tradicional respecto de las costumbres contractuales, haya vinculado su aplicación al consentimiento de las partes, sin distinguir respecto al carácter particular de los diversos preceptos.⁵¹ Por consiguiente, incluso, los usos interpretativos o contractuales, por

49. Si se hubiese convenido la aplicación del derecho venezolano, esto significaría, normalmente, incluso, la de las costumbres mercantiles normativas, mientras que, justamente en aplicación de la ley venezolana, eventuales usos interpretativos sólo intervendrían si las partes los conocían o hubieren debido conocerlos.

50. Ver, sin embargo, *supra*, nota 45.

51. Piénsese, por ejemplo, que la primera regla sustancial del uso N° 4 establece que el contrato se reputa celebrado cuando las partes hayan llegado a un acuerdo sobre los elementos esenciales del mismo. Ese texto, e igual observación puede hacerse respecto de las demás disposiciones sobre la conclusión de los contratos, evidentemente, no tiene nada que ver con la voluntad de las partes expresada en el contrato. En verdad, V. Kapor, *loc. cit.*, p. 8, en nota, cita como opinión prevaleciente que los Usos Generales de Comercio precedan a regulaciones legales de carácter dispositivo, por ser aplicables de acuerdo con la voluntad de las partes como parte de su contrato. Sin embargo, a este resultado se llegaría, igualmente, al atribuir a los Usos Generales de Comercio el carácter de norma especial en relación a aquellas regulaciones legales. Los usos especiales, fijados por la Cámara Económica Federal que, con anterioridad a su publicación, deben ser remitidos por ésta a la Suprema Corte Económica, a los fines de un examen de su compatibilidad con los Usos Generales y otras regulaciones, son considerados como complemento de los Usos Generales, respecto a determinadas industrias o al comercio de determinadas mercancías. Acerca de la prevalencia de las costumbres normativas especiales en relación a las generales, cf. en relación al Código de Comercio italiano de 1882, Ascarelli, *ob. cit.*, p. 87.

ejemplo, en materia de transporte (Nos. 100 y ss.), han adquirido el carácter de normas interpretativas.⁵²

Para darse cuenta de que los Usos Generales de Comercio no constituyen derecho consuetudinario, debe recordarse, también, su génesis. Comprenden, en parte, costumbres o usos practicados en el país desde la Segunda Guerra Mundial, a saber, durante un lapso de tiempo reducido, y preceptos jurídicos establecidos en el país en ese período, de acuerdo con las nuevas exigencias jurídicas. Se han considerado, asimismo, usos y costumbres modernos aplicados en otros países, aun los **Incoterms** de 1953, que incluyen usos interpretativos, de carácter internacional, elaborados por la Cámara de Comercio Internacional para contratos de comercio exterior,⁵³ códigos de comercio y civiles modernos y, especialmente, el Proyecto de Roma de ley uniforme sobre la venta internacional de objetos muebles corporales (segunda edición).⁵⁴ En este sentido, V. Kapor pone de relieve que los Usos Generales de Comercio han introducido nuevas ideas en la legislación yugoslava y resuelto un número de asuntos controvertidos,⁵⁵ lo que no es la función del derecho consuetudinario. Mientras que respecto a las costumbres normativas se ha negado aún la posibilidad de su aplicación analógica, por ser el resultado de una práctica,⁵⁶ los Usos Generales de Comercio, han sido extendidos por los tribunales como cualquier norma legal.⁵⁷

El principio del uso N° 3, de que las partes, en sus operaciones comerciales, deben observar la buena fe y que no pueden invocar usos cuya aplicación resultaría, en consecuencia, contraria a tal principio, ha sido desarrollado en otros países, así en Alemania, en relación a las costumbres o usos contractuales.⁵⁸ Referido a normas dispositivas, el principio significa que éstas no suplen el silencio de las partes si su aplicación en el caso concreto llevaría a tales consecuencias, ya que se reputa, entonces, que las partes hubieren dado al contrato el

52. Cf. Messineo, *ob. cit.*, II, § 46, Nos. 1 y 4; Betti, *ob. cit.*, N° 7.

53. Cf. Hamel-Lagarde, *ob. cit.*, pp. 161-2.

54. Cf. la traducción castellana del mismo, en la *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad Central de Venezuela, n° 19, pp. 171 y ss.; y sobre el texto definitivo de la Convención de La Haya, de 1964, Tunc, en *Rev. Intern. de Droit Comparé*, 1964, pp. 547 y ss.; acerca de la influencia del Proyecto sobre el Código de Comercio Internacional de Checoslovaquia, cf. Kalensky, *ivi*, pp. 565 y ss.

55. *Ob. cit.*, pp. 5, 87.

56. Cf. Ascarelli, *ob. cit.*, p. 87.

57. Cf. V. Kapor, pp. 87 y ss.

58. Cf. Baumbach-Duden, *Introducción*, 3, al § 343, § 346, nota 3.c.

contenido conforme a aquel principio derogando la norma dispositiva.⁵⁹

Volviendo al derecho venezolano, desde el punto de vista de la reforma legislativa, el Anteproyecto de la Ley de Reforma Parcial del Código Civil, relativo a la unificación de las obligaciones y contratos civiles y mercantiles, refunde el artículo 7, Código Civil, con el artículo 9, Código de Comercio, al disponer que las leyes no pueden derogarse sino por otras leyes, principio expresado, asimismo, en el artículo 177, Constitución Nacional; que ningún uso puede derogar la ley; que en las materias reguladas por ésta los usos sólo tienen eficacia cuando la ley remite a ellos y que en las materias no reguladas los usos suplen el silencio de la ley.⁶⁰ No obstante, podría discutirse si conviene mencionar del todo en el artículo 7, Código Civil, los usos normativos⁶¹ y, de cualquier manera, si en ausencia de disposiciones sobre la interpretación de los contratos, como se encuentran en los Códigos francés e italiano, y que deberían encontrarse aun en el Código venezolano,⁶² habría que modificar ligeramente el texto del artículo 1.160, Código Civil, con el fin de aclarar más que incluya la interpretación integrativa, redactándolo, vgr., así: "Los contratos deben ejecutarse de buena fe y obligan no solamente a cumplir lo expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que se deriven de los mismos contratos, según las exigencias de aquélla, ateniéndose al uso, o a la ley".⁶³

59. Ver, en relación al derecho alemán, Palandt, *ob. cit.*, § 133, nota 4, § 157, nota 2.b. Sobre la aplicación del uso n° 3 en la práctica, cf. V. Kapor, *loc. cit.*, p. 88.

60. Ver, también, artículo 8, primera parte, Disposiciones sobre la ley en general, del Código Civil italiano, y, al respecto, Messineo, *ob. cit.*, I, § 4, N° 16.

61. Houin, *loc. cit.*, p. 252, señala la tendencia del legislador moderno de transformar costumbres normativas en leyes escritas. Acerca de los usos contra legem, ver *supra* el texto después de la nota 32.

62. En verdad, Planiol-Ripert, *ob. cit.*, N° 1.181, opinan que los textos del Código francés sobre la interpretación hubiesen podido subsistir en estado de reglas doctrinarias. No obstante, el Código Civil italiano de 1942, aunque las modernice, también las comprende: artículos 1.362 al 1.371.

63. Cf. *supra*, nota 8.

Homenaje al doctor
Joaquín Sánchez-Covisa

LA FUNCION DE LA RECIPROCIDAD EN EL SISTEMA VENEZOLANO DEL EXEQUATUR *

por

GONZALO PARRA ARANGUREN

SUMARIO: 1. La sentencia de la Alta Corte Federal del 11 de noviembre de 1881. 2. La sentencia de la Alta Corte Federal del 6 de junio de 1882. 3. Dificultades de Antonio Fabiani en la ejecución del laudo arbitral. 4. Reclamación diplomática y Tratado de 24 de febrero de 1891. 5. Preocupación de la Cancillería por el reclamo. 6. Sugerencias de la Cancillería al Congreso Nacional en 1895, 1896 y 1897. 7. Recomendaciones de la Alta Corte Federal al Congreso de la República en 1895, 1896 y 1897. 8. El artículo 713 del Código de Procedimiento Civil de 1897. 9. La posición de la Alta Corte Federal y del doctor Ramón F. Feo frente a la reforma. 10. El Voto Salvado del doctor José Manuel Juliá. 11. Crítica doctrinaria de la reciprocidad objetivamente considerada. 12. La aplicación preferente de los tratados internacionales. 13. El Acuerdo Boliviano suscrito en Caracas el 18 de julio de 1911. 14. Aplicación por la jurisprudencia del Código Bustamante. 15. Crítica del planteamiento anterior. 16. Importancia práctica de la reciprocidad. 17. Su moderada consagración legislativa. 18. Reciprocidad legal y de hecho. 19. Legislación extranjera que imponga requisitos análogos a la nuestra. 20. La reciprocidad en sistemas jurídicos complejos. 21. La reciprocidad desde el punto de vista del Derecho transitorio. 22. Posición liberal de nuestra jurisprudencia respecto de la reciprocidad. 23. La reciprocidad como condición previa. 24. Negativa de **exequatur** sólo por falta de prueba de la reciprocidad. 25. Rechazo de la solicitud por falta de prueba de la reciprocidad y por su improcedencia. 26. Negativa de **exequatur** por improcedencia de la petición sin análisis de la reciprocidad. 27. Tratamiento liberal de la reciprocidad en caso de concederse el **exequatur**: hipó-

* En el presente trabajo se utilizarán las siguientes abreviaturas: ACFC = Actuaciones de la Corte Federal y de Casación; GF 1a. = Gaceta Forense, Primera Etapa; GF 2a. = Gaceta Forense, Segunda Etapa; GO = Gaceta Oficial; LA = El Libro Amarillo; MACF = Memoria de la Alta Corte Federal; MCFC = Memoria de la Corte Federal y de Casación; TPAIV = Tratados Públicos y Acuerdos Internacionales de Venezuela; RDLDV = Recopilación de Leyes y Decretos de Venezuela.

tesis en las cuales no se ha examinado su prueba. 28. La carga de la prueba de la reciprocidad de acuerdo con el Código de Procedimiento Civil venezolano. 29. Amplitud de la jurisprudencia frente a este problema. 30. La posibilidad de dictar autos para mejor proveer. 31. Oportunidad de la prueba de la reciprocidad. 32. Los medios probatorios admisibles. 33. Aplicación analógica del Código Bustamante en esta materia. 34. La posición de la jurisprudencia posterior. 35. El texto de la ley extranjera: validez de las certificaciones consulares. 36. La certificación de dos abogados en ejercicio. 37. Valor de las copias certificadas de otro expediente para probar la reciprocidad. 38. Necesidad de certificar el carácter de abogado del declarante. 39. La declaración de abogados no es una prueba testimonial. 40. Es una experticia jurídica. 41. Apreciación de los elementos probatorios. 42. Requisitos formales de los medios de prueba.

1. El ciudadano Antonio Fabiani, de nacionalidad francesa y domiciliado en Francia, mantenía relaciones de negocios en Venezuela, en sociedad con Benito y Andrés Roncajolo. Con vista de ciertas discrepancias resolvieron someter las diferencias existentes al conocimiento de árbitros: el Tribunal designado,¹ se reunió en Marsella, de acuerdo con las cláusulas del compromiso, y su fallo fue inscrito el 17 de diciembre de 1880, habiendo sido declarado ejecutorio el 21 de ese mes por el presidente del Juzgado de Primera Instancia de la misma ciudad.

Benito y Andrés Roncajolo promovieron de seguida se declarara la nulidad del compromiso y la revocatoria del "Ejecútese" estampado al fallo. Sin embargo, el Tribunal de Primera Instancia de Marsella, con fecha primero de abril de 1881, negó las antedichas pretensiones, e interpuso recurso de apelación, su sentencia fue confirmada, en 25 de julio de 1882, por la Corte Superior de Aix, decisión esta última que quedó definitivamente firme.

Antonio Fabiani se trasladó a Venezuela, con el objeto de obtener la ejecución del fallo arbitral, y de dirigir personalmente las diligencias pertinentes, y en siete de junio de 1881 depositó en la Secretaría de la Alta Corte Federal tanto el ori-

1. El Tribunal estuvo compuesto por dos árbitros, "el uno hermano y acreedor de B. Roncajolo y el otro tío y acreedor de Fabiani" (LA, 1897, pág. 669). Antonio Fabiani estaba casado con una hija de Benito Roncajolo, y en su carácter de abogado ante la Corte de Bastia, Francia, le obtuvo un convenio al diez por ciento, en el proceso de quiebra que le había sido abierto a Benito Roncajolo en Marsella el 31 de agosto de 1867. Los datos esenciales de la exposición en el texto del presente caso han sido tomados de la parte narrativa de la sentencia dictada por el Presidente de la Confederación Suiza en 30 de diciembre de 1896, con motivo del reclamo diplomático hecho posteriormente a Venezuela por Antonio Fabiani, y la cual se encuentra transcrita en *El Libro Amarillo*, 1897, págs. 663-732.

ginal como la traducción del expediente de arbitraje, conjuntamente con su pedimento de ejecutoria.²

Aun cuando en el compromiso arbitral se había establecido expresamente que la sentencia debía ejecutarse en Venezuela, sin tardanza y sin admitirse recurso alguno,³ la Alta Corte Federal, el **once de noviembre de 1881**, con una mayoría de cinco de sus miembros contra cuatro que salvaron su voto,⁴ se declaró incompetente para conceder el **exequatur** al fallo pronunciado por el Tribunal Arbitral constituido en Marsella.

Tal negativa constituye, hasta donde nos ha sido posible determinar, el primer caso de **exequatur** solicitado en Venezuela de una decisión extranjera: el rechazo se fundamentó en el argumento de no poder "considerarse como Tribunal de Francia, la reunión de los árbitros que tuvo efecto en Marsella", y de que una orden judicial de ejecución "no podía convertir en jueces de la nación a los que no son, ni en sentencia de un tribunal extranjero lo que simplemente es un contrato".⁵

2. La competencia de la Alta Corte Federal para conceder la fuerza ejecutoria solicitada derivaba del artículo 556 del Código de Procedimiento Civil sancionado el 10 de diciembre de 1880, con vigencia a partir del 27 de abril de 1881, concebido en estos términos: "Corresponde a la Alta Corte Federal declarar la fuerza ejecutoria de las sentencias de autoridades extranjeras" (RDLDV, Tomo IX, Caracas, 1891, n° 2.269, pág. 195).
3. El punto relativo a la eficacia del convenio celebrado entre Antonio Fabiani, por una parte, y Benito y Andrés Roncajolo, por la otra, en el sentido de que el fallo de los árbitros debía ser ejecutorio en Venezuela de pleno derecho, sin necesidad de **exequatur** alguno, constituyó uno de los alegatos de Antonio Fabiani ante el Tribunal Arbitral que resolvió su reclamación diplomática contra Venezuela. El Presidente de la Confederación Suiza lo descartó de la manera siguiente: "...las convenciones entre las partes no pueden derogar reglas de orden público, como lo son las relativas a la ejecución de sentencias extranjeras; materia que se relaciona con la soberanía y es regida por principios del derecho más estricto (véase a Calvo, **Derecho Internacional Teórico y Práctico**, 5ª edición, Vol. III, página 366). Por otros respectos, las leyes territoriales son las que determinan exclusivamente las formalidades y condiciones del Ejecútese" (LA, 1897, pág. 700).
4. La mayoría de la Alta Corte Federal estuvo integrada por J. I. Arnal, Leónidas Méndez, Fernando Figueredo, Rafael E. Aponte y J. C. Hurtado. Los votos salvados correspondieron a José María Ortega Martínez, Leónidas Anzola, Evaristo Lima y Manuel Rendón Sarmiento.
5. MACF, 1882, págs. 210-218. Los párrafos pertinentes de la sentencia dicen como sigue: "...de modo que, para llegar a una conclusión cierta con relación al punto de competencia, basta esclarecer si la decisión arbitral que manda cumplir aquélla, o una y otra conjuntamente, deben considerarse como sentencia dictada por autoridad extranjera, puesto que a tales sentencias es que se refiere el primero de los artículos citados (556 del Código de Procedimiento Civil, transcrito en la nota 2). Se comprende a la sim-

2. No obstante esta declaratoria, el ciudadano Antonio Fabiani se dirigió nuevamente a la Alta Corte Federal en 12 de noviembre de 1881, para solicitar en esta oportunidad que se concediera fuerza ejecutoria a la sentencia dictada por la Corte de Apelación de Aix, Francia, el 25 de julio de 1881, confirmatoria de la pronunciada por el Juzgado de Primera Instan-

ple vista, que un tribunal constituido con árbitros voluntarios, no es un tribunal del lugar o de la nación en que se constituye, porque debe su nacimiento a un arreglo o contrato entre las partes, y de la voluntad de estas mismas dependen, la extensión de su jurisdicción, su modo de proceder y su duración. El fallo, o laudo de esos árbitros no es sino el definitivo resultado, el complemento del contrato que les invistió de carácter; de manera que, para que dicho fallo o laudo tenga fuerza en el mismo país en que se expidió, es indispensable la intervención del Tribunal ordinario competente, del mismo modo que se necesita de su intervención para hacer cumplir cualquier contrato o acto entre particulares. No sucede así respecto de las sentencias pronunciadas por Juzgados nacionales, las cuales se cumplen en el interior sin más requisitos al quedar ejecutoriadas. El hecho de que el Código Civil francés autorice la formación de tribunales de árbitros voluntarios, no constituye a éstos en jueces nacionales. Así, como porque aquel Código autorice y reglamente la formación y ejecución de cada uno de los contratos que pueden celebrarse entre particulares, no se sigue que esos contratos dejen por ello de ser de interés privado" (págs. 211-212). Y luego de citar las opiniones de Massé, Laurent y Manresa y Reus, continúa la sentencia: "No puede, pues, considerarse como Tribunal de Francia el de árbitros que se reunió en Marsella para fallar sobre las controversias entre Fabiani y Roncajolo en virtud de compromisos de éstos; y el laudo que dictaron no tiene tampoco el carácter de una sentencia de tribunal extranjero. Y no se alegue que el decreto u ordenanza del presidente del Tribunal de Primera Instancia de Marsella que manda ejecutar el laudo, cambia la naturaleza de las cosas y convierte en jueces de la nación a los que no lo son, y en sentencia de tribunal extranjero, a lo que sólo es el complemento de un contrato; porque precisamente, como se ha dicho, la necesidad de la asistencia de la autoridad pública para que en propio territorio sea cumplido el laudo, demuestra que aquella decisión carece del carácter que se le pretende atribuir. Se ha pedido, sin embargo, la declaratoria de fuerza ejecutoria para la ordenanza del presidente del Tribunal de Primera Instancia de Marsella, pero ese decreto no es una sentencia y no puede aplicársele en tal caso el artículo 556 del Código de Procedimiento Civil, que se refiere únicamente a sentencias respecto de las cuales han de llenarse ciertas formalidades que no se requieren para expedir la dicha ordenanza" (págs. 212-213). Y después de transcribir la opinión de Fiore, concluye: "Preciso es considerar, además, que refiriéndose expresamente el artículo 556 a las sentencias de las autoridades extranjeras y el 557 siguiente a la sentencia dictada por un tribunal extranjero, sería extender esa disposición a casos que su estricta inteligencia y su letra misma no comprenden, atendidas las doctrinas citadas, el pretender asimilar las decisiones de los árbitros voluntarios a las sentencias de autoridades extranjeras o dictadas por tribunales extranjeros: extensión peligrosa en una materia de suyo grave, pues que se trata de

cia de Marsella, que había declarado sin lugar la oposición hecha por Benito y Andrés Roncajolo al fallo de los árbitros.⁶

La Alta Corte Federal, constituida accidentalmente, en seis de junio de 1882 declaró con lugar esta nueva solicitud en los términos que siguen:

"...La dicha sentencia de la Corte de Apelación de Aix, no versa sobre bienes inmuebles en Venezuela; ha sido pronunciada por autoridad judicial competente en Francia, con audiencia de las partes que figuraron en el juicio; y se refiere a obligaciones y derechos privados entre los litigantes, sin rozarse con la soberanía ni con el derecho público de Venezuela. Por tanto; y no siendo el punto sometido hoy a la decisión de esta Alta Corte, el mismo que ella resolvió en su auto fecha once de noviembre del año próximo pasado; y en virtud de los artículos 556, 557 y 558 del Código de Procedimiento Civil, se declara ejecutoria en Venezuela la expresada sentencia de la Corte de Aix (República Francesa) en nombre de la República de Venezuela y por autoridad de la ley".⁷

excepciones al principio incontrovertibles de que una nación no tiene el deber de ejecutar los actos de autoridades extranjeras, materia en la cual la regla más segura es para este Alto Tribunal, atenerse a la voluntad expresa del legislador sin exponerse a ampliaciones que probablemente no entraron, o pudieron no haber entrado en el ánimo de aquél" (págs. 214-215).

6. La Alta Corte Federal fue renovada con posterioridad a la decisión de 11 de noviembre de 1881, según consta de su Acta de Instalación de 21 de marzo de 1882 (MACF, 1883, pág. 219), y originalmente quedó integrada por Andrés Antonio Silva, general José María Ortega Martínez, licenciado José Ignacio Arnal, doctor José Felipe Machado, doctor Leónidas Anzola, general Juan Crisóstomo Hurtado y general José Trinidad Arria, este último en su carácter de suplente del doctor Pedro M. Monsalve, quien se hallaba ausente.
7. MACF, 1883, págs. 200-201. En virtud de recusaciones e inhibiciones de los magistrados natos, se constituyó la Corte Accidental que dictó la sentencia, integrada por Andrés A. Silva, J. Felipe Machado, Elías Michelena, Jesús María Sistiaga, Fulgencio M. Carías, Alejandro F. Feo, Federico Urbano y J. M. Aristiguieta. El artículo 556 del Código de Procedimiento Civil, citado en el fallo, se encuentra transcrito en la nota 2; el artículo 557 disponía: "Para que a una sentencia dictada por un tribunal extranjero pueda dársele fuerza ejecutoria en la República se requiere: 1º Que la sentencia no verse sobre bienes inmuebles situados en Venezuela; 2º Que la sentencia haya sido pronunciada por una autoridad judicial competente; 3º Que haya sido pronunciada, habiéndose citado regularmente las partes; 4º Que la obligación, para cuyo cumplimiento se haya procedido, sea lícita en Venezuela, y que la sentencia no contenga disposiciones contrarias al orden público o al derecho público interior de la República"; y el artículo 558 decía: "Para que se declare ejecutoria la sentencia es menester que se cite a aquel contra quien obre la sentencia el décimo día y que se admita a las partes a informar de palabra, en audiencia pública, lo que crean conveniente a la defensa de sus derechos. La parte que promueve el juicio debe presentar la sentencia en forma auténtica".

3. A pesar del **exequatur** concedido por la Alta Corte Federal, el ciudadano Antonio Fabiani encontró numerosas y graves dificultades de orden práctico para lograr la efectiva ejecución del laudo, debido a diversas irregularidades cometidas por los funcionarios locales encargados de la ejecución, según fuera establecido por la Alta Corte Federal, también constituida accidentalmente, en sentencia de **ocho de diciembre de 1883**.

En esa oportunidad se advirtió cómo el juez de Primera Instancia en lo Mercantil de la Sección Zulia del Estado Falcón, residente en Maracaibo, había ordenado la ejecución del laudo en 6 de julio de 1882 y comenzado a cumplir su propio Decreto, "pero luego interrumpió la ejecución, dándole entrada a articulaciones y recursos ilegales cuando se trata meramente de ejecución de una sentencia, sin que puedan alegarse las disposiciones concernientes al Título ejecutivo, que no se aplican sino a los casos determinados en el Título 2º, Libro 3º del Código de Procedimiento Civil".

Con vista de los anteriores considerandos, dispuso la Alta Corte Federal Accidental "que este juez debe continuar llevando a término dicha ejecución, en absoluta conformidad con lo que preceptúa el Título 5º, Libro 2º, del Código de Procedimiento Civil, sin dar entrada a articulaciones y recursos que sean extraños al procedimiento sobre ejecución de sentencias".⁸

8. MACF, 1884, págs. 186-188. La sentencia fue suscrita por J. Felipe Machado, Fulgencio M. Carías, Andrés A. Silva, Nicanor Freytes, J. M. Aristiguieta, Alejandro F. Feo, Pedro Centeno y R. Andueza Palacio. Tanto el vocal presidente, doctor J. Felipe Machado, como el conjez general, Jesús María Aristiguieta, salvaron su voto de la manera que sigue: "...las funciones de la Corte, en el caso particular de que se trata terminaron desde que se libró su determinación, declarando que debían ejecutarse en Venezuela las sentencias pronunciadas en Francia. Lo demás toca a los funcionarios del orden judicial, que obrarán conforme a las leyes de que son ejecutores, contrayendo en el hecho todas las responsabilidades a que hubiere lugar". Esta cuestión fue analizada por el Presidente de la Confederación Suiza, al decidir el 30 de diciembre de 1896 el reclamo propuesto por Antonio Fabiani contra Venezuela, en los términos siguientes: "...La ejecución está encomendada, en verdad, a las autoridades judiciales de los diversos Estados de la Federación, pero como encargados de hacer ejecutar sentencias extranjeras, en virtud de decisiones de la Alta Corte Federal, se hallan colocados bajo la dependencia de este Tribunal y aparecen como sus órganos de ejecución. Aceptar tesis diferente equivaldría a convertir en decretos ilusorios los autos de ejecución de la Alta Corte, que no tendría ningún medio de comunicarles efecto alguno y que en este respecto desempeñaría funciones de mera forma. Más lógico es, y está en el espíritu de la Legislación venezolana, considerar a las autoridades judiciales a que está delegada en los Estados la ejecución de las sentencias extranjeras (Ley orgánica de 1882, artículo 18, cifras 4 y 5) como jueces y tribunales de la Nación, que se hallan bajo la vigilan-

No obstante este categórico mandato, el procedimiento de ejecución se paralizó nuevamente con motivo de un conflicto de competencia, promovido el 23 de febrero de 1884 por la Corte Suprema del Estado Falcón. En tal virtud, de acuerdo con la ley, se remitió el expediente a la Corte de Casación para que, constituida en Tribunal Extraordinario junto con la Alta Corte Federal, resolviera el conflicto de competencia planteado:⁹ a pesar de que los autos llegaron el 24 de marzo de 1884 no fue dictada decisión alguna ni dentro de las veinticuatro horas siguientes, como lo ordenaba la ley, ni en los días posteriores.

4. Vistas las anteriores dificultades y previendo el surgimiento de muchas nuevas, el ciudadano Antonio Fabiani, que en el interregno había sido afectado por la fiebre amarilla, resolvió abandonar el proceso de ejecución y, en su carácter de extranjero, solicitó amparo diplomático por manifiesta denegación de justicia.

El representante de Francia en Caracas, con fecha 3 de agosto de 1887, interpuso una solicitud de resarcimiento por el Gobierno de Venezuela de los daños y perjuicios sufridos por el súbdito francés Antonio Fabiani. La negativa de nuestra Cancillería y la insistencia del Gobierno de Francia, constituyeron el punto de arranque de nuevas dificultades diplomáticas.¹⁰ Luego de enojosos incidentes, la situación fue superada con la firma de un **Tratado de Arbitramento relativo a la reclamación del señor Antonio Fabiani**, suscrito en Caracas el 24 de febrero de 1891.¹¹ Convinieron ambas partes en designar como

cia de la Alta Corte Federal y obran según sus órdenes (id., artículo 8, cifra 11)" (LA, 1897, pág. 708).

9. Tales atribuciones le correspondían de conformidad con el artículo 16 de la Ley Orgánica de la Corte de Casación del 16 de mayo de 1882, concebido en estos términos: "La Corte de Casación deberá reunirse con la Alta Corte Federal para formar un cuerpo que presidirá el presidente de esta última, o en su defecto, el de la primera, para dirimir, por mayoría absoluta, las competencias que ocurran entre una y otra Corte, o entre los tribunales, juzgados o funcionarios del Poder Judicial del Distrito Federal o de un Estado, con funcionarios del orden político, administrativo o del judicial de la Unión; o entre funcionarios del orden judicial del Distrito Federal o de un Estado con funcionarios del orden político o del administrativo de otro Estado o del Distrito Federal" (RDLDV, Tomo X, Caracas, 1887, n° 2.421, pág. 25).
10. Las relaciones entre Venezuela y Francia habían sido restablecidas por Convenio firmado en Caracas el 26 de noviembre de 1885, aprobado por el Poder Legislativo en tres de enero de 1886, habiendo tenido lugar el Canje de Ratificaciones en París el 28 de marzo de 1886 (TPAIV, Tomo I, Caracas, 1951, págs. 432-434).
11. La aprobación del Congreso es de 20 de junio de 1891 y el Canje de las Ratificaciones tuvo lugar en Caracas el 23 de octubre de 1891 (TPAIV, Tomo I, Caracas, 1951, págs. 455-456).

árbitro al Presidente de la Confederación Suiza, quien fue autorizado para aceptar el cargo por el Consejo Federal de dicha República el primero de noviembre de 1892, en el entendido de que sólo sería juez mientras desempeñase la dirección de los asuntos públicos.¹²

El ciudadano A. Lachenal, en su carácter de Presidente de la Confederación Suiza, dictó sentencia en 30 de diciembre de 1896 y condenó pagar al Gobierno de Venezuela, por vía de indemnización, la suma total de cuatro millones trescientos cuarenta y seis mil seiscientos cincuenta y seis francos con cincuenta y un céntimos, más los intereses, calculados a la tasa del cinco por ciento anual.¹³

5. Fácilmente se comprende como un asunto de tanta trascendencia para la República, acosada de reclamos diplomáticos, había de ocupar arduamente a nuestra Cancillería, y no deben extrañar tampoco sus reiterados informes al Congreso Nacional acerca del estado de la controversia.¹⁴ Menos aún puede sorprender que el Ministerio de Relaciones Exteriores venezolano pretendiera extirpar el mal de raíz y sugiriera al Poder Legislativo los remedios estimados más conducentes para prevenir situaciones como aquella que había originado la reclamación del ciudadano Antonio Fabiani, de nacionalidad francesa.

Y de esta manera, esporádica y accidental, la controversia surgida con motivo del reclamo formulado por la República de

12. Por tal motivo, conocieron del proceso cuatro Magistrados Supremos de la Confederación Suiza.

13. La reclamación de Antonio Fabiani montaba la escandalosa suma de cuarenta y seis millones novecientos cuarenta y cuatro mil quinientos sesenta y tres francos con diecisiete céntimos. Venezuela designó al doctor José Gil Fortoul para representarla ante el Tribunal Arbitral y le ordenó "que solicitase para el trabajo del alegato la colaboración de un jurista europeo, versado en materias como la que ha de decidir el Primer Magistrado de la Confederación Helvética" (LA, 1894, Exposición Preliminar, pág. XXIV). Igualmente, la Cancillería informa se "solicitó el consejo de otros jurisprudentes venezolanos, antigua prez de nuestro Foro, de quienes obtuvo luminosos estudios encaminados a demostrar el aspecto peculiar del litigio y a precisar determinados puntos en provecho de Venezuela" (LA, 1894, Exposición Preliminar, pág. XXIX). La Comisión designada estuvo compuesta por los doctores Rafael Seijas, Ramón F. Feo y Pablo José Arocha (LA, 1897, Exposición Preliminar, pág. XL).

14. Estos informes se encuentran en El Libro Amarillo correspondiente a los años de 1889 (Exposición Preliminar, pág. XII); 1891 (Exposición Preliminar, págs. 47-48, y Tomo I, págs. 587-607); 1892 (Exposición Preliminar, pág. XX, y Tomo I, págs. 73-75); 1895 (Exposición Preliminar, pág. XXI); 1896 (Exposición Preliminar, pág. XXI); 1897 (Exposición Preliminar, págs. XXXVII-XLV) y 1898 (Exposición Preliminar, págs. XXVI-XXVII).

Francia, en apoyo de las pretensiones de Antonio Fabiani, influye decisivamente en la estructura de nuestro ordenamiento procesal, en lo que a **exequatur** de sentencias extranjeras se refiere.

Tal afirmación, por insólita que aparezca, encuentra apoyo en las recomendaciones dirigidas al Congreso de la República, tanto por el Poder Ejecutivo como por la Alta Corte Federal, y las cuales necesariamente habrían de influir en la Comisión Codificadora creada el 12 de agosto de 1895 con la finalidad de revisar los Códigos nacionales.

6. En efecto, en la **Exposición Preliminar al Libro Amarillo de los Estados Unidos de Venezuela**, dirigida en 20 de febrero de 1895 al Congreso Nacional por el Ministro de Relaciones Exteriores, doctor Pedro Ezequiel Rojas, luego de informar sobre el estado de la controversia surgida con motivo del reclamo presentado por la República Francesa, en representación de Antonio Fabiani, se leen los siguientes párrafos:

"La causa primaria del enojoso asunto Fabiani, induce a este Despacho a exponer a los respetables legisladores de Venezuela ciertas ideas acerca de un punto de nuestro Código de Procedimiento Civil que viene ofreciendo tiempo ha las condiciones de una constante amenaza para la armonía de la República con los Estados extranjeros"¹⁵ "... la existencia del canon en virtud del cual se declara entre nosotros la fuerza ejecutoria de una sentencia dictada por un tribunal extranjero, no tiene todavía en Venezuela justificación filosófica. Para que el país alcanzase alguna ventaja moral con el sucesivo cumplimiento de lo prevenido a tal respecto por el Título XIX del Libro II de nuestro Código de Procedimientos Civiles sería menester que, a la manera de algunas naciones europeas, fundamentase siquiera semejante práctica en el principio de la reciprocidad, y ello mismo cuando el progresivo desenvolvimiento de sus riquezas naturales y el aumento constante de su población, obligasen a sus hijos a radicar intereses en territorios extraños o a estrechar y fomentar relaciones de industria y de comercio con los grandes centros de Europa y de los Estados Unidos. Mientras tanto, y dada la desigualdad de circunstancias económicas y de instituciones políticas entre la República y la mayor parte de las naciones extranjeras, la vigencia de los seis artículos que constituyen el citado Título XIX, puede llegar a ser constante motivo de inquietudes y desazones para los poderes nacionales. Someto respetuosamente este punto a vuestra ilustrada consideración".¹⁶

15. LA, 1895, **Exposición Preliminar**, págs. XXIV-XXV.

16. LA, 1895, **Exposición Preliminar**, pág. XXVI. El párrafo transcrito en el texto viene precedido de algunas consideraciones acerca de la conveniencia de ajustar las leyes a las circunstancias propias de cada país, que dicen así: "... Toda Legislación, en lo que no colida con los principios cardinales del Derecho, se atempera por lo regular a las condiciones intrínsecas y extrínsecas del Estado o país cuyas prácticas civiles se dirige a regularizar. En orden a los procedimientos, sobre todo, solícitase siempre relacionar el respectivo trámite con las necesidades impuestas por cir-

La Cancillería, al informar al Congreso Nacional acerca del estado del proceso seguido con motivo del reclamo de Antonio Fabiani, reitera en 1896 su advertencia del año anterior de la manera que sigue:

“Es de aquí recomendar a los honorables legisladores la consideración de los peligros que día por día ofrece para la cabal armonía de nuestras relaciones internacionales, la existencia del Título XIX del Libro II de nuestro Código de Procedimientos Civiles. La reclamación del señor Fabiani, originada de una sentencia extranjera, me indujo a presentaros en la Exposición del año anterior algunas ideas relativas a la inconveniencia de mantener en nuestra Legislación principios que, como el que sirve de fundamento al referido Título XIX, son extraños, desde el punto de vista de la práctica, a nuestras necesidades. El primero de los Tribunales de la República, en su última Memoria anual, dijo que las disposiciones contenidas en el precitado Título se distinguen por su temperamento liberal, pero que «la experiencia enseña y exige que se modifiquen, en un sentido que garantice mejor la soberanía e intereses nacionales»”.¹⁷

Y en el año de 1897, al rendir cuenta al Congreso de la República de la sentencia dictada por el Presidente de la Confederación Suiza en el asunto Fabiani, por la cual se había condenado a nuestro país al pago de una suma superior a los cuatro millones de francos suizos, el Ministerio de Relaciones Exteriores reproduce sus anteriores considerandos en los términos siguientes:

“...Al llegar aquí, y sin entrar a juzgar de los fundamentos del laudo... creo oportuno reafirmar las razones que aduje en El Libro

cunstancias de vida y de costumbres y aún con el curso que sigan en cada pueblo las ideas llamadas a prestar aliento a las fuerzas morales de la nación. Erróneo sería suponer que las reglas establecidas para precisar un punto de derecho en un Cuerpo político unitario y de existencia secular, puedan servir en determinada sazón a idénticos fines dentro de cualquiera de las democracias modernas. Los legisladores, que reconocen la influencia de la edad en las inclinaciones naturales del hombre, inquieran de continuo para la perfecta formación de sus Códigos, el medio de concertar en cada precepto las prácticas locales con los principios de la justicia, a fin de mantener salva o ilesa la genuina libertad del ciudadano. La naturaleza del hombre libre es el origen del derecho, asienta el sabio crítico barón de Puffendorf, de donde se infiere la facultad de discernir, para la formación de una ley interna, entre lo que prescribe la conveniencia de los asociados y lo que pudiera ser mera necesidad de una época. Provechoso es sin duda seguir el vario rumbo de los países más adelantados en la ciencia de la Legislación, estudiar los nuevos principios en que basen la reforma de sus Códigos, y aún proponer la aplicación de aquellos que no discuerden un punto del espíritu o índole de la jurisprudencia nacional. Mas, no menos conveniente parece eximir de toda influencia anómala el *Corpus juris* que se destina a reglamentar las facultades civiles del hombre en un país determinado”. (Id., págs. XXV-XXVI).

17. LA, 1896, Exposición Preliminar, págs. XXI-XXII.

Amarillo de 1895, para pedir la derogación del Título XIX del Libro II de nuestro Código de Procedimientos Civiles, por considerar que la ejecución de sentencias extranjeras en la República puede constituir a la larga, como consecuencia de una relativa y muy natural desigualdad en algunos trámites judiciales con relación a otros países, un motivo permanente de desazón en nuestros tratos internacionales¹⁸. "...Para que la República deduzca alguna ventaja de mantener vigentes en su Código los principios que autorizan la ejecución, dentro del territorio nacional, de sentencias o fallos de tribunales extranjeros, será menester que los intereses venezolanos radicados en el exterior cobren la mayor importancia y amplitud, y que las condiciones internas del país guarden relación directa con las de los Estados extranjeros de donde pueda originarse la acción judicial, ora respecto de las riquezas naturales, ora en cuanto a comercio y manufacturas, ya en orden al número de pobladores, ya en lo tocante a la reglamentación del derecho de propiedad. A virtud de tales circunstancias recíprocas podrá tal vez Venezuela, sin desazones ni peligros como los acarreados por la demanda insólita del señor Fabiani, hacer cumplir dentro del territorio los mandatos de un tribunal extranjero, para ver a su tiempo ejecutados en suelo extraño sus propios autos o sentencias, cuando así lo exija la guarda o salvamento del derecho y de los intereses de algunos de sus ciudadanos"¹⁹.

7. En el propio año de 1895 el Congreso de la República recibió de la Alta Corte Federal la sugerencia de modificar el Título del Código de Procedimiento Civil relativo a la eficacia de las sentencias extranjeras. Razones similares a las expuestas por la Cancillería pretenderán justificar la urgencia de la reforma:

18. LA, 1897, Exposición Preliminar, págs. XLIII-XLIV.

19. LA, 1897, Exposición Preliminar, págs. XLIV-XLV. Igualmente reiteró la Cancillería la conveniencia de ajustar las Leyes a las condiciones propias del país: "Máxima de alta lógica es la que aconseja buscar el remedio de los hechos perniciosos, en el estudio de las causas eficientes o de sus principios ocasionales. De las prácticas que ceden en ventaja de determinados organismos políticos, cuya vida se cuenta por centurias, no pueden derivarse bienes igualmente positivos para los Estados de corta edad, que han adquirido vida propia por efecto de evoluciones rapidísimas, realizadas dentro de una misma época histórica y merced a esfuerzos donde no se nota influjo alguno que sea extraño abiertamente al carácter nacional. Asimilar a otra una Legislación, con mengua u olvido de los principios en que descansan o que regulan los sentimientos naturales de cada pueblo, aun dentro del mismo radio de cultura y civilización, es exponer la idea fundamental del derecho a confusiones peligrosas, capaces de hacerla en ciertos casos hasta ineficaz o débil como base o fundamento de orden en la sociedad civil. «La legislación es la expresión, el estilo del derecho, pero no lo constituye», dice Lerminier. Y si esto es cierto, habrá que convenir en que la unidad de la idea jurídica no se menoscaba ni aun ligeramente, si con la mira de dar a sus efectos mayor poder y seguridad, se consultan las condiciones peculiares de cada Estado político antes de condensar en un cuerpo de leyes los preceptos destinados a consolidarlo" (Id, pág. XLIV).

"Sentimientos de orden muy elevado que, por otra parte, corresponden a observaciones recogidas de la práctica de nuestras funciones inducen a hablaros de una materia, en nuestro concepto, muy grave, toda vez que se relaciona, íntimamente, con la soberanía nacional y con la necesidad de prevenir conflictos diplomáticos muy frecuentes en estos países de América que tan expuestos están, sin duda, por su relativa debilidad material, a la amenaza de reclamaciones extranjeras".²⁰

"Teniendo en cuenta la naturaleza misma de las cosas —continúa la Alta Corte Federal en su Exposición— el Derecho internacional ha reconocido que la eficacia del Poder Legislativo de una nación sólo se extiende a los límites de su territorio; pero por razones de recíproca conveniencia admitidas por el mutuo consentimiento de los Estados se ha elevado a la categoría de regla de Derecho público exterior, la práctica de otorgar fuerza ejecutoria a las sentencias civiles dictadas por tribunales extranjeros, bien que subordinando esa ejecutoria a condiciones de garantía para la soberanía territorial y para las mismas partes interesadas".²¹

En este orden de ideas agrega:

"Venezuela, que se ha mostrado siempre solícita por consignar en su legislación positiva todas las creaciones y progresos de la escuela liberal no podía permanecer indiferente al espíritu expansivo que ha venido propagándose en el campo del Derecho internacional, y así no ha vacilado en adoptar el principio del pase de las sentencias extranjeras, punto este que se encuentra estatuido y reglamentado por el Título 19 de nuestro Código de Procedimiento Civil. Las disposiciones contenidas en el precitado Título se distinguen por su temperamento liberal; pero la experiencia enseña y exige que se modifiquen, en un sentido que garantice mejor la soberanía e intereses nacionales".²²

Y luego de referirse al sistema vigente en Francia e Inglaterra,²³ la Alta Corte Federal se expresa como sigue:

"Y si las poderosas y avanzadas naciones a que venimos refiriéndonos, rodean de exquisitas precauciones el *exequatur* y ejecución de las sentencias dictadas por jurisdicciones extrañas, no hay razón para que nosotros permanezcamos adheridos a las actuales liberales fórmulas, sobre todo cuando las modificaciones que se establezcan tenderían al patriótico fin de resguardar a la República de los pe-

20. MACF, 1895, Exposición, pág. X.

21. MACF, 1895, Exposición, pág. X.

22. MACF, 1895, Exposición, págs. X-XI.

23. Al respecto se lee en la Exposición de la Alta Corte Federal: "Francia no concede el pase de una sentencia extranjera sino de conformidad con los términos de los tratados particulares que, sobre la materia, tiene celebrados con algunos países, y respecto de las demás naciones notolera la ejecución de las sentencias extranjeras sino a condición de ser revisadas en el fondo por sus propios tribunales; y por cuanto hace a Inglaterra son tan previsivas las formalidades a que somete la ejecución, en su territorio, de un fallo extranjero, que muy bien puede decirse que en aquel país no se concede el pase a esa clase de sentencias, sino después de un nuevo juicio seguido ante los tribunales ingleses" (Id., pág. XI).

ligros que se derivan de la injustificable propensión de muchos extranjeros que no bien solicitan u obtienen la ejecutoria en nuestro país de una sentencia dictada por sus tribunales o por cualquiera otros igualmente extraños, cuando ya, por el más ligero pretexto, invocan la socorrida frase «denegación de justicia» para fundar reclamos contrarios a todo miramiento de justicia. Así está reciente y discutiéndose el hecho de la reclamación Fabiani”.²⁴

Nuevamente la Alta Corte Federal, en su Exposición dirigida al Congreso de la República el veinte de febrero de 1896, reproduce su solicitud de reforma del Código de Procedimiento Civil, y al efecto se lee:

“Es de oportunidad reiteraros la petición que os hicimos en la Exposición de la Memoria anterior, sobre reforma del Título XIX de nuestro Código de Procedimiento Civil. Son incalculables los inconvenientes que presenta la falta de una Legislación adecuada a nuestra Constitución e importancia políticas y a las débiles fuerzas con que contamos para mantener incólumes nuestras prerrogativas de Nación soberana, en lo que dice relación al pase de sentencias dictadas por Tribunales extranjeros; y la prudencia aconseja prever los conflictos y evitarlos juiciosamente con el establecimiento de leyes beneficiosas y bien meditadas”.²⁵

Y luego de señalar la conformidad de la Cancillería en la Exposición Preliminar al **Libro Amarillo de 1895**, agrega: “De esperarse, es, pues, en vista de tan serias como apremiantes consideraciones, que os ocupéis de la reforma a que nos venimos contrayendo”.²⁶

En el año de 1897 la Alta Corte Federal y en su Exposición al Congreso de la República se limitó a reproducir “y llamar vuestra atención hacia los puntos que en nuestras anteriores Ex-

24. MACF, 1895, Exposición, pág. XI. La Corte señala también: “Las precedentes observaciones se refieren al fondo mismo de la doctrina que informa al sistema que hemos adoptado para el pase de sentencias extranjeras; mas por cuanto hace al procedimiento previo que debe seguirse para otorgar o negar la ejecutoria, el actual es muy oscuro y ambiguo, de modo que no bien se presenta el caso, cuando ya surge la discusión, respecto de la extensión y efecto que deba dársele a sus disposiciones” (Id., pág. XII). La Exposición transcrita en el texto aparece firmada por M. Hernández, M. Planchart Rojas, Antonino Zárraga, E. Balza Dávila, C. Yépez, hijo, Jorge Anderson, Jorge Pereyra y J. A. Gando B. El vocal, doctor José Manuel Juliac salvó su voto en relación al criterio de la mayoría de la Corte respecto a la “ejecución de actos de autoridades extranjeras”, por las razones que expuso (Id., págs. XIV-XV) y que serán mencionadas posteriormente en este trabajo (véase el número 10).

25. MACF, 1896, Exposición, pág. VII.

26. MACF, 1896, Exposición, pág. VIII. El planteamiento transcrito en el texto está firmado por los mismos vocales que habían firmado la Exposición del año anterior, habiendo salvado nuevamente su voto el vocal por el Estado Carabobo, doctor José Manuel Juliac, mediante una referencia a los argumentos que expuso en la anterior oportunidad.

posiciones hemos señalado a ese honorable cuerpo, pues las modificaciones que ellas (algunas leyes) ameritan en el sentido que ya tiene indicado la Alta Corte Federal, son esenciales para la más recta y eficaz administración de justicia".²⁷

8. La presión ejercida tanto por la Cancillería como por nuestro Supremo Tribunal necesariamente había de influir al Congreso de la República, y en especial a la Comisión Codificadora creada en 12 de agosto de 1895 por el general Joaquín Crespo, Presidente de la República, con la finalidad de revisar los Códigos Civil, Mercantil, Penal y de Procedimiento Civil y Criminal.²⁸

Nada de extrañar tiene, por tanto, que en la reforma del Código de Procedimiento Civil ocurrida en 1897 se incluyera un artículo en los siguientes términos:

"Sólo las sentencias libradas en países donde se concede ejecución a las sentencias firmes pronunciadas por poderes judiciales de Venezuela, sin previa revisión en el fondo, podrán ser declaradas ejecutorias en la República. Tal circunstancia deberá probarse con documento fehaciente".²⁹

9. La reforma hecha en el año 1897 al Título sobre "Ejecución de los Actos de Autoridades Extranjeras", y, en especial la inclusión de la exigencia de la reciprocidad como requisito de previo cumplimiento, encontrará escasa acogida en la literatura jurídica venezolana.

En su defensa sólo podemos señalar la **Exposición dirigida por la Alta Corte Federal al Congreso de la República, en 20 de febrero de 1899, en los términos que siguen:**

"Satisfacción muy patriótica experimentamos al considerar que no fueron desatendidas las indicaciones que consignamos, en nuestra Cuenta de 1895 y 1896, respecto a la necesidad, que se imponía pe-

27. MACF, 1897, Exposición. Firmaron la Exposición los mismos vocales que lo habían hecho en 1895 y 1896, con excepción del doctor J. A. Gando B., en cuyo lugar lo hizo su suplente el doctor J. A. Lössada Piñeres.
28. La Comisión Codificadora estuvo integrada por Manuel Cadenas Delgado, Elías Michelena, Ramón F. Feo, Aníbal Dominici, Antónino Zárraga, Claudio Bruzual Serra, Pedro Febres Cordero y Carlos F. Grisanti (RDLDV, Tomo XVIII, Caracas, 1896, n° 6.351, págs. 237-238). No nos ha sido posible establecer con toda certeza si el nombramiento de la Comisión Codificadora fue consecuencia de las Exposiciones dirigidas al Congreso de la República en febrero de 1895 tanto por la Cancillería como por la Alta Corte Federal, aun cuando es muy posible que así haya ocurrido.
29. Artículo 713 del Código de Procedimiento Civil de 14 de mayo de 1897, repetido en la reforma de 18 de abril de 1904 (art. 722); aparece bajo el número 747 en el de 4 de julio de 1916, actualmente vigente.

rentoriamente, de restringir las condiciones para el pase y ejecución de las sentencias extranjeras, siendo así que las antiguas liberales formas, estatuidas sobre el particular, mantenían a la República en constante peligro de ser explotada por inauditas reclamaciones internacionales, como la de Fabiani y otras por el estilo. En el Título XIX de nuestro nuevo Código de Procedimiento Civil, y sin violar en nada las reglas del Derecho internacional, aparecen modificadas esas condiciones en el sentido de resguardar los intereses de la patria. A vosotros corresponde la gloria de esa reforma, y por ello os felicitamos cordialmente..."³⁰

En efecto, ni siquiera el doctor Ramón F. Feo, miembro que fue de la Comisión Codificadora creada en 1895, pretende justificar desde un punto de vista teórico la exigencia de la reciprocidad, como requisito de previo cumplimiento para la eficacia de las sentencias extranjeras en Venezuela. He aquí sus palabras:

"En cuanto a la reciprocidad establecida en el artículo 713, ni es nueva en Derecho internacional, pues la exigen otros países; ni se debe a otra cosa que a nuestra debilidad, de que tanto se ha abusado... A la liberalidad ponen límite la prudencia y la previsión".³¹

30. MACF, 1899, Exposición, págs. VI-VII. Los párrafos transcritos en el texto aparecen firmados por C. Yépez, hijo, M. Hernández, M. Planchart Rojas, Jorge Anderson, E. Balza Dávila, José Manuel Juliac, Antonino Zárraga, Antonio Zúñiga y Efraín A. Rendiles. En esta oportunidad el doctor José Manuel Juliac no salvó su voto, a pesar de haberlo hecho en los años anteriores.
31. Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil Venezolano, Tomo III, Caracas, 1907, pág. 193. Igualmente informa el doctor Feo sobre el tema: "...en cuanto a Venezuela, los codificadores de 1873 y 1880, al redactar el Título que estudiamos, se separaron del principio de reciprocidad, combatido por notables escritores, como anti-filosófico e irracional, toda vez que obliga a hacer lo que hagan otros, por injusto o inconveniente que sea. Tomaron algo (léase: los Codificadores de 1897) de la Ley española, mayor parte del Código italiano e hicieron modificaciones, que son especiales en nuestra ley, como tendremos oportunidad de hacerlo notar. Pero en éste que estudiamos se consideró que no era conveniente separarnos de la reciprocidad, atendidos nuestra debilidad y los abusos de la fuerza de que hemos solido ser objeto" (op. cit., III, pág. 189). Y como conclusión sobre el sistema acogido en 1897 nos dice Feo: "El examen que dejamos hecho de los artículos 712, 713 y 714 de nuestra ley, demuestra claramente, a nuestro juicio, que si sus disposiciones se aplican según las doctrinas que hemos expuesto, apoyadas en la autoridad de los maestros y en la jurisprudencia de los tribunales, como fundadas que son en los dictados de la justicia universal y en los principios del Derecho de Gentes, ningún peligro corren ni la soberanía nacional ni el buen derecho de los justiciables, en manos de jueces inteligentes e imparciales: y que no es en verdad nuestra ley, ocasionada a reclamaciones internacionales. Estas son casi siempre hijas de la codicia desenfadada y de nuestra debilidad; que lejos está la época en que puedan impedirse los abusos de la fuerza de las naciones poderosas contra los países débiles" (op. cit., III, pág. 207). Los autores patrios que

10. La doctrina patria ha rechazado unánimemente el motivo ocasional que sirvió de fundamento para introducir la exigencia de la reciprocidad en la reforma del Código de Procedimiento Civil ocurrida en 1897.

Expresivas fueron ya las palabras del doctor José Manuel Juliá, vocal por el Estado Carabobo, en su voto salvado a la Exposición presentada por la Alta Corte Federal al Congreso de la República en sus sesiones de 1895, cuando dijo:

"Piensan los presentantes de la Memoria, que inconvenientes hallados en la práctica, son causas suficientes para echar por tierra una de las más notables y liberales conquistas de nuestra Legislación —las disposiciones contenidas en el Título XIX, Libro Tercero del Código de Procedimiento Civil—. Hasta ahora ningún perjuicio ha traído la aplicación de los principios contenidos en el referido Título; y si es que los respetables Vocales expositores aluden al caso concreto de la reclamación Fabiani, nada absolutamente tiene que hacer este incidente con la doctrina que rige sobre *exequatur*, toda vez que aquel asunto tiene su origen en una ejecución de sentencia; y aun cuando esta reclamación, como lo pretende la Memoria, tuviera alguna relación con las citadas disposiciones del Código de Procedimiento Civil, no sería motivo para borrar de nuestras leyes uno de los más grandes triunfos del Derecho Internacional Privado, los inconvenientes más o menos ilegítimos que una injusticia pueda presentarle en la práctica... Tal como se halla la doctrina venezolana en materia de *exequatur* (doctrina la más adelantada y que es la misma seguida por el Reino de Italia), responde a todas las exigencias de la soberanía, y a la vez que resguarda de cualquier ataque nuestra independencia nacional, es un paso más que avanzamos en el sentido de la civilización y de la solidaridad de los Estados".³²

nos ha sido posible consultar, cuando se refieren al origen histórico del actual artículo 747 del Código de Procedimiento Civil, generalmente reproducen los anteriores conceptos del doctor Ramón F. Feo. Así lo hacen: Arminio Borjas (*Comentarios al Código de Procedimiento Civil Venezolano*, Tomo VI, Caracas, 1924, n° 724, pág. 261) y Pedro Acosta Oropeza (*La Autoridad de las Sentencias Extranjeras en la Legislación Procesal Venezolana*, Tesis de Grado, Caracas, 1925, pág. 13). Precisamente por ese motivo hemos creído útil reproducir los elementos históricos anteriores a fin de establecer con la mayor claridad posible el origen del mencionado precepto.

32. MACF, 1895, Exposición, págs. XIV-XV. En el mismo sentido se pronuncian: Arminio Borjas: "...creemos que a mayores peligros nos expone, ante las grandes potencias, ese sistema que puede obligarnos frecuentemente a la negativa del pase y a dar ocasión a rozamientos y fricciones —porque los Estados poderosos no suelen ver sino desaires en las indiscutibles razones de los débiles— que el que antes sancionaron nuestras leyes, reconociendo la justicia de las sentencias ejecutoriadas, dictadas por los jueces de los demás Estados, y permitiendo su ejecución cuando no aparecía comprobada su invalidez ni colidía con nuestro derecho público interno" (*op. cit.*, Tomo VI, n° 724, pág. 261); y Pedro Acosta Oropeza: "...nos aventuramos a creer, que las normas sentadas por el Legislador del 73 —al consagrar una mayor amplitud de miras— re-

Criticó igualmente en esa oportunidad el doctor José Manuel Juliac el argumento de la mayoría de la Alta Corte Federal derivado de las normas consagradas en las legislaciones de Francia e Inglaterra, para aquella época, en los términos que siguen:

“El hecho de que naciones como Francia e Inglaterra (ejemplos aducidos en la Exposición), hayan desechado los principios aceptados por nuestro derecho y se resientan en este punto de las huellas del feudalismo, apenas si ello prueba otra cosa que la razón ha asistido a la mayor parte de los publicistas, inclusive los más renombrados juristas franceses e ingleses, en combatir el defecto que en esta parte del Derecho internacional adolecen las legislaciones de aquellos países”.³³

11. La doctrina se ha manifestado también contraria al requisito de la reciprocidad objetivamente considerado.

En efecto, la reciprocidad no viene a constituir sino el traslado de la Ley del Talión al campo de la eficacia de las sentencias extranjeras. Como expresivamente señala Werner Goldschmidt, la reciprocidad tiene por fin castigar y cambiar a los “malos” y retribuir y hacer perseverar a los “buenos”: persigue lograr la ejecución de los propios fallos en el extranjero bajo las más fáciles condiciones, a través del castigo de los países poco “amables” para que se “mejoren”, y la retribución a los Estados “buenos” para que no se separen del camino de la “virtud”.³⁴

Fácilmente se comprende, sin embargo, que la exigencia de la reciprocidad en el campo de la eficacia internacional de las sentencias no produce como resultado ni un mejor tratamiento ni la equiparación entre nacionales y extranjeros,³⁵ pues, según advierte el doctor Arminio Borjas: “Negar el pase a un fallo cuya ejecución pudiera redundar en interés de la riqueza pública y en favor de ciudadanos venezolanos, tan sólo porque el país en que fue dictado lo niega en casos semejantes, es subordinar la conveniencia nacional al criterio, más o menos estrecho, y

portaban quizás mejores provechos a la República de los que pudieran resultarle de la aplicación de las nuevas y estrechas disposiciones que contiene la Legislación vigente” (op. cit., pág. 13).

33. MACF, 1895, Exposición, pág. XIV.

34. Goldschmidt, Werner, *Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado*, Tomo III, Buenos Aires, 1954, pág. 200.

35. Tal finalidad explica, desde un punto de vista pragmático la exigencia de la reciprocidad en el campo de la condición de los extranjeros y, eventualmente, en el del Conflicto de Leyes (véase sobre el particular: Orángel Rodríguez, *Teoría Crítica de las Bases del Derecho Internacional Privado*, Caracas, 1917, nos. 82-83, págs. 353-357; Lorenzo Herrera Mendoza, *Fundamentos de la Eficacia Extraterritorial de Leyes y Sentencias*, en *Estudios sobre Derecho Internacional Privado y Temas Conexos*, Caracas, 1960, pág. 11).

a la intransigencia, más o menos estulta, de los demás Estados".³⁶ En verdad no es difícil imaginar que las partes litigantes tengan una nacionalidad o un domicilio diferente al del Estado sentenciador, o que el victorioso en la controversia sea un súbdito venezolano con domicilio en la República.

La reciprocidad choca, además, con los principios más elementales de la justicia: "Una sentencia injusta o defectuosa pronunciada en un país extranjero —señala Delicio Abzueta—, no es ni más justa ni menos perjudicial para los nacionales de otro Estado porque el Estado extranjero estime igualmente ejecutables las sentencias de otro... es inconsecuente decir: No confiando nosotros en la sentencia extranjera, le negamos la fuerza ejecutoria, para prestar fe después a cualquiera que la preste a nuestras instituciones".³⁷

Por otra parte, la reciprocidad "no es de lo más propio para establecer un progreso en el Derecho internacional".³⁸ como ya lo advirtiera el doctor José Manuel Juliá, en su voto salvado a la Exposición de la Alta Corte Federal al Congreso de la Re-

36. Borjas, *op. cit.*, Tomo VI, n° 724, pág. 260.

37. Abzueta, Delicio, *Ejecución de Actos de Autoridades Extranjeras. La Ley venezolana podría ser más liberal*, Tesis de Grado, Caracas, 1904, n° 20, pág. 46; n° 36 pág. 78.

38. Abzueta, *op. cit.* n° 20, págs. 47-48, n° 36, pág. 79, quien agrega: "... por regla general tiende al retroceso. Cada uno de los Estados insiste en la reciprocidad, exige que el otro se adelante con una medida liberal que favorezca el comercio jurídico, y así se quedan ambos retrasados. Aun cuando ya la reciprocidad se haya realmente practicado, pueden turbar de repente toda la práctica errores de jueces particulares; porque en un Estado se niega la ejecución por un motivo especial, en otro se responde negándola por otro más vasto, y al punto se hace general la negativa en ambos Estados" (*op. cit.*, n° 20, pág. 48: frases similares se leen en Ludwig Von Bar, *Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts*, Tomo II, Hannover, 1889, n° 455, pág. 510, a quien cita Abzueta). El retroceso sufrido por nuestra Legislación al imponer el requisito de la reciprocidad ha sido señalado también por: Temístocles Esteves: "Esta reforma parece poco afortunada, porque ella entraba la administración de la justicia y encierra un espíritu estrecho que no se compadece con los adelantos del Derecho Internacional Privado" (*Efectos internacionales de las Sentencias en Materia Civil*, Tesis de Grado, Caracas, 1904, pág. 22); Arminio Borjas, quien advierte cómo los codificadores de 1897 "apartaron a la República del movimiento evolutivo del progreso que reclaman los tiempos e hicieron retrogradar entre nosotros la institución en que nos estamos ocupando" (*op. cit.*, Tomo VI, n° 724, pág. 261); Héctor García Chuecos, señala: "Este sistema de reciprocidad data en Venezuela de la reforma de 1897. No se conoció antes, y su establecimiento al decir de distinguidos juristas, detuvo la marcha liberal de nuestra Legislación" (*Derecho Internacional Privado venezolano. Notas para una exposición de sus principios*, Caracas, 1932, pág. 34).

pública en sus sesiones de 1895, cuando dijo: "... basar en la reciprocidad el **pase de una sentencia**, es retroceder en las vías del liberalismo, es negarle nuestro concurso al progreso, es algo más que una injusticia, desde el momento en que vamos a sustituir la razón del Derecho por la mera conveniencia, por recíprocas utilidades".³⁹ En efecto, la reciprocidad constituye una exigencia externa que responde a una manifiesta actitud de desconfianza u hostilidad frente al Estado sentenciador, en la posición genérica que éste adopta respecto a los fallos provenientes del país que la exige para ejecutar en su territorio las decisiones extranjeras.⁴⁰

Nada de extrañar tiene, por tanto, habida cuenta de las anteriores consideraciones, que la doctrina patria se haya pronunciado unánimemente por la supresión de la reciprocidad como requisito previo para la eficacia de las sentencias extranjeras en Venezuela;⁴¹ y que propugne el retorno al sistema acogido por

39. MACF, 1895, **Exposición**, pág. XV. En este mismo sentido apunta Delicio Abzueta: "... un Estado se daña considerablemente a sí mismo y a sus nacionales al no aplicar un principio recto de por sí, por la simple razón de que otro no lo observa en sus relaciones con los nacionales de él..." (op. cit., n° 36, pág. 78); y Pedro Acosta Oropeza se pregunta: "¿En virtud de qué principio científico ni jurídico puede el legislador de determinado país, someter la eficacia extraterritorial de un fallo extranjero a normas o condiciones rigoristas o utilitarias?" (op. cit., pág. 25).
40. Sánchez Covisa, Joaquín, **La Eficacia de las Sentencias Extranjeras de Divorcio**, Caracas, 1956, págs. 15, 16 y 17. Sobre el particular ya había dicho el doctor José Manuel Julián, en su varias veces mencionado voto salvado: "Revisar el proceso, someter el pase a la reciprocidad, es por una parte desconfiar de la administración de justicia en las demás naciones y engendrar el pueril orgullo de que sólo sea perfecta y buena la nuestra" (MACF, 1895, **Exposición**, pág. XV).
41. En el sentido de suprimir la reciprocidad se pronuncian prácticamente todos los autores venezolanos: Delicio Abzueta, quien luego de afirmar: "Creemos que la condición de la reciprocidad podría suprimirse haciéndose más liberal nuestro sistema", considera más recomendable, siguiendo el criterio de Ludwig Von Bar, el régimen de la retorsión (op. cit., n° 36, pág. 81. Sobre la retorsión en el campo del conflicto de leyes, véase a Orángel Rodríguez, op. cit., nos. 84-86, págs. 358-365); Temístocles Esteves: "A decir verdad, la doctrina consagrada por el Código derogado era más liberal y más conforme con el espíritu y las tendencias del derecho moderno, porque ella no subordinaba la eficacia extraterritorial de las sentencias a ninguna condición de reciprocidad... Esperamos que la nueva Comisión Codificadora que actualmente revisa nuestros Códigos, despojándose de miras egoístas y estrechas, modifique esta parte de nuestro derecho, en el sentido al menos de no exigir la reciprocidad como condición indispensable para conceder el **exequatur** a las sentencias extranjeras, conformándose con los requisitos que exige nuestra ley, pues ellos son suficientes para poner a salvo la independencia y la soberanía de la República. Así lo pide el

nuestros codificadores en los años de 1873 y 1881, cuando "la República reconocía como verdadera la cosa juzgada y sentenciada en los demás Estados, y sin exigir la prueba de que éstos

interés de la justicia universal y lo proclama el espíritu y las tendencias del Derecho Internacional Privado" (op. cit., págs. 22, 25-26); J. E. Muñoz Rueda: "...hacemos votos muy fervientes porque en la nueva reforma del Código de Procedimiento Civil (cuando se efectúe), apartando miras egoístas, y al igual que en Italia, sea una bella realidad en Venezuela el sistema de la simple deliberación o sistema italiano, y para prevenir la natural desventaja, ver de celebrar el mayor número de tratados posibles, a este respecto" (**Exterritorialidad de las Sentencias. Derecho Positivo Hispanoamericano**, Caracas, 1904, pág. 114); Arminio Borjas: "Ni la soberanía ni la dignidad de la nación resultan lesionadas porque ella proclame principios que la civilización reconoce y recomienda como mejores que los admitidos en los demás países" (op. cit., Tomo VI, n° 724, pág. 260); Pedro Acosta Oropeza: "El sistema adoptado hoy en Venezuela es el de la reciprocidad. No fue este el criterio que sirvió de guía a los redactores de los Códigos de 1873 y 1881, ya que al adoptarse en ellos la científica y liberal doctrina del legislador italiano, producían efecto en Venezuela todas las sentencias emanadas de tribunales extranjeros, siempre que la validez de éstas fuese indiscutible, y no violasen con su ejecución en el territorio nacional, disposiciones de orden público interno. Esta jurídica doctrina, que nos colocaba a la cabeza de las naciones que en más alto concepto tienen los ideales de justicia, fue sustituida por el sistema vigente... No dudamos que los legisladores de esta época al hacer tan lamentable sustitución en nuestro Cuerpo de Leyes, atendieron preferentemente a la satisfacción de las necesidades del momento, con prescindencia de los principios doctrinales que rigen la materia..." (op. cit., págs. 12-13); Luis Eduardo Moncada: "...abogamos porque en una futura reforma de nuestra Ley se suprima el artículo que consagra tan absurdo sistema y se vuelva a los Códigos de 1873 y 1881; quedaría entonces convenientemente mejorado ya que las otras condiciones que se requieren para declarar la ejecutoria de las sentencias extranjeras, bastan para garantizar la seguridad y paz de la República" (**Eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras**. Tesis de Grado, Caracas, 1938, pág. 32); Joaquín Sánchez Covisa: "...la revisión y la reciprocidad, pese a su notoria importancia histórica y dogmática, se explican exclusivamente por una peculiar orientación político-legislativa de ciertos sistemas positivos y son difíciles de justificar a la luz de los principios técnicos y de las necesidades de justicia y cooperación internacional" (op. cit., pág. 17). "Ambas exigencias (la revisión y la reciprocidad) representan, a nuestro juicio, limitaciones criticables desde el punto de vista de los ideales de la comunidad jurídica de los pueblos" (Joaquín Sánchez Covisa, "La función de la declaración de eficacia (Exequatur y los efectos de las sentencias extranjeras de divorcio", en **Ponencias Venezolanas para el V Congreso Internacional de Derecho Comparado**, Bruselas, 1958, Caracas, 1958, pág. 89). A este respecto debe señalarse, cómo el doctor Luis Sanojo, al comentar el Código de Procedimiento Civil de 1873, había ya advertido: "Algunas naciones exigen, para que en su territorio tengan cumplimiento los actos de la autoridad extranjera, que la nación cuyo acto se quiere hacer cumplir use de la reciprocidad para

reconociesen análogos principios, expedía el pase, no *ob mutuum utilitatem*, sino por conveniencia y por acatamiento a la justicia".⁴²

Tal aspiración de la doctrina patria ha encontrado acogida, tanto en los **Proyectos de Código de Procedimiento Civil redactados por la Comisión Codificadora Nacional creada por Ley del seis de julio de 1936 y por la Comisión designada en ocho de octubre de 1956**,⁴³ como en los **Proyectos de Ley de Normas de**

con ellas. Pero nuestra ley no exige este requisito, y juzgamos que ha procedido bien en ello, porque debe practicarse siempre lo que se crea conveniente a la justicia universal, sin atender a la conducta que observen los demás" (**Exposición del Código de Procedimiento Civil Venezolano con su texto**, Caracas, 1873, n° 771, pág. 412); ideas estas que reiteró en sus **Instituciones de Derecho Civil venezolano**, Tomo I, Caracas, 1873, n° 42, pág. 50: "Exigese también la reciprocidad, es decir, que el país a que pertenece el tribunal cuya sentencia se ha de ejecutar, por su parte haga llevar a efecto las de los tribunales de la nación a cuyos tribunales se pide aquella ejecución; pero algunas naciones no siguen este principio, y proceden en el particular sin atender al procedimiento que sigan con ellas las demás".

42. Borjas, *op. cit.*, Tomo VI, n° 724, pág. 260. Los autores patrios generalmente suelen calificar como sistema italiano el acogido por los Códigos de Procedimiento Civil promulgados en 1873 y 1881 (Muñoz Rueda, *op. cit.*, págs. 111-112; Acosta Oropeza, *op. cit.*, pág. 13). Tal ubicación dentro del sistema italiano se encuentra igualmente afirmada por la extinguida Alta Corte Federal, en sentencia de 14 de junio de 1893, a los fines de negar el planteamiento hecho de tramitar en forma previa las excepciones dilatorias opuestas en el juicio de exequatur (MACF, 1894, págs. 406-409, leyéndose en la página 408: "Entre las naciones que siguen el principio sentado por la escuela italiana está la nuestra..."). Adviértase, sin embargo, la opinión contraria de los doctores Eduardo Garate y Crispín Pérez, en el voto salvado a la misma sentencia: "Venezuela, al inspirarse para algunas de las disposiciones de sus Códigos en las generosas tendencias del derecho italiano, no ha entendido que debía borrar los principios constitutivos de su Legislación, ni mutilar parte integrante de su procedimiento, para prodigar a una soberanía extranjera respetos y consideraciones por su administración de justicia que comprometen y anulan las sentencias de tribunales extranjeros... Nuestra Legislación ecléctica, más o menos acertadamente, no es la copia de ninguna otra en absoluto, porque, como todo pueblo civilizado, no hemos de carecer de algo siquiera que pueda llamarse nacional, y porque, por otra parte, tenemos y hemos hecho uso del derecho de elegir y rechazar" (MACF, 1894, pág. 410).

43. La Ley que creó la Comisión Codificadora Nacional fue reformada el 18 de julio de 1938 (RDLDV, Tomo LXI, Volumen II, Caracas, 1939, nr. 21.099, págs. 16-18). La eliminación de la exigencia de la reciprocidad fue aprobada en la sesión del 22 de setiembre de 1942, a la cual asistieron los doctores Juan José Mendoza, Juan Pablo Pérez Alfonzo, Carlos Morales, Alejandro Urbaneja Achelpohl, Pedro M. Reyes, José R. Ayala y Pedro Arismendi Lairret (*Boletín de la Comisión Codificadora Nacional*, Año VI, nr. 39, abril 1942 a

Derecho Internacional Privado publicados por el Ministerio de Justicia en 1963 y en 1965.⁴⁴ Ha sido actualizada, de esta manera,

enero 1943, págs. 94-95); y en la Exposición de Motivos acompañada al Proyecto de Código de Procedimiento Civil se lee: "Se suprimió el artículo 747, porque se consideró que el pase de la sentencia no debe depender de las condiciones que exija otro país para otorgar el exequatur a las dictadas en Venezuela, sino que el Legislador debe señalar los requisitos sin atender a la reciprocidad, ni a ninguna otra exigencia de legislaciones extrañas" (**Boletín de la Comisión Codificadora Nacional**, nr. 40, Publicación Extraordinaria, pág. 37). La Comisión creada el 8 de octubre de 1956 estuvo inicialmente constituida por los doctores Víctor Sanavia, quien la presidió, Pedro Arismendi Lairret, Nicomedes Zuloaga, José Ramón Ayala y Luis Loreto; con posterioridad por excusa del doctor Luis Loreto, ocupó su cargo el doctor José López Borges. (**Exposición de Motivos y Proyecto de Código de Procedimiento Civil**, Caracas, sin fecha). En la nota introductoria de esta publicación se lee: "Discutió la Comisión el Anteproyecto presentado por el doctor Víctor Sanavia, el cual en definitiva fue aprobado sin modificaciones en la mayoría de sus artículos". Y en la página 189, al comentar el Título Decimotercero del Libro Cuarto, se encuentra el siguiente párrafo: "Ha suprimido el artículo 747 actual porque se consideró que el pase de la sentencia es un acto de soberanía del país y no debe depender de las condiciones que exija otra nación para otorgar el exequatur a los fallos dictados en Venezuela, sino que el legislador debe señalar los requisitos, sin atender a la reciprocidad ni a ninguna otra exigencia de legislaciones extranjeras. Por lo demás, esta es la tesis sostenida por las modernas doctrinas acerca de esta materia". En este sentido, debe advertirse que en el año 1943, el doctor Lorenzo Herrera Mendoza, en la primera edición de sus **Nociones preliminares sobre extraterritorialidad de leyes y sentencias**, suministra la siguiente información: "...en el Proyecto respectivo de Código de Procedimiento Civil, que está elaborando una Comisión Nacional Codificadora, ha sido eliminada, según se dice, esta exigencia de reciprocidad" (op. cit., págs. 11-12).

44. El Proyecto de 1963 fue redactado por una Comisión compuesta por los doctores Roberto Goldschmidt, Gonzalo Parra Aranguren y Joaquín Sánchez Covisa; con ciertas reformas, hechas por la misma Comisión, apareció nuevamente en 1965, aun cuando, de manera lamentable, en la publicación efectuada por el Ministerio de Justicia no se indicaron los cambios realizados, inadvertencia esta que puede originar confusiones futuras. La materia relativa a la eficacia de las sentencias extranjeras se encuentra regulada en los artículos 53 y 54, que prescinden de la reciprocidad. El Proyecto parece haber tenido favorable acogida, y hasta el presente ha sido objeto de un comentario por el doctor Werner Goldschmidt: "Avances de la Extraterritorialidad de la Ley en el Pensamiento Jurídico Iberoamericano" (**Revista Española de Derecho Internacional**, 1964, págs. 335-343), que, bajo el título de "El Proyecto Venezolano de Derecho Internacional Privado", apareció en la **Revista del Ministerio de Justicia**, 1964, págs. 77-88. (Con este motivo, y como Nota de la Redacción, se salvó la inadvertencia antes mencionada, al indicarse los preceptos del Proyecto que habían sido modificados en esta segunda publicación de 1965). Hace igualmente comentarios sobre el Proyecto de 1963 el Profesor Rodolfo de Nova en el artículo "Current Developments of Private International Law", aparecido en

la frase del Libertador Simón Bolívar: "La venganza progresivamente se aumenta: debemos ser generosos".⁴⁵

12. De acuerdo con las normas del Derecho vigente, la reciprocidad exigida por el artículo 747 del Código de Procedimiento Civil no debe ser tomada en cuenta, ni requiere demostrarse, de existir un tratado internacional sobre eficacia de actos de autoridades extranjeras entre Venezuela y el país de origen de la sentencia: en tal caso, por formar parte de la Legislación de la República,⁴⁶ el Convenio deberá ser aplicado de oficio por nuestro Supremo Tribunal, con vista del artículo 8º del mismo Código, que dispone:

"En los casos de aplicación del Derecho Internacional Privado, los jueces atenderán primero a los tratados públicos de Venezuela con la nación respectiva, 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 desprenda de la mente de la Legislación patria; y en último lugar se regirán por los principios de dicho Derecho aceptados generalmente".⁴⁷

The American Journal of Comparative Law (Volumen XIII, Año 1964, págs. 557-559). El otro Proyecto venezolano sobre la materia, obra del doctor Pedro Manuel Arcaya que, con el nombre de "Proyecto de Ley de Aplicación del Derecho Internacional Privado" apareció en la *Gaceta Jurídica* (años 1912-1914), órgano oficial de las Comisiones Codificadoras de la época, estableció expresamente la exigencia de la reciprocidad en el artículo 87, de la manera que sigue: "Sólo las sentencias libradas en países donde se concede ejecución a las sentencias firmes pronunciadas por poderes judiciales de Venezuela, sin previa revisión en el fondo, podrán ser declaradas ejecutorias en la República. Tal circunstancia deberá probarse". Como se puede advertir, la diferencia del texto con la redacción del artículo respectivo del Código de Procedimiento Civil (747 actual) radica en haber eliminado del segundo párrafo la frase final: "con instrumento fehaciente".

45. La cita está tomada del doctor Lorenzo Herrera Mendoza (*Fundamentos de la Eficacia Extraterritorial de Leyes y Sentencias*, op. cit. pág. 13).
46. Los tratados internacionales deben ser aprobados por el Congreso de la República, a tenor del artículo 128 de la Constitución Nacional vigente. Ha sido planteada la posibilidad de controlar su constitucionalidad: en sentido negativo el fallo de la Corte Suprema de Justicia del 29 de abril de 1965, con el sobresaliente voto salvado de los doctores J. G. Sarmiento Núñez y José Ramón Duque Sánchez (GO, n° 958, extraordinario, del 21 de mayo de 1965).
47. El actual artículo 8º del Código de Procedimiento Civil fue introducido en la reforma de 1897, bajo el número 11, siendo repetido en el Código de 1904. Respecto de su origen informa el doctor Lorenzo Herrera Mendoza: "Parece que el referido artículo 8º es original de Venezuela. No sabemos que se encuentre en ninguna otra legislación. Pero, si lo inventamos, nos hemos abstenido de aprovechar nuestra obra" (*La Escuela Estatutaria en Venezuela y la Evolución hacia la Territorialidad*, op. cit. pág. 171). El precepto se orienta en el mismo sentido del artículo 4º del Código Civil, intro-

La simple lectura de este precepto permite concluir, de manera indubitable, en la aplicación preferente que deben recibir los tratados internacionales, relativos a la eficacia de las sentencias extranjeras, sobre las normas del Código de Procedimiento Civil, dentro de las cuales se encuentra consagrada la exigencia de la reciprocidad. En consecuencia, resultan sorprendentes las afirmaciones de ciertos autores patrios, reiteradas en forma incidental por algunos fallos de nuestro más Alto Tribunal, según las cuales la reciprocidad exigida por el artículo 747 del Código de Procedimiento Civil puede ser comprobada por el interesado a través de los tratados que hubiere concluido la República y que se encuentren vigentes con el país de origen de la sentencia.⁴⁸ En efecto, en tales hipótesis no es posible tomar

ducido en la reforma de 1916, que dispone: "A la Ley debe atribuírsele el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras, según la conexión de ellas entre sí y la intención del Legislador. Cuando no hubiere disposición precisa de la Ley, se tendrán en consideración las disposiciones que regulan casos semejantes o materias análogas; y, si hubiere todavía dudas, se aplicarán los principios generales del Derecho". Adviértase, sin embargo, cómo el primer párrafo de este artículo se refiere a la interpretación de la Ley. Por otra parte, y en conformidad con lo dispuesto en el artículo 8° del Código de Procedimiento Civil, el **Proyecto de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado (1963-1965)**, en su artículo primero, previene: "La determinación del Derecho competente para regir situaciones relacionadas con ordenamientos extranjeros se hará de acuerdo con las disposiciones de la presente ley y de las demás leyes de la República. A falta de disposiciones legales, se aplicarán las normas de conflicto que se deduzcan de ellas por analogía y, en último término, los principios generales de Derecho Internacional Privado". Resulta evidente que los convenios internacionales deben tener aplicación preferente en su carácter de leyes especiales de la República.

48. Dentro de los autores venezolanos pueden mencionarse: Arminio Borjas: "Esa prueba puede aparecer, por ejemplo, ... de Tratado celebrado con la República..." (op. cit. Tomo VI, n° 724, pág. 261); y Acosta Oropeza: "Tal prueba puede resultar... de un Tratado..." (op. cit., pág. 16). A veces se encuentran menciones similares, de modo incidental, en fallos de nuestro Supremo Tribunal, como ocurre en la sentencia del 12 de marzo de 1954, bajo la ponencia del doctor Gustavo Manrique Pacanins, en la cual se lee: "... Cuanto al requisito de la reciprocidad que a las sentencias venezolanas acuerden las leyes o tratados del país que dictó la sentencia extranjera cuyo exequatur se pide, el solicitante ha presentado..." (GF, 2a, Tomo III, pág. 132). Recuérdese igualmente el párrafo del doctor Aníbal Sierralta Tellería, en su voto salvado a la sentencia del 3 de mayo de 1943, que dice como sigue: "Nuestra Ley procesal exige a este respecto la reciprocidad, como se desprende del contenido del artículo 747 del Código de Procedimiento Civil... Esta reciprocidad puede ser legal cuando la ley la establece; diplomática si se hallare consignada en algún tratado público, o judicial si los tribunales, haciendo caso omiso de toda cuestión de reciprocidad, ya porque la ley no la exija o por un espíritu más amplio, la hubiesen acordado en sus fallos" (MCFC, 1944,

en cuenta el mencionado artículo 747 por la sencilla razón de que los convenios internacionales ocupan el primer lugar en el orden de escalafón de las fuentes del Derecho Internacional Privado venezolano y privan sobre la Legislación interna de la República.⁴⁹

La jurisprudencia venezolana, en sus lineamientos generales, ha tomado en cuenta el orden de prelación de fuentes establecido en el artículo 8º del Código de Procedimiento Civil: Por tanto, han sido aplicados en primer término los tratados vigentes en lo que respecta a eficacia de las sentencias extranjeras, y sólo a falta de convenio internacional se ha exigido el cumplimiento del requisito de reciprocidad y de las otras condiciones de procedencia del **exequatur**, pautados en los artículos 747 y 748 del mismo Código.⁵⁰

Tomo I, pág. 221). Es preciso advertir también a este respecto, como ya Delicio Abzueta había señalado: "La reciprocidad, difícil de establecer como fácil de combatir, debe estipularse de modo claro en un tratado público, y entonces huelga como tal el principio de la reciprocidad, atento que los tratados suelen fundarse en que las pretensiones mutuas son bastantes..." (op. cit., n° 36, pág. 80).

49. Cuestión distinta de la tratada en el texto es la de saber si la reciprocidad de prestaciones constituye la base del tratado concluido por Venezuela. Desde un punto de vista teórico las convenciones internacionales normalmente descansan sobre la base de la reciprocidad de las contra-prestaciones, pero, como observa J. P. Niboyet, han existido tratados en los cuales un país se obliga a una prestación sin obtener nada en retorno: tales casos constituyen hipótesis excepcionales que aparecen dictadas por consideraciones de política o de oportunidad ("La notion de réciprocité dans les Traités diplomatiques de Droit international privé", en *Recueil des Cours*, 1935 II, Tomo 52, págs. 259-363).
50. En algunas oportunidades aisladas nuestro más Alto Tribunal ha negado la posible aplicación de tratados concluidos por la República, por no contener preceptos relativos a la eficacia de las decisiones dictadas por tribunales de los Estados contratantes: en la sentencia del 8 de mayo de 1950, bajo la ponencia del doctor Rafael Angel Camejo, dijo la Corte Federal y de Casación, en Sala Federal: "Aplicando el artículo 8º del Código de Procedimiento Civil, por cuanto con España no existe tratado regulador de **exequatur**, haciéndose apenas algunas referencias muy generalizadas en el artículo 4º del Tratado de Paz y Reconocimiento de 1845, a los derechos que pudieran tener los súbditos de aquella nación en Venezuela, es imprescindible ocurrir al principio de la reciprocidad..." (GF, 1a., Tomo V, pág. 19). El ciudadano Atilio Mazzei, en su solicitud de **exequatur** de la decisión del Tribunal de Massa, Italia, que ratificó la separación de cuerpos convenida con su esposa, Morisi Egle, alegó "que Italia concede ejecución a las sentencias firmes dictadas por los tribunales competentes de Venezuela, sin revisión en el fondo, conforme al tratado o convenio celebrado entre Venezuela e Italia el 19 de junio de 1861, en su artículo 16": La Corte Federal en su sentencia de 27 de julio de 1956 no analizó este alegato, posiblemente por considerar que tal Convenio no

En este orden de ideas, las decisiones de nuestro Supremo Tribunal han dado preferencia al Acuerdo Boliviano, suscrito en Caracas el 18 de julio de 1911; y al Código Bustamante, firmado en La Habana con motivo de la Sexta Conferencia Panamericana, aun cuando al ratificar este último Venezuela hizo reserva expresa de los artículos referentes a la ejecución de sentencias dictadas por tribunales extranjeros en materia civil y para actos de jurisdicción no contenciosa.⁵¹

13. No debe extrañar, por consiguiente, que el requisito de la reciprocidad no haya sido examinado cuando se trata de aplicar el único tratado vigente en nuestro país en lo que a re-

tenía normas sobre la materia, y aplicó los preceptos del Código de Procedimiento Civil (GF, 2a., Tomo XIII, págs. 29-33).

51. Nuestro Supremo Tribunal, en sentencia del 19 de febrero de 1957, siendo ponente el doctor F. S. Angulo Ariza, explicó, de manera incidental, la reserva hecha por Venezuela al Código Bustamante, en este particular, de la siguiente manera: "Venezuela se ha mantenido siempre celosa de su soberanía sobre los bienes sitos en su territorio. Así, el artículo 10 del Código Civil pauta: "Los bienes muebles o inmuebles, situados en Venezuela, se regirán por las leyes venezolanas, aunque sobre ellos tengan o pretendan tener derechos personas extranjeras". Por ese principio básico de nuestro derecho interno, Venezuela al aceptar la Convención sobre Derecho Internacional Privado suscrita en La Habana el 20 de febrero de 1928, hizo reserva de los artículos 423 hasta el 435, que comprenden precisamente todo lo relativo a la ejecución de sentencias dictadas por tribunales extranjeros, en atención a que esa Convención (Código Bustamante) determina que las sentencias civiles o contencioso-administrativas dictadas en uno de los Estados contratantes tendrán fuerza y podrán ejecutarse en los demás Estados, sin hacer excepción de que tales fallos versaren o no sobre bienes muebles o inmuebles. De ahí la reserva de nuestro país" (GF, 2a., Tomo XV, Volumen I, págs. 96-97); el doctor Pedro Ítrigo Chacín, quien desempeñara el cargo de Ministro de Relaciones Exteriores en la época de la ratificación del Código Bustamante, explica la reserva "en razón de que la República ha adoptado para estos casos un sistema cabal y cuyo carácter de orden público lo determina su íntima relación con el funcionamiento de nuestros tribunales de Justicia, la organización de su competencia y el alcance de la jurisdicción nacional" (*Esbozos Literarios y Jurídicos*, Caracas, 1934, pág. 429); en la *Exposición al Libro Amarillo de 1929*, se lee: "La Delegación de Venezuela a la Conferencia de La Habana, inspirándose en tan clara tradición y siguiendo las instrucciones que le fueron dadas, propuso la aprobación global del proyecto de Código ad referendum, con el designio de asegurar el buen éxito de esta notable tentativa, sin comprometer las indispensables reservas impuestas por nuestra Legislación" (págs. XV-XVI). La importancia del orden público en lo que respecta a la reserva de los referidos artículos del Código Bustamante se observa también en el oficio n° 80 dirigido a la Cancillería por el Congreso Nacional, de 17 de julio de 1928, en el cual le comunica la aprobación por el Senado de la República, en primera discusión, del mencionado Convenio (LA, 1929, págs. 92-93).

conocimiento y ejecución de sentencias extranjeras respecta, a saber, el Acuerdo Boliviano suscrito en Caracas el 18 de julio de 1911.⁵²

Expresamente fue reconocida esta prelación en fallo del 5 de febrero de 1947. Bajo la ponencia del doctor Luis Loreto dijo nuestro Supremo Tribunal:

"Las cuestiones planteadas a la Corte por la solicitud de exequatur de la sentencia de divorcio pronunciada con fecha 22 de octubre de 1945 por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil de Lima, deben resolverse, en primer término, a la luz de los principios que surgen de los tratados públicos suscritos por Venezuela con la República del Perú, según expresa disposición del artículo 8° del Código de Procedimiento Civil, que determina el orden de aplicación del Derecho Internacional Privado. En relación con la materia objeto de la causa, existe entre las dos naciones el Acuerdo sobre Ejecución de Actos Extranjeros, firmado en Caracas, el 18 de julio de 1911, y el Convenio de Derecho Internacional Privado, suscrito en La Habana el 20 de febrero de 1928, que han sido ratificados⁵³ y cuyas disposiciones pertinentes al caso deben tener preferente aplicación en referencia con las propias y generales del derecho interno en cada país".⁵⁴

52. Aprobación legislativa del 11 de junio de 1912; ratificación del Poder Ejecutivo en 19 de diciembre de 1914 (TPAIV, Volumen II, Caracas, 1950, págs. 475-477). El Acuerdo se encuentra vigente entre Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, y en él se adoptaron, con muy escasas modificaciones, las normas del Tratado de Derecho Procesal Internacional suscrito en Montevideo el 11 de enero de 1889 (Joaquín Sánchez Covisa, La eficacia de las sentencias extranjeras de divorcio, Caracas, 1956, pág. 9): el doctor Pedro Itriago Chacín se pronuncia en forma más categórica cuando dice: "En dicho Acuerdo se adoptó de un modo general como ley común de las naciones signatarias el Tratado sobre Derecho procesal sancionado en 1889 por el Congreso de Montevideo" (op. cit., pág. 260).
53. En realidad Venezuela, al ratificar el Código Bustamante hizo reserva expresa de los artículos referentes a la ejecución de sentencias dictadas por tribunales extranjeros, en materia civil y para actos de jurisdicción no contenciosa. Por otra parte, la mención era inútil habida cuenta de la vigencia del Acuerdo Boliviano de 1911.
54. ACFC, 1947, págs. 57-58. Términos similares fueron utilizados por nuestra Corte Suprema de Justicia al conceder el exequatur solicitado por César Peralta de la sentencia dictada por el juez Tercero Provincial del Azuay, en la ciudad de Cuenca, República del Ecuador. Siendo ponente el doctor J. M. Padilla dijo la Corte: "Ahora bien, en los casos de aplicación del Derecho internacional privado, los jueces, por mandato del artículo 8° del Código de Procedimiento Civil, atenderán primero a los tratados públicos de Venezuela con la nación respectiva. Por lo cual, el Acuerdo sobre Ejecución de Actos Extranjeros es de preferente aplicación a otras disposiciones legales, de carácter general, sobre la materia a que se contrae" (GF, 2a, Tomo XXXIII, Volumen I, pág. 99). Las otras tres decisiones que han aplicado el Acuerdo Boliviano de 1911 no han hecho especial hincapié en su prelación sobre las normas del Código de Procedimiento Civil.

De igual manera recalcó nuestro Supremo Tribunal, bajo la ponencia del doctor J. M. Padilla, en la sentencia del 3 de agosto de 1961:

“Comoquiera que el Acuerdo no exige ningún otro requisito (excepto los del artículo tercero) para que las sentencias surtan sus efectos en los otros Estados, los que enumera el artículo 748 del Código de Procedimiento Civil quedan excluidos siempre que no sean de ineludible orden público.⁵⁵ Someter, en efecto, los casos de aplicación del Acuerdo internacional a las pautas establecidas en la Ley general de la materia, sería hacerlo nugatorio, desconociéndose el propósito que tuvieron las Altas Partes Contratantes al celebrarlo, que es el de fortalecer los vínculos de fraternidad existentes en las naciones bolivarianas por medio de facilidades especiales, en la esfera judicial”.⁵⁶

Escasas han sido, sin embargo, las ocasiones para aplicar el Acuerdo Boliviano de 1911: de ciento treinta y una decisiones dictadas en materia de **exequatur** en lo que va de siglo,⁵⁷ sólo en cinco casos se ha concedido el pase a una sentencia extranjera con base en la referida Convención⁵⁸ y, como es natural y lógico, en ninguna de ellas ha sido exigida ni se ha examinado la reciprocidad prevista en el artículo 747 del Código de Procedimiento Civil, como condición previa para la eficacia en Venezuela de los fallos dictados por tribunales de otros países.

55. La Corte deja así abierta la posibilidad para oponer el orden público internacional venezolano a las disposiciones que sean aplicables al caso concreto de acuerdo a un convenio concluido por la República, cuestión esta ampliamente debatida por la doctrina.
56. GF, 2a, Tomo XXXIII, Volumen I, pág. 99.
57. La revisión en la *Gaceta Forense*, órgano de publicidad de nuestra Corte Suprema de Justicia, sólo ha podido hacerse hasta el final del año 1961, pues para la fecha de este trabajo —julio de 1965— no han aparecido los volúmenes correspondientes a 1962, 1963, 1964 y a los seis meses de 1965. Las sentencias de estos últimos años, que aparecen citadas en el texto, han sido tomadas de la *Gaceta Oficial*, de modo, pues, que existe la posibilidad de no haber considerado todas las decisiones de nuestro Supremo Tribunal: esperamos que el margen de error sea insignificante.
58. El Acuerdo Boliviano ha sido aplicado en las solicitudes de **exequatur** resueltas por sentencias de las siguientes fechas: 18 de mayo de 1928, siendo ponente el doctor R. Marcano Rodríguez, de una decisión dictada por el Provisorato Diocesano de Pamplona, República de Colombia, declarativa de la nulidad de un matrimonio (MCFC, 1929, págs. 151-154); 4 de agosto de 1939, bajo la ponencia del doctor José Ramón Ayala, de una sentencia de divorcio dictada por el Juez Segundo Provincial Suplente de la ciudad de Quito, República del Ecuador (MCFC, 1940, Tomo I, págs. 271-272); 20 de enero de 1947, mencionada en el texto; 8 de octubre de 1959, siendo ponente el doctor J. M. Padilla de la decisión dictada por el juez de Partido Sexto de La Paz, República de Bolivia, declarativa de divorcio (GF, 2a, Tomo XXVI, Volumen I, págs. 12-15); y 3 de agosto de 1961, también mencionada en el texto.

14. La jurisprudencia de nuestro Supremo Tribunal permite también observar la existencia de diversos fallos en los cuales se han tomado en cuenta las normas del Código de Derecho Internacional Privado, suscrito en La Habana el 20 de febrero de 1928, a los fines de conceder el **exequatur** a sentencias extranjeras. En tales hipótesis, y por estimarse vigente en Venezuela el Código Bustamante, ha recibido aplicación preferente, con prescindencia de las previsiones contenidas en los artículos 747 y 748 del Código de Procedimiento Civil.

Dentro de esta orientación puede distinguirse una categoría de casos en los cuales se ha sostenido la obligatoriedad de dicho convenio entre Venezuela y el país de origen de la sentencia: con fecha **14 de noviembre de 1941**, siendo ponente el doctor Héctor J. Montero, fue aplicado el Código Bustamante para tramitar el **exequatur** de una decisión mexicana declarativa de divorcio, por considerarse a la República de México "uno de los Estados signatarios de la referida Convención";⁵⁹ y en **26 de marzo de 1942**, bajo la ponencia del doctor Luis I. Bastidas, se afirmó la vigencia del Código Bustamante entre Venezuela y los Estados Unidos de la América del Norte.⁶⁰

Por otra parte, en hipótesis similares, la simple afirmación de hallarse Venezuela vinculada por los artículos 52 a 56 del Código Bustamante ha sido suficiente para conceder el **exequatur** solicitado. Así ocurrió, respecto de sentencias mexicanas de divorcio, en decisiones de fechas **28 de noviembre de 1940**, siendo ponente el doctor R. Marcano Rodríguez;⁶¹ **13 de junio de**

59. MCFC, 1942, Tomo I, pág. 496. El párrafo pertinente lee como sigue: "Considerando: que siendo la República de México uno de los Estados signatarios de la referida Convención, no se le ha arrebatado a Venezuela la jurisdicción que le correspondiera, para conocer del negocio, según las leyes o los preceptos de Derecho internacional, en razón de que el aludido Código de Derecho internacional privado, es también Ley de la República".

60. MCFC, 1943, Tomo I, pág. 269: "Segundo: que siendo obligatorio para Venezuela y los Estados Unidos de Norte América el Código de Derecho Internacional Privado, anexo a la Convención de la VI Conferencia Internacional Americana, se cumple con ello el artículo 747 del Código de Procedimiento Civil".

61. MCFC, 1941, Tomo I, pág. 496: "Considerando: que Venezuela suscribió y después ratificó la Convención sobre Derecho Internacional Privado celebrada en La Habana, en la VI Conferencia Internacional Americana, y aprobó así el Código de Derecho Internacional Privado anexo a esa Convención". El doctor Máximo Barrios salvó su voto, al advertir que dicho tratado no era vigente para Venezuela en esta materia y por no haberse demostrado la reciprocidad exigida por el artículo 747 del Código de Procedimiento Civil (Id., págs. 497-498).

1941, bajo la ponencia del doctor Pedro Arismendi Lairer;⁶² y 24 de abril de 1942, siendo ponente el doctor Aníbal Sierraalta Tellería.⁶³ El mismo argumento fue utilizado para conceder el pase a sentencias dictadas en los Estados Unidos de la América del Norte en las decisiones de 24 de abril de 1941 siendo ponente el doctor R. Marcano Rodríguez ⁶⁴ y 14 de agosto de 1942, bajo la ponencia del doctor Aníbal Sierraalta Tellería.⁶⁵

15. Todas estas sentencias parten, a nuestro modo de ver, de un falso supuesto: es preciso recordar que Venezuela hizo reserva expresa de todos los artículos del Código Bustamante comprendidos entre el número 423 y el 435, ambos inclusive, referentes a la ejecución de sentencias dictadas por tribunales extranjeros en materia civil y para actos de jurisdicción no contenciosa.⁶⁶ En consecuencia, no cabe considerarlo como Tratado vigente en la República en lo que respecta a la eficacia de fallos extranjeros y se hace ineludible acudir a las previsiones contenidas en los artículos 747 y 748 del Código de Procedimiento Civil, para determinar la admisibilidad y la procedencia de la solicitud de *exequatur*, cuando no se trata de decisiones pro-

62. MCFC, 1942, Tomo I, pág. 449: "Considerando: que Venezuela suscribió y después ratificó la Convención sobre Derecho Internacional Privado anexo a esa Convención; Considerando: que en la reserva hecha por Venezuela de la aceptación de algunos preceptos en ejercicio del Derecho reconocido por el artículo 3º de la Convención a cada una de las Repúblicas contratantes, no incluyó los artículos 53, 54 y 55 del expresado Código de Derecho Internacional Privado".

63. MCFC, 1943, Tomo I, pág. 302: "Considerando: que el fallo cuyo *exequatur* se solicita se ajusta a lo establecido en la Convención sobre Derecho Internacional Privado, suscrita por Venezuela en la VI Conferencia Internacional Americana, así como al Código de Derecho Internacional Privado anexo a esa Convención".

64. MCFC, 1942, Tomo I, pág. 438: "Primero: que Venezuela suscribió y posteriormente ratificó la Convención sobre Derecho Internacional Privado celebrada en La Habana en la Sexta Conferencia Internacional Americana y aprobó el Código de Derecho Internacional Privado anexo a esa Convención, sin hacer reserva alguna con respecto a los artículos 53 y 54 del mencionado Código...". El doctor Máximo Barrios salvó su voto con base en la reserva hecha por Venezuela de los artículos comprendidos entre el 423 y el 432 del Código Bustamante, ambos inclusive, y por no haberse demostrado la reciprocidad exigida por el artículo 747 del Código de Procedimiento Civil (Id., pág. 440).

65. MCFC, 1943, Tomo I, pág. 341: "Considerando: que los Estados Unidos de Venezuela suscribieron y ratificaron la Convención de referencia y aprobaron también el Código de Derecho Internacional Privado que se agregó a aquella Convención".

66. La aprobación legislativa es del 9 de julio de 1931; fue ratificado por el Poder Ejecutivo en 23 de diciembre de 1931, habiéndose efectuado el depósito del instrumento de ratificación el 12 de marzo de 1932 (TPAIV, Tomo IV, Caracas, 1933, págs. 154-230).

venientes de alguno de los países vinculados por el Acuerdo Boliviano de 1911.

Tal punto de vista fue sostenido, en algunas de las sentencias antes mencionadas, por miembros disidentes de la mayoría: En su voto salvado a la decisión de 28 de noviembre de 1940, que concedió el *exequatur* a la sentencia declarativa de un divorcio vincular, dictada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil del Distrito Bravos, Estado de Chihuahua, de la República de México, el doctor Máximo Barrios planteó por primera vez la cuestión en los términos siguientes:

“c) Que si bien es cierto que Venezuela ratificó, según consta de la Gaceta Oficial de la nación, número extraordinario de 9 de abril de 1932, la Convención celebrada en La Habana en la Sexta Conferencia Internacional Americana, en la cual figura México, relativa al Código de Derecho Internacional Privado anexo a ella, es cierto también que allí mismo se reservó, entre otros, la aceptación de los artículos 423 al 432, ambos inclusive, en que se contiene la materia de ejecución de sentencias de tribunales extranjeros, que es precisamente la materia del presente caso, sin hacer excepción de la sentencia referente a divorcio o separación de cuerpos; d) Que por no haber convenido Venezuela en aquellos artículos de la referida Convención Internacional, sus disposiciones no pueden ser de observancia legal por los tribunales del país”.⁶⁷

Tal constituye, a nuestro entender, la inteligencia correcta de la reserva hecha por Venezuela a los artículos del Código Bustamante relativos a la ejecución de actos de autoridades extranjeras, y sin que ella obste a una posible aplicación, en materias conexas con el *exequatur*, de otros preceptos del mismo Código que no fueron reservados por nuestro país, bien como convención vigente, frente a las naciones por ella vinculadas, bien como principios de Derecho Internacional Privado generalmente admitidos, respecto de aquellos países en los cuales no se encuentra en vigencia.

Esta última aplicación ha sido considerada procedente por la jurisprudencia de nuestro Supremo Tribunal en lo que se refiere a los medios probatorios útiles para demostrar la recipro-

67. MCFC, 1941, Tomo I, pág. 498. Al respecto cabe mencionar también el voto salvado del doctor Alberto Díaz a la sentencia del 3 de mayo de 1943, en uno de cuyos párrafos se lee: “...Venezuela hizo reserva sobre todos los artículos relacionados sobre ejecución de sentencias inclusive el que se ha copiado (el 423); eso significa que a pesar de no excluirse el *exequatur* y de establecerse en la citada Convención requisitos muy similares a los de nuestra Ley, se quiso mantener ésta en todo su alcance y vigor, es decir, que las sentencias dictadas por autoridades extranjeras deben estar ajustadas a las condiciones del Código de Procedimiento Civil y no a las más liberales que fija la Convención de La Habana, así se trate de sentencias que no sean ejecutables...” (MCFC, 1944, Tomo I, págs. 237-238).

cidad existente en el Derecho extranjero, exigida por el artículo 747 del Código de Procedimiento Civil⁶⁸ y a los fines de controlar la competencia internacional indirecta del tribunal sentenciador;⁶⁹ y sería igualmente posible para examinar la ley aplicada en la sentencia, con base en los artículos 52, 53 y 54 del Código Bustamante, en las cuestiones relativas al divorcio y a la separación de cuerpos.⁷⁰ Pero en ninguna forma pueden extenderse los principios del Tratado de La Habana para suprimir las exigencias de los artículos 747 y 748 del Código de Procedimiento Civil, contentivos de normas sobre materias objeto de expresa reserva por Venezuela al ratificar la referida convención internacional.

Esta línea de pensamiento informa la jurisprudencia posterior de nuestro Supremo Tribunal: por una parte ha recono-

68. Véanse los números 32 a 41 del presente trabajo.

69. En este sentido, de aplicar los criterios atributivos de competencia internacional de los tribunales consagrados por el Código Bustamante a países no signatarios de dicha Convención, puede verse la decisión de 15 de febrero de 1955, siendo ponente el doctor Héctor Parra Márquez (GF, 2a., Tomo XVI, Volumen I, pág. 68) y la de 14 de mayo de 1957, también bajo la ponencia del doctor Héctor Parra Márquez (GF, 2a., Tomo XVI, Volumen I, pág. 83). La doctrina patria se ha pronunciado en un sentido favorable a esta extensión, como lo confirman los artículos del doctor Joaquín Sánchez Covisa: "La eficacia de las sentencias extranjeras de divorcio", Caracas, 1956, pág. 21, y "Anotaciones sobre la competencia procesal internacional indirecta", en *Studia Iuridica*, Caracas, 1957, págs. 460-461.

70. Ha sido controvertida por la doctrina la conveniencia de controlar la ley aplicada en la sentencia extranjera cuyo exequatur se solicita, en virtud de no estar expresamente contemplada tal exigencia entre los requisitos previstos por el artículo 748 del Código de Procedimiento Civil. El doctor Joaquín Sánchez Covisa estima razonable tal control —incluido dentro del orden público internacional— en el caso de que las normas de Derecho Internacional Privado venezolano atribuyan competencia a la ley venezolana para resolver la controversia, y estimándolo mucho más discutible en las otras hipótesis ("La eficacia de las sentencias extranjeras de divorcio", Caracas, 1956, págs. 23-25). José Muci Abraham, hijo, considera que no debe permitirse el pase cuando el caso concreto se encontraba originalmente conectado con varios ordenamientos jurídicos, siendo uno de ellos el venezolano, a menos que se haya aplicado la Legislación declarada como competente por nuestras normas de Derecho Internacional Privado ("Conflicto de leyes y juicio de exequatur", en *Studia Iuridica*, Caracas, 1957, págs. 352-356). La sentencia de nuestro Supremo Tribunal de 6 de noviembre de 1958, bajo la ponencia del doctor Lorenzo Herrera Mendoza admite la posibilidad de controlar la ley aplicada en caso de divorcio de venezolanos por tribunales extranjeros, en virtud del mandato contenido en el artículo 9º del Código Civil, que dispone: "Las leyes concernientes al estado y capacidad de las personas obligan a los venezolanos, aunque residan o tengan su domicilio en país extranjero" (GF, 2a., Tomo XXII, Volumen I, pág. 127).

cido la falta de vigencia del Código Bustamante respecto de México⁷¹ y de los Estados Unidos de la América del Norte;⁷² y por la otra, recalca su no obligatoriedad en Venezuela en lo que respecta al reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras.⁷³

Por tanto puede considerarse superada la afirmación contenida en la sentencia del 13 de junio de 1941, siendo ponente el doctor Pedro Arismendi Lairer, cuando la Corte Federal y de Casación expresó:

“Considerando: que al reservarse Venezuela su aceptación en cuanto a los preceptos de aquel Código que regulan el procedimiento para la ejecución de sentencias extranjeras, ello, si bien implica la no obligatoriedad de la Convención en esta materia, no quiere decir, sin embargo, que necesariamente, en cuantos asuntos vengan a la Corte en solicitud del pase, deban aplicarse las disposiciones de nuestro Código de Procedimiento Civil, prescindiendo en absoluto de la Convención, sino que el sentido de tales expresiones es haberse reservado nuestro país la libertad de deliberar en cada caso, y según su naturaleza y circunstancias especiales, optar por las reglas de nuestro Código de Procedimiento Civil en todo o en parte, pudiendo hasta prescindir de la faz contenciosa, cuando no se trate de la ejecución material del fallo, sino sólo de reconocerle la fuerza de la cosa juzgada o ejecutoriedad, sin ninguna consecuencia patrimonial”.⁷⁴

71. Ya en su voto salvado a la sentencia del 3 de mayo de 1943, el doctor Antonio Pulido Villafañe apuntó: “Si bien en conferencias internacionales, entre éstas la de Jurisconsultos de Río de Janeiro (1926), preparatoria de la de La Habana, donde culminó su labor de codificación del Derecho Internacional Privado en el llamado Código Bustamante, cuya ratificación no ha tenido lugar todavía por parte de México...” (MCFC, 1944, Tomo I, pág. 230). De manera expresa se ha establecido la no obligatoriedad del Código Bustamante respecto de México, entre otras, en las sentencias de las siguientes fechas: 8 de febrero de 1946, siendo ponente el doctor Luis Loreto (ACFC, 1946, pág. 46); 3 de agosto de 1955 —por la Corte de Casación— bajo la ponencia del doctor Alberto Díaz (GF, 2a, Tomo IX, Volumen II, págs. 65-66); y, 28 de octubre de 1959, siendo ponente el doctor Jonás Barrios (GF, 2a, Tomo XXVI, Volumen I, págs. 60-61). De igual manera, en el voto salvado del doctor Jonás Barrios a la sentencia de 27 de febrero de 1962 (GO, 26.810, del 26 de marzo de 1962).
72. La no obligatoriedad de la Convención de La Habana frente a los Estados Unidos de la América del Norte se afirmó, de manera expresa, en las sentencias de 5 de febrero de 1947, bajo la ponencia del doctor Luis Loreto (ACFC, 1947, pág. 63) y 5 de mayo de 1949, siendo ponente el doctor Rafael Angel Camejo (GF, 2a, Tomo II, pág. 21).
73. Tal punto de vista se encuentra implícito en las diversas sentencias que resuelven solicitudes de exequatur de decisiones dictadas por tribunales de países que ratificaron el Código Bustamante, como Costa Rica, Cuba, Honduras, Santo Domingo, en las cuales no se ha aplicado la Convención de La Habana, sino los preceptos de nuestro Código de Procedimiento Civil.
74. MCFC, 1942, Tomo I, pág. 450. Al final de la propia sentencia se lee: “La Corte advierte que el presente fallo, basado en circuns-

16. La falta de convenios internacionales celebrados por Venezuela, excepción hecha del Acuerdo Boliviano de 1911, impone tomar en cuenta, en materia de eficacia de actos de autoridades extranjeras, los preceptos contenidos en la Legislación interna, a saber, las normas del Código de Procedimiento Civil, en virtud del mandato expreso y categórico del artículo 8º del mismo Código, que, según se ha visto, establece el orden de prelación de las fuentes en caso de aplicación del Derecho Internacional Privado. Y dentro de tales exigencias se encuentra la prueba de la reciprocidad en el Estado sentenciador, circunstancia esta que, por tanto, al menos desde una perspectiva teórica, adquiere una inusitada importancia práctica.

17. Ahora bien, el artículo 747 del Código de Procedimiento Civil se limita a exigir tan sólo la prueba de que en el país de

tancias especialísimas no previstas en la Convención citada, ni con solución adecuada en nuestro Código de Procedimiento Civil, no constituye un precedente para los casos normales de exequatur, en las sentencias extranjeras de divorcio" (Id., págs. 450-451). Este planteamiento hace todavía más confusa la idea directriz del fallo, al distinguir entre casos normales y anormales de exequatur. Las "circunstancias especialísimas" serían las mencionadas en el siguiente "Considerando: que en el presente caso no se trata de proceder a la ejecución material de la sentencia de divorcio dictada en México, puesto que no se adquirieron en el matrimonio bienes que deban liquidarse y partirse ni se procrearon hijos que deban ser sometidos a algún régimen especial, sino se trata sólo, con el pase solicitado, de proteger el patrimonio propio de una venezolana que tiene sus bienes en este país, contra la incómoda y perjudicial ingerencia de un extranjero de quien se ha divorciado y quien no tiene aquí ni domicilio ni residencia" (Id., pág. 450). Precisamente este criterio inspirará el punto de vista sostenido por la mayoría de la Corte Federal y de Casación, a partir de la sentencia del 3 de mayo de 1943, y se mantendrá como jurisprudencia constante hasta el 8 de febrero de 1946 (al respecto véase la nota número 116 de este trabajo). La decisión del 13 de junio de 1941, mencionada en el texto, aparece suscrita por Alonso Calatrava, Alberto Díaz, Luis I. Bastidas, Pedro Arismendi Lairret, Aníbal Sierralta Tellería, Héctor J. Montero y Tomás Liscano. Los doctores Alberto Díaz y Tomás Liscano salvaron su voto con base en diversas razones, entre las cuales se encuentra la siguiente: "En nuestra opinión, es necesaria la notificación de la contraparte para darle fuerza ejecutoria a una sentencia dictada en país extranjero, porque lo establece el propio artículo 424 del Código de Derecho Internacional Privado, aceptado en la Convención celebrada en La Habana en la Sexta Conferencia Internacional Americana. La ejecución, dice, debe solicitarse previas las formalidades requeridas por la Legislación interior. Y las formalidades que nuestra Legislación requiere son las previstas en los artículos 746 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, con excepción sólo de las que la Convención haya hecho innecesarias de manera expresa, sin que puedan confundirse las formalidades previas con los trámites de la ejecución, porque a éstos se refiere expresamente el artículo 430 del Código citado" (MCFC, 1944, Tomo I, pág. 451).

origen del fallo se concede "ejecución a las sentencias firmes pronunciadas por poderes judiciales de Venezuela, sin previa revisión en el fondo".

Esta moderada consagración legislativa del principio, aunada al liberal tratamiento recibido por la reciprocidad en la jurisprudencia venezolana, explica que en su aplicación se hayan "evitado muchos de los problemas que suscita la delimitación del concepto".⁷⁵

18. En efecto, ha sido afirmado que este requisito "no puede entenderse en el sentido de que se requiera necesariamente la prueba de que ya el país donde se dictó la sentencia de cuyo **exequatur** se trata, se adelantó al nuestro, concediéndolo a una sentencia extranjera", según advirtió la Corte Federal y de Casación en sentencia del 24 de mayo de 1943, bajo la ponencia del doctor Pedro Arismendi Lairet.

"Teniendo todos los países igual derecho a esa exigencia, —indicó el Supremo Tribunal en esa oportunidad— si ninguno quiere ser el primero en dar el pase a las sentencias extranjeras, se llegaría a la conclusión absurda de que los países que se atienen a la reciprocidad, lo que hacen con ello no es sino impedir que nazca la reciprocidad. Esta no se lograría ni aun con el milagro de la simultaneidad de los pases, porque siempre los términos de distancia para ir la prueba auténtica de un país a otro, anularía esa simultaneidad. En sana lógica, y aplicando las reglas de una racional interpretación, lo único que ha querido exigir nuestro legislador en el precepto citado, es que haya la constancia de que en el país donde se dictó el fallo que se considera, no se exige la revisión en el fondo de las sentencias de los tribunales venezolanos, como condición de otorgarles el **exequatur**. Ya esto sí es de fácil comprobación, porque lo establecen, sin necesidad de referirse a un caso concreto ni a una nacionalidad determinada, las leyes procesales de cada Estado como lo hace la nuestra. La Corte juzga, pues, que en el presente caso se cumple el precepto de la reciprocidad en el único sentido que no resultaría absurdo".⁷⁶

Pudiera creerse de la anterior transcripción que la reciprocidad exigida por la jurisprudencia patria para conceder el pase a una sentencia extranjera es la **reciprocidad legal**, a saber, aquella que se encuentra admitida en los textos escritos vigentes en el país de origen del fallo. Fácilmente se comprenden, sin embargo, las inconveniencias que presenta esta perspectiva, no sólo frente a Estados con un sistema jurídico de carácter consuetudinario sino también respecto de aquellas naciones que ca-

75. Sánchez Covisa, *La eficacia de las sentencias extranjeras de divorcio*, pág. 16, nota 7.

76. MCFC, 1944, Tomo I, pág. 246. Un párrafo idéntico se encuentra en la sentencia dictada por la misma Corte Federal y de Casación el 18 de febrero de 1944, bajo la ponencia del doctor F. S. Angulo Ariza (MCFC, 1945, Tomo I, pág. 179).

rezcan de normas expresas consagratorias del principio de la reciprocidad.

Por otra parte, parece lógico que lo importante no sea la situación legal abstracta imperante en un país determinado, sino la realidad efectiva de la práctica: tal idea refleja mejor el espíritu y el querer del legislador, quien, al establecer este requisito, ha pretendido que las sentencias venezolanas tengan verdaderamente ejecución en el respectivo Estado extranjero. No debe extrañar, por tanto, que la exigencia del artículo 747 del Código de Procedimiento Civil haya sido considerada también cumplida cuando en el país sentenciador existe **reciprocidad de hecho** para los fallos dictados por nuestros tribunales.

De esta manera, la jurisprudencia patria atribuye un significado bivalente al concepto reciprocidad: permite su prueba mediante los textos legales extranjeros que la consagren (**reciprocidad legal**), pero también considera suficiente la práctica efectiva imperante en el país sentenciador frente a las decisiones de los tribunales venezolanos (**reciprocidad de hecho**).⁷⁷

19. Nuestra jurisprudencia tampoco ha considerado obstáculo para el cumplimiento del requisito de la reciprocidad, la circunstancia de que en el país de origen de la sentencia los fallos venezolanos sean sometidos a una revisión en el fondo, similar a la consagrada por nuestra Legislación antes de otorgar el pase a una decisión extranjera: la reciprocidad se considera cumplida aun cuando en el país extranjero se establezcan requisitos de admisibilidad y de procedencia del *exequatur* análogos a los impuestos por el Código de Procedimiento Civil venezolano.

Expresivos al respecto son los párrafos de la sentencia dictada por la Corte Federal el 6 de noviembre de 1958, siendo ponente el doctor Lorenzo Herrera Mendoza, que dicen como sigue:

“Verdad es que, según aquella certificación de los juristas alemanes, la sentencia que se dictó en Venezuela, declaratoria de un divorcio entre alemanes aquí domiciliados, será reconocida en Alemania, siempre que se hayan observado, es decir, que no hayan sido infringidas las respectivas leyes alemanas. De donde se desprende que, para el

77. Esta conclusión se encuentra ampliamente comprobada al analizar los medios probatorios útiles admitidos por la jurisprudencia nacional para comprobar la reciprocidad, a saber, la certificación de los respectivos textos legales o la declaración jurada de dos abogados, por lo menos, en ejercicio en el país de origen de la sentencia. En este segundo caso el testimonio de los profesionales del derecho —lo mismo ocurre con las certificaciones expedidas por las Embajadas respectivas— puede dirigirse tanto a la prueba del texto legal vigente en el Estado sentenciador como a la efectiva práctica que impera en el mismo (sobre el particular véanse los números 36 a 41 de este trabajo).

reconocimiento alemán de tal sentencia venezolana, será indispensable que allá se efectúe una **previa revisión parcial**, cuanto al fondo mismo del caso, para precisar si se ha infringido o no el correspondiente estatuto personal de las partes. Pero, esa revisión parcial no es obstáculo a la existencia de la reciprocidad legislativa que se necesita. **Por lo contrario, la confirma.** En efecto, también en Venezuela requiérese un examen previo o **revisión parcial** de las sentencias alemanas que pronuncien divorcios entre cónyuges venezolanos y domiciliados en Alemania, por aplicación del artículo 9° de nuestro Código Civil, que regula el estado y la capacidad de los venezolanos, aunque se encuentren en país extranjero, y del artículo 748, ordinal 4°, de nuestro Código de Procedimiento Civil, donde se estatuye: «Requírese, además, para que a la sentencia extranjera pueda darse ejecutoria en Venezuela: ... 4° Que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido sea lícita en Venezuela, y que la **sentencia no contenga declaraciones ni disposiciones contrarias al orden público**, o al derecho público interior de la República, ni choque contra sentencia firme dictada por los Tribunales venezolanos...» En acatamiento a lo establecido en los dos mencionados textos legales de Venezuela, ha quedado implícitamente prohibido que se acuerde **exequatur** a cualquiera sentencia alemana donde se pronuncie el divorcio de venezolanos, por el solo fundamento de que uno de los cónyuges padezca de enfermedad mental incurable, o de enfermedad crónica y contagiosa. Tal negativa nuestra tendría por base una **revisión parcial y legal**, cuanto al fondo de la sentencia extranjera. Claro está, pues, que en eso existe analogía y reciprocidad entre los dos sistemas legislativos contemplados”.⁷⁸

Esta línea de pensamiento ha informado las decisiones de nuestro Supremo Tribunal: se considera probada la reciprocidad con Italia, aun cuando el artículo 797 del Código de Procedimiento Civil de ese país permite un control similar al establecido en nuestra Legislación, y a pesar de que en ciertos casos excepcionales se puede proceder a un nuevo examen del mérito del pleito;⁷⁹ igualmente se admite frente a la República Argentina,

78. GF, 2a, Tomo XXII, Volumen I, págs. 127-128. En un sentido análogo se expresa el doctor Luis Loreto: “No obstará, pues, a la admisión del juicio de exequatur la circunstancia de que en el Estado de la sentencia los venezolanos sean sometidos a un procedimiento de revisión puramente formal o extrínseco que no envuelva un examen de fondo” (“La sentencia extranjera en el sistema venezolano del exequátur”, en *Studia Iuridica*, Caracas, 1957, pág. 207).

79. Así puede comprobarse, entre otras, en las sentencias con las siguientes fechas: 12 de marzo de 1954, siendo ponente el doctor Gustavo Manrique Pacanins (GF, 2a, Tomo III, pág. 132); 18 de marzo de 1955, bajo la ponencia del doctor F. S. Angulo Ariza (GF, 2a, Tomo VII, Volumen I, pág. 123); 10 de mayo de 1955, también bajo la ponencia del doctor F. S. Angulo Ariza (GF, 2a, Tomo VIII, Volumen I, pág. 85). En todas ellas se lee un párrafo concebido en términos similares: “Que el Código de Procedimiento Civil italiano contiene en la materia, las mismas disposiciones del artículo 748 de nuestro Código de Procedimiento Civil, salvo los casos de haber sido dictado el fallo en contumacia o de invalidación, dentro de cuyos términos queda establecido el requisito

en la sentencia del **19 de febrero de 1964**, siendo ponente el doctor J. M. Padilla, a pesar de que, según la declaración de los abogados, en dicho país existía la reciprocidad "salvo en aquellos casos, contemplados por cierto en casi todas las legislaciones de los países, en que pueden ser objeto de descalificación o rechazo por razones tales como defensa de la propia jurisdicción internacional, o por ser contraria al orden público".⁸⁰

20. Desde un punto de vista espacial, la reciprocidad exigida por el artículo 747 del Código de Procedimiento Civil contempla el Derecho extranjero que rige en el lugar de asiento del tribunal sentenciador: tal determinación no presenta problemas mayores cuando en el país de origen de la decisión impera un ordenamiento jurídico simple, aplicable en todo el territorio y a todas las personas que se encuentran en él.

Ahora bien, cuando en el Estado sentenciador rige un sistema jurídico complejo sobre base territorial resulta evidente que la prueba de la reciprocidad exigida debe referirse al Dere-

de reciprocidad entre los dos países"; **26 de noviembre de 1957**, siendo ponente el doctor Antonio Planchart Hernández, en la cual se lee: "La Ley italiana para darle ejecutoria en Italia a las sentencias extranjeras no requiere o impone el examen previo del fondo y sólo exige para concederla que en el fallo se cumplan las condiciones que establece el artículo 797 del Código de Procedimiento Civil italiano, lo mismo que el artículo 748 de la Ley procesal venezolana. A este criterio de la Corte no obsta el hecho cierto de que el artículo 798 del Código de Procedimiento Civil italiano, autoriza al juez que conoce la demanda de exequatur a proceder a un nuevo examen del mérito en el pleito, a instancia del demandado, cuando la sentencia haya sido dictada en rebeldía, o cuando estuviere en algunos de los casos de que hablan los números 1, 2, 3, 4 y 6 del artículo 395. Estos casos, por el contrario, constituyen excepciones al principio general del artículo 797 del citado Código italiano, principio que, por constituir la regla general, es el que fundamentalmente debe aplicarse. De admitirse el criterio opuesto, sustentado por la Procuraduría, resultaría que siempre habría de negársele el pase a todas las sentencias dictadas por tribunales italianos por la circunstancia de que en algún caso pudiera un demandado poner como defensa una excepción o reconvencción fundadas en el artículo 395 citado" (GF, 2a, Tomo XVIII, Volumen I, pág. 126); **26 de noviembre de 1957**, siendo ponente el doctor F. S. Angulo Ariza (GF, 2a, Tomo XVIII, Volumen I, págs. 144-145); **20 de mayo de 1964**, bajo la ponencia del doctor José Gabriel Sarmiento Núñez: "Bastando sólo que reúnan las condiciones previstas en el artículo 797 del aludido Código italiano, condiciones que, en general, coinciden con las que para el mismo fin, exige la legislación venezolana" (GO, 27.448 del 25 de mayo de 1964).

- 80. GO, 27.388, del 9 de marzo de 1964.** En el fallo se lee: "Que está acreditada por el testimonio aludido, la circunstancia de que en la Argentina se concede ejecución de las sentencias firmes pronunciadas en Venezuela, con las limitaciones que acuerda nuestra propia legislación".

cho imperante en la jurisdicción donde se encuentra ubicado el tribunal que dictó el fallo cuyo **exequatur** se solicita: así lo decidió expresamente la Corte Federal y de Casación, siendo ponente el doctor Rafael Angel Camejo, en sentencia del 5 de mayo de 1949, habiéndose aplicado uniformemente este criterio en ocasiones posteriores.

En esa oportunidad, la solicitante del **exequatur** pretendió se considerara demostrada la reciprocidad respecto al Estado de Florida, Estados Unidos de Norteamérica, en virtud de haberse admitido —en sentencias anteriores de nuestro Supremo Tribunal— la reciprocidad existente en el Estado de Nueva York. Sin embargo, el alegato fue descartado en los términos siguientes:

“Tal mención es irrelevante a los fines probatorios utilizada, así se declara, por faltar en ella la identidad de Legislación, ya que en virtud del sistema constitucional federal imperante en los Estados Unidos de Norte América, es de la competencia de cada Entidad federal, todo lo relativo a la legislación y administración de Justicia dentro de sus límites territoriales en materia de Derecho privado, y la sentencia cuyo **exequatur** se pide, según aparece de autos, fue dictada por un juez del Estado de Florida, sin que aparezca prueba alguna de que la Legislación de este Estado es idéntica a la del Estado de Nueva York, cuando menos en lo relativo a la ejecución de actos de autoridades judiciales extranjeras”.⁸¹

21. La exigencia de la reciprocidad puede analizarse también desde una perspectiva temporal, por cuanto necesariamente debe transcurrir un lapso de tiempo entre el momento en el cual fue dictada la sentencia extranjera y aquel cuando se pretende su eficacia en Venezuela. En tal virtud, cabe la posibilidad de cambio en la posición del Estado sentenciador frente a nuestros fallos, y reviste entonces importancia práctica la pregunta acerca del instante decisivo para considerar cumplida la reciprocidad prevista por el artículo 747 del Código de Procedimiento Civil.

Parece lógico y natural estimar suficiente la existencia de la reciprocidad en el momento de aportarse la prueba correspondiente en el juicio de **exequatur** seguido ante nuestra Corte Suprema de Justicia, y aun cuando no se cumpliera tal condición para la fecha de pronunciamiento de la sentencia extranjera. En efecto, de esta manera se cumple el objetivo perseguido por el legislador venezolano de obtener un mejor tratamiento de

81. GF, 1a, Tomo II, págs. 23-24. El problema es mucho más complejo —aunque con menos importancia práctica para nosotros— cuando en el Estado sentenciador impera un sistema jurídico complejo sobre base personal: en tal caso, aparentemente, la reciprocidad debe exigirse en todos los ordenamientos que se encuentran vigentes en el referido país.

nuestras sentencias por los demás países, y se logra que los otros Estados faciliten la ejecución de los fallos dictados por los tribunales venezolanos. Tal criterio se ajusta, por lo demás, con la posición liberal de nuestra jurisprudencia y se encuentra defendido por la doctrina contemporánea más autorizada.⁸²

La cuestión resulta más discutible si la reciprocidad existe para la fecha de pronunciamiento de la sentencia extranjera, pero ha dejado de tener vigencia cuando se solicita el **exequatur** a los fines de su eficacia en Venezuela. Sin embargo, en esta hipótesis nuestra Corte Suprema de Justicia ha tomado en cuenta el momento en el cual fue dictado el fallo extranjero, sin atribuir importancia a las modificaciones posteriores del Derecho extranjero. Tal parece haber sido la solución de la sentencia de **25 de mayo de 1965**, siendo ponente el doctor J. M. Padilla, cuando se afirmó:

“La exigencia de la reciprocidad aparece comprobada con las certificaciones debidamente legalizadas de los abogados de nacionalidad cubana, doctores Gastón Ugarte Tipular y Antonio Sánchez de Bustamante, quienes certifican que, según los artículos 950, 951, 952, 953 y 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de Cuba, vigente para cuando fue dictado el fallo cuyo pase se solicita, las sentencias dictadas en la República de Venezuela, son reconocidas en toda su validez en el territorio de la República de Cuba, sin tocar el fondo de sus exposiciones”.⁸³

De esta manera, al resolver el problema temporal en el sentido más favorable al solicitante del **exequatur**, la jurisprudencia

82. Leo Raape, *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz*, Tomo VI, Munich-Berlin-Leipzig, 1930, pág. 413; Erwin Riezler, *Internationales Zivil Prozessrecht und Prozessuales Fremdenrecht*, Tübingen, 1949, págs. 554-555; Bernhard Wiczorek, *Zivil Prozessordnung und Nebengesetze auf Grund der Rechtsprechung*, Tomo II, Parte I, Berlín, 1957, págs. 765, 766, 772; Leo Rosenberg, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, Munich-Berlin, 1959, pág. 717.
83. GO, 27.756, del 7 de junio de 1965. El subrayado en el texto de la sentencia es nuestro. En el mismo sentido cabe mencionar que la Corte Federal y de Casación, bajo la ponencia del doctor Antonio Pulido Villafañe, en su fallo del 16 de marzo de 1942, advirtió cómo el solicitante no había acompañado prueba de que “en la época de la sentencia existía jurisprudencia alemana por la cual se hubiese dado cumplimiento a actos judiciales venezolanos”. (MCFC, 1943, Tomo I, pág. 260). La Procuraduría de la Nación sostuvo un punto de vista contrario en su escrito de 31 de mayo de 1957, con motivo de la solicitud de exequatur hecha por la señora Mercedes Meaño Coll de Garate de la sentencia dictada por el Tribunal Eclesiástico de la Diócesis de Barcelona, España. Dijo al respecto: “...tampoco sería suficiente la presentación de una copia certificada del fallo en el cual se dio por comprobada la reciprocidad del país de origen, pues siendo esa una circunstancia de hecho, susceptible de cambiar en el tiempo, para que fuese aplicable

cia venezolana rinde homenaje a la justicia y a la equidad, al propio tiempo que facilita el reconocimiento de las situaciones jurídicas creadas en el extranjero.⁸⁴

22. La posición liberal que nuestra jurisprudencia ha asumido frente al requisito de la reciprocidad impuesto por el artículo 747 del Código de Procedimiento Civil se refleja igualmente de manera poderosa en su tratamiento procesal: no sólo respecto de la importancia que atribuye al carácter de condición de admisibilidad de la solicitud que le impuso el legislador, sino también en los diversos aspectos probatorios, a saber, la cuestión misma de la carga de su prueba; la oportunidad para comprobarla y los medios probatorios útiles para su demostración.

Tales perspectivas se explican perfectamente por la circunstancia de que los juicios de **exequatur**, después de haberse introducido el requisito de la reciprocidad en 1897, no surgen en la práctica, sino ya bastante avanzado el presente siglo,⁸⁵ cuan-

en el momento actual la anterior jurisprudencia, habría de comprobarse que aún subsiste en el país de origen la misma situación de reciprocidad que motivó las anteriores decisiones judiciales invocadas por la parte interesada. Por ello se justifica la disposición del Código mencionado (art. 749 del Código de Procedimiento Civil), según la cual la comprobación ha de ser hecha en cada caso" (GF, 2a, Tomo XVIII, Volumen I, pág. 96). La sentencia recaída en el caso no analizó este argumento, al rechazar el **exequatur** solicitado por otras razones.

84. La solución analizada se encuentra defendida, dentro de la doctrina alemana, por: Raape, *op. cit.*, págs. 413-414; Riezler, *op. cit.*, págs. 554-555; Wiczorek, *op. cit.* Tomo II, Parte I, págs. 765, 766. El respeto de las situaciones jurídicas creadas válidamente en el extranjero se encuentra aceptado en el Proyecto de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado (1963-1965), cuyo artículo quinto previene: "Las situaciones jurídicas creadas de conformidad con un Derecho extranjero que se atribuya competencia de acuerdo con criterios internacionalmente admisibles producirán efectos en la República, a no ser que contradigan los objetivos de las normas venezolanas de conflicto o que el Derecho venezolano reclame competencia exclusiva en la materia respectiva".
85. La primera decisión en materia de **exequatur** es la del 18 de mayo de 1928; la segunda del 10 de abril de 1935; la tercera del 4 de agosto de 1939. Sólo a partir de esta última fecha empiezan a presentarse con relativa frecuencia, habiéndose decidido hasta el presente —julio de 1965— ciento treinta y un casos. Tal escasez de solicitudes de **exequatur** de sentencias extranjeras hasta el año de 1938, fecha en la cual escribió, es considerada como "bastante significativa" por el doctor Luis Eduardo Moncada, y a su entender se justifica por la exigencia de la reciprocidad, "cuya prueba es harto difícil de procurar". "Ello explica en su mayor parte —agrega este autor— el porqué no se acude ante la Corte Federal y de Casación para demandar la ejecutoria de un fallo extranjero, porque el interesado habrá de tropezar necesariamente con la casi infranqueable

do Venezuela había superado, aparentemente, los motivos que explicaron la reforma hecha, y una vez ratificado por nuestro país el Código Bustamante, contentivo de las orientaciones más avanzadas en lo que respecta al tratamiento del Derecho extranjero, y las cuales ineludiblemente influirían sobre la consideración total del problema procesal de la prueba de la reciprocidad.

23. El legislador venezolano, al regular el procedimiento de **exequatur**, consagró el requisito de la reciprocidad en un precepto especial que, numéricamente, precede al artículo 748 del Código de Procedimiento Civil, en el cual se establecieron las condiciones de procedencia de la solicitud.⁸⁶ Por tanto, parece lógico y natural entender, desde un punto de vista de mera técnica, que la exigencia de la reciprocidad debe ser analizada previamente, antes de considerarse el fondo mismo de la cuestión, en forma tal que si su prueba fracasa resulte innecesario examinar los requisitos de procedencia del **exequatur**. Esta inteligencia del sistema venezolano, por lo demás, coincide con el motivo esporádico que inspiró al codificador de 1897 al efectuar

barrera de la reciprocidad" (op. cit., pág. 25). Ya en el año de 1904, el doctor Delicio Abzueta había advertido que la "prueba de tal práctica le sería tal vez (al solicitante) en algunos casos más difícil que la prueba misma de su demanda", razón esta que a su entender, por sí sola, bastaba para la "crítica del sistema acogido" (op. cit., n° 36, pág. 80). Creemos que la falta de solicitudes de **exequatur** puede explicarse por otras causas, en especial por el poco tráfico internacional. Los venezolanos no acudían a los tribunales de otros países para divorciarse, y respecto de los extranjeros —hipótesis posiblemente más numerosas— no era requerido el **exequatur** de las sentencias extranjeras de divorcio a los fines de contraer nuevo matrimonio en la República, habida cuenta del artículo del Código Civil que les permitía comprobar su carácter de divorciado a través de un justificativo de testigos (art. 122 del Código Civil de 1904; art. 136 de los Códigos Civiles de 1916 y 1922). Esta consideración adquiere especial relieve si se advierte que 128 de las 131 peticiones de **exequatur** decididas en lo que va de siglo se refieren a sentencias de divorcio, separación de cuerpos o nulidad de matrimonio. Por otra parte, es preciso señalar que, a partir del Código Civil de 1942, sólo se permitió la prueba del estado de divorciado mediante la presentación de la respectiva sentencia (art. 108), requisito entendido por la práctica, desde la decisión de nuestro Supremo Tribunal del 8 de febrero de 1946, como implicando la obligatoriedad del **exequatur** si se trataba de una decisión extranjera; igualmente debe advertirse que los movimientos migratorios sólo adquirieron cierta intensidad una vez concluida la Segunda Guerra Mundial.

86. El artículo 748 del Código de Procedimiento Civil tiene el siguiente encabezamiento: "Requírese, además, para que a la sentencia pueda darse fuerza ejecutoria en Venezuela...". La palabra "además" utilizada por el legislador constituye otro argumento de técnica procesal para apoyar la interpretación del texto.

la reforma, a saber, evitar eventuales reclamaciones extranjeras.

La doctrina patria, cuando analiza esta perspectiva del problema, se ha pronunciado acorde con el carácter previo que debe atribuirse a la exigencia de la reciprocidad. En uno de sus representantes más caracterizados se lee: "Este requisito constituye un presupuesto de admisibilidad del juicio de **exequatur**".⁸⁷

Idéntico ha sido el criterio, afirmado en diversas ocasiones, por la jurisprudencia de nuestro Supremo Tribunal, que ha reconocido expresamente el carácter de condición de admisibilidad de la reciprocidad en el sistema venezolano del **exequatur**. Expresivas son las frases de la sentencia del 12 de abril de 1946, siendo ponente el doctor Luis Loreto: "La afirmación y prueba de esta condición de reciprocidad funciona en el sistema procesal venezolano como un verdadero requisito de la solicitud cuya falta bastaría por sí sola para negar el **exequatur** solicitado, sin entrar a considerar las demás condiciones legales de cuyo cumplimiento depende su procedencia en derecho".⁸⁸

87. Loreto, *op. cit.*, pág. 207.

88. ACFC, 1946, pág. 50. La expresa insistencia en el carácter previo que tiene la reciprocidad en el sistema venezolano del **exequatur** se encuentra en sentencias de nuestro Supremo Tribunal con las fechas siguientes: 8 de febrero de 1946, siendo ponente el doctor Luis Loreto: "La falta de cumplimiento de ese requisito basta, pues, por sí sola, para que deba negarse en el presente caso el **exequatur** solicitado" (ACFC, 1946, pág. 45); 12 de abril de 1946 —distinta de la referida en el texto—, también bajo la ponencia del doctor Luis Loreto: "...requisito este de la reciprocidad cuya afirmación y prueba ha sido ya considerado por esta Corte como fundamental y necesario para que la solicitud de **exequatur** pueda prosperar, constituyendo su examen un antecedente lógico y jurídico previo al de los demás requisitos legales" (ACFC, 1946, pág. 54); 5 de mayo de 1949, siendo ponente el doctor Rafael Angel Camejo: "Como ya lo tiene establecido esta Corte por modo constante y uniforme, la comprobación de la condición de reciprocidad... es un requisito legal previo de cuyo cumplimiento depende el examen y la consideración de las demás condiciones legales del **exequatur** y, en definitiva, la concesión misma de éste" (GF, 1a, Tomo II, págs. 21-22); 8 de mayo de 1950, también bajo la ponencia del doctor Rafael Angel Camejo, fallo en el cual, luego de considerar cumplido el requisito de la reciprocidad, se agrega: "Y como debe preceder el cumplimiento de tal requisito a todo otro para poder entrar a considerar los demás, pasa en consecuencia la Sala a examinar, para determinar si es o no procedente la concesión del pase o **exequatur** solicitado, las demás condiciones exigidas por el artículo 748 ejusdem..." (GF, 1a, Tomo V, pág. 19); 11 de octubre de 1951, igualmente bajo la ponencia del doctor Rafael Angel Camejo: "Siendo también previa la condición del requisito de la reciprocidad impuesta por el artículo 747 del Código de Procedimiento Civil... requisito de cuyo cumplimiento depende el examen y consideración de todo lo demás y el cual debe com-

Ahora bien, el funcionamiento riguroso y estricto de esta concepción lleva a la imperiosa necesidad de analizar en forma previa la exigencia de la reciprocidad impuesta en el artículo 747 del Código de Procedimiento Civil: el fracaso en su prueba, por sí solo, bastaría para negar la solicitud por inadmisibile; y tan sólo en caso de llenar favorablemente el peticionario esta primera exigencia cabría el examen de las condiciones de procedencia de la solicitud.

Sin embargo, el análisis de la jurisprudencia patria enseña cómo sólo son relativas las oportunidades en las cuales se ha negado el *exequatur*, simplemente por la circunstancia de no haber comprobado el solicitante la reciprocidad en el país de origen de la sentencia frente a los fallos venezolanos. Nuestro Supremo Tribunal, cuando rechaza el pase de una sentencia extranjera acostumbra establecer, además de la falta de prueba de la reciprocidad —si tal es el caso—, la improcedencia misma

probarse por instrumento fehaciente, que acredite el texto y la vigencia de la ley extranjera...” (GF, 1a, Tomo IX, pág. 115); 14 de marzo de 1952, siendo ponente el doctor Héctor Parra Márquez: “Este requisito legal de la reciprocidad es previo y de su cumplimiento depende el examen y consideración de las demás condiciones legales relativas al *exequatur* y, en definitiva, la concesión del mismo...” (GF, 1a, Tomo X, pág. 115); 25 de mayo de 1954, bajo la ponencia del doctor Héctor Parra Márquez: “comprobado de la manera dicha en el presente caso el requisito de la reciprocidad, se pasa al examen de las otras cuestiones exigidas por la ley para la concesión del *exequatur*...” (GF, 2a, Tomo IV, pág. 103); 6 de marzo de 1956, siendo ponente el doctor Gustavo Manrique Pacanins: “De los términos del preinserto artículo 747 resulta que es fundamental para la admisibilidad de la solicitud comprobar la reciprocidad con instrumento fehaciente. Las exigencias del artículo 748 ejusdem han de examinarse cuando la solicitud es admisible conforme al artículo 747” (GF, 2a, Tomo XI, Volumen I, pág. 76); 14 de mayo de 1957, bajo la ponencia del doctor Héctor Parra Márquez: “Este requisito legal de la reciprocidad es previo y de su cumplimiento depende el examen y consideración de las demás condiciones legales relativas al *exequatur*” (GF, 2a, Tomo XVI, Volumen I, pág. 90); y 21 de noviembre de 1961, siendo ponente el doctor José Gabriel Sarmiento Núñez: “Ahora bien, como requisito fundamental y previo para la declaración de tal ejecutoria, es necesario analizar, con referencia al caso de autos, la cuestión de reciprocidad...” (GF, 2a, Tomo XXXIV, Volumen I, pág. 86). Puede considerarse excepcional dentro de esta orientación, el fallo de 18 de enero de 1960, siendo ponente el doctor J. C. Leáñez Recao, que, con vista de las deficiencias presentadas en el aspecto formal tanto por la copia certificada de la sentencia extranjera como por los instrumentos probatorios de la reciprocidad, declaró que la solicitud “no llena los requisitos exigidos por la ley para hacerla procedente y, por lo tanto, se niega” (GF, 2a, Tomo XXVII, Volumen I, pág. 20); según el criterio sostenido por nuestro Supremo Tribunal en forma constante la solicitud ha debido ser declarada inadmisibile y no improcedente.

de la solicitud, por contravenir cualquiera de los ordinales del artículo 748 del Código de Procedimiento Civil; o se limita a declarar la improcedencia del pedimento sin analizar siquiera la cuestión de la reciprocidad.

24. El funcionamiento rigurosamente lógico del carácter previo que tiene la reciprocidad en el sistema venezolano del exequatur, para rechazar la respectiva solicitud, se encuentra formulado por primera vez en la sentencia del 6 de diciembre de 1939: la Corte Federal y de Casación, bajo la ponencia del doctor Máximo Barrios, al establecer la falta de su prueba, y sin analizar ningún otro requisito, declaró "inadmisibile" la solicitud.⁸⁹

Tal actitud, en un todo de acuerdo con la mente del legislador patrio, ha sido adoptada en algunas sentencias posteriores, con las siguientes fechas: 6 de marzo de 1956, siendo ponente el doctor Gustavo Manrique Pacanins;⁹⁰ 6 de noviembre de 1956, bajo la ponencia del doctor Héctor Parra Márquez;⁹¹ 27 de noviembre de 1956 y 30 de noviembre de 1956, en ambas siendo ponente el doctor J. M. Hernández Ron;⁹² y 15 de febrero de 1957, bajo la ponencia del doctor Gustavo Manrique Pacanins.⁹³ Por tanto, si se considera que nuestro Supremo Tribunal ha negado treinta y dos solicitudes de exequatur en lo que va de siglo, es posible concluir la relativa importancia práctica de la reciprocidad, por sí sola, para el rechazo de las peticiones.

25. Un criterio diametralmente opuesto a la lógica interpretación del sistema venezolano ha sido aplicado en diversas oportunidades, numéricamente superiores a las anteriores, en las cuales la solicitud de exequatur ha sido rechazada en virtud de su improcedencia, por contravenir cualquiera de los ordinales del artículo 748 del Código de Procedimiento Civil, y sin haberse ni siquiera entrado a analizar la cuestión misma de la reciprocidad.

Dentro de esta orientación merece particular relieve la sentencia del 7 de agosto de 1946, siendo ponente el doctor Lorenzo Herrera Mendoza. La Corte Federal y de Casación, sin examinar la reciprocidad que pudiera existir con la República Mexicana, país de origen del fallo, concluyó de manera tajante: "No ha habido, pues, tal proceso, en el sentido técnico de la palabra:

89. MCFC, 1940, Tomo I, pág. 311.

90. GF, 2a, Tomo XI, Volumen I, págs. 76-77.

91. GF, 2a, Tomo XIV, Volumen I, pág. 42.

92. GF, 2a, Tomo XIV, Volumen I, págs. 192 y 202, respectivamente.

93. GF, 2a, Tomo XV, Volumen I, pág. 87.

por la incompetencia del tribunal dicho y por la deformidad e insuficiencia del procedimiento relativo a la citación".⁹⁴

En tales casos, parece haber sido idea directriz del Supremo Tribunal clarificar los vicios que afectaban la sentencia extranjera y establecer sus deficiencias intrínsecas desde un punto de vis-

94. ACFC, 1947, págs. 55-57. Las decisiones que adoptan este punto de vista tienen las siguientes fechas: 9 de noviembre de 1945, siendo ponente el doctor Luis Loreto, que negó el exequatur a un fallo dictado por el Juzgado Mixto de Primera Instancia de Cuautla, Morelos, México, por violar los ordinales 2º y 3º del artículo 748 del Código de Procedimiento Civil, en la cual se lee: "Que la falta de una cualquiera de estas condiciones o requisitos en la sentencia de divorcio que se considera, es suficiente para que se declare sin lugar la demanda de exequatur sin que sea menester entrar a examinar los demás defectos denunciados", entre los cuales, precisamente, se encontraba el de falta de reciprocidad (ACFC, 1945, Tomo I, pág. 292); 7 de agosto de 1946, mencionada en el texto; 30 de enero de 1950, siendo ponente el doctor Horacio Bianchi, de una sentencia de divorcio del Distrito Federal, México, por violar los mismos ordinales 2º y 3º (GF, 1a, Tomo IV, págs. 54-57); 19 de julio de 1951, bajo la ponencia del doctor Carlos Montiel Molero: fue negado el exequatur a una sentencia de divorcio de Costa Rica, por contravenir el ordinal 2º del mencionado artículo 748 (GF, 1a, Tomo VIII, págs. 186-188); 4 de marzo de 1953, siendo ponente el doctor Horacio Bianchi, de una sentencia dictada en el Estado de Florida, Estados Unidos de América del Norte, también por violar el referido ordinal 2º (GF, 1a, Tomo XIII, págs. 87-94); 30 de julio de 1954, bajo la ponencia del doctor F. S. Angulo Ariza, de una sentencia dictada en el Estado de Morelos, México, por contravenir el ordinal cuarto del artículo 748, al haber declarado el divorcio en virtud de la confesión expresa de la demandada (GF, 2a, Tomo V, págs. 175-177); 4 de diciembre de 1956, también siendo ponente el doctor F. S. Angulo Ariza, de una sentencia del Estado de Chihuahua, México, por violar el ordinal cuarto del artículo 748, al declarar el divorcio sólo por la confesión ficta de la demandada (GF, 2a, Tomo XIV, págs. 208-211); 15 de noviembre de 1957, bajo la ponencia del doctor Antonio Planchart Hernández: se llegó "a la conclusión, que la sentencia cuyo exequatur se solicita no tiene fuerza ejecutoria en el país de origen, o sea, España, por haber sido dictada por una autoridad sin jurisdicción en dicho país, y además, por no haberse ordenado su ejecución en cuanto a los efectos civiles por los tribunales seculares a tenor de lo dispuesto en el artículo 82 del Código español; y es contraria al orden público por desconocer nuestro régimen matrimonial" (GF, 2a, Tomo XVIII, Volumen I, pág. 101); 17 de abril de 1958, siendo ponente el doctor Lorenzo Herrera Mendoza, de una sentencia dictada en Illinois, Estados Unidos de América del Norte, por violar los ordinales 2º y 3º de nuestro artículo 748 (GF, 2a, Tomo XX, Volumen I, págs. 17-20); 29 de julio de 1958, siendo ponente el doctor Lorenzo Herrera Mendoza, de una sentencia dictada en Puerto Rico, Estados Unidos de América del Norte, por contravenir el ordinal 2º del artículo 748 (GF, 2a, Tomo XXI, Volumen I, pág. 58); y 5 de mayo de 1965, bajo la ponencia del doctor Jonás Barrios, de una sentencia del Estado de Chihuahua, México, al haber declarado el divorcio por incompati-

ta internacional, para que los interesados no consideraran fundamento único del rechazo de sus pretensiones la falta de prueba de un simple elemento externo, a saber, la posición del Estado sentenciador frente a los fallos dictados por órganos jurisdiccionales venezolanos.

26. Un tercer grupo de decisiones ha establecido la falta de prueba de la reciprocidad exigida por el artículo 747 del Código de Procedimiento Civil —mediante un análisis previo o no de la misma, según los casos— y, aun cuando esta simple circunstancia hubiera sido suficiente para desechar la solicitud por inadmisibile de acuerdo con la intención del legislador venezolano, nuestro Supremo Tribunal ha declarado conjuntamente la improcedencia del *exequatur* pedido, por no cumplir los requisitos pautados en cualquiera de los ordinales del artículo 748 del mismo Código.⁹⁵

Especial importancia reviste esta manera de proceder, si se advierte que en algunos de esos fallos fue destacada expresa-

bilidad de caracteres, sin poderse deteminar los hechos justificativos, con violación del ordinal 4º del artículo 748 del Código de Procedimiento Civil (GO, 27.739, del 18 de mayo de 1965).

95. Pueden mencionarse dentro de esta orientación las sentencias con las fechas siguientes: 3 de julio de 1941, siendo ponente el doctor Héctor J. Montero, quien advirtió, además, la falta de legalización del documento acompañado a la solicitud y la no indicación, en la petición, de la persona contra quien obraría la ejecutoria (MCFC, 1942, Tomo I, págs. 457-458); 16 de marzo de 1942, bajo la ponencia del doctor Antonio Pulido Villafañe: indicó que no habían sido presentados los documentos respectivos debidamente autenticados y legalizados por una autoridad competente (MCFC, 1943, Tomo I, págs. 258-260); 10 de mayo de 1943, siendo ponente el doctor José A. Bueno: se advirtió la falta de competencia del tribunal sentenciador, la indefensión de la demandada al no haber durado el proceso sino veintiún días y el contrariar sentencia firme dictada por los tribunales venezolanos (MCFC, 1944, Tomo I, págs. 243-244); 8 de febrero de 1946, bajo la ponencia del doctor Luis Loreto: violación de los ordinales 2º y 3º del artículo 748 del Código de Procedimiento Civil (ACFC, 1946, págs. 45-47); 12 de abril de 1946, también siendo ponente el doctor Luis Loreto: por falta de competencia internacional del Juzgado sentenciador y por indefensión de la demandada (ACFC, 1946, pág. 50); 12 de abril de 1946, igualmente bajo la ponencia del doctor Luis Loreto: al no haber comprobado ninguno de los extremos exigidos por el artículo 748 del Código de Procedimiento Civil (ACFC, 1946, pág. 54); 29 de marzo de 1955, siendo ponente el doctor F. S. Angulo Ariza: vicios formales de la sentencia extranjera acompañada con la solicitud y falta de citación (GF, 2a, Tomo VII, Volumen I, pág. 141); y 26 de julio de 1956, bajo la ponencia del doctor J. M. Hernández Ron: defectos formales de la sentencia extranjera cuyo *exequatur* se solicitaba (GF, 2a, Tomo X, Volumen I, pág. 132).

mente la función de la reciprocidad, como requisito de admisibilidad de la solicitud, dentro del sistema venezolano del **exequatur**,⁹⁶ su única explicación racional se encuentra en el deseo de destacar las irregularidades del fallo extranjero, para convencer a los interesados de que la negativa de la eficacia se encontraría igualmente justificada, aún en la hipótesis de haberse comprobado como existente la reciprocidad en el Estado sentenciador.

27. Este tratamiento liberal que nuestra jurisprudencia dispensa a la condición de la reciprocidad, también se manifiesta de manera clara e indubitable en diversas sentencias que han concedido el **exequatur** solicitado: En efecto, a pesar de que en la gran mayoría de estos casos se investiga el cumplimiento de la reciprocidad en forma previa, y sólo después de estimarla comprobada se examinan los requisitos de procedencia de la petición,⁹⁷ es posible señalar decisiones que otorgan el pase a sentencias extranjeras y en las cuales no se ha investigado previamente la cuestión relativa a la prueba de la reciprocidad: su análisis se ha hecho bien conjuntamente,⁹⁸ o bien después de

96. Esta observación se aplica, por ejemplo, a la sentencia del 8 de febrero de 1946, y a los dos fallos dictados el 12 de abril de 1946, siendo ponente el doctor Luis Loreto, mencionados en la nota anterior.

97. Son múltiples las ocasiones en las cuales ocurre la hipótesis anterior. Pueden citarse, dentro de los últimos fallos, los que tienen las siguientes fechas: 16 de enero de 1961, siendo ponente el doctor Joaquín Gabaldón Márquez (GF, 2a, Tomo XXXI, Volumen I, pág. 19); 3 de agosto de 1961, bajo la ponencia también del doctor Joaquín Gabaldón Márquez (GF, 2a, Tomo XXXIII, Volumen I, pág. 93); 21 de noviembre de 1961, siendo ponente el doctor J. G. Sarmiento Núñez (GF, 2a, Tomo XXXIV, Volumen I, pág. 84); 27 de febrero de 1962, bajo la ponencia del doctor Saúl Ron (GO, 26.810, del 26 de marzo de 1962); 3 de abril de 1963, siendo ponente el doctor J. G. Sarmiento Núñez (GO, 27.136, del 6 de mayo de 1963); 20 de mayo de 1963, bajo la ponencia del doctor J. G. Sarmiento Núñez (GO, 27.176, del 21 de junio de 1963); 19 de febrero de 1964, siendo ponente el doctor J. M. Padilla (GO, 27.388, del 9 de marzo de 1964); 27 de febrero de 1964, bajo la ponencia del doctor J. G. Sarmiento Núñez (GO, 27.394, del 16 de marzo de 1964); 20 de mayo de 1964, bajo la ponencia del doctor J. G. Sarmiento Núñez (GO, 27.448, del 25 de mayo de 1964); 10 de noviembre de 1964, siendo ponente el doctor J. M. Padilla (GO, 27.598, del 20 de noviembre de 1964); 14 de enero de 1965, bajo la ponencia del doctor Saúl Ron (GO, 27.651, del 26 de enero de 1965); 3 de febrero de 1965, bajo la ponencia del doctor Saúl Ron (GO, 27.680, del 3 de marzo de 1965); y 26 de mayo de 1965, siendo ponente el doctor Jonás Barrios (GO, 27.756, del 7 de junio de 1965).

98. Es posible citar, dentro de esta categoría, las sentencias de las siguientes fechas: 20 de marzo de 1963, siendo ponente el doctor Saúl Ron (GO, 27.126, del 22 de abril de 1963); 19 de diciem-

estimarse procedente la solicitud por no contravenir ninguna de las exigencias impuestas por el artículo 748 del Código de Procedimiento Civil.⁹⁹

Más aún, y aun cuando pueda parecer sorprendente, en algunas oportunidades se ha otorgado el **exequatur** por considerarse satisfechos los extremos de procedencia de la solicitud, y sin examinar expresamente el cumplimiento por el interesado de la prueba de la reciprocidad exigida con carácter previo por nuestro legislador procesal:¹⁰⁰ dentro de esta orientación

-
- bre de 1963, bajo la ponencia del doctor Saúl Ron (GO, 27.350, del 22 de enero de 1964); y 2 de marzo de 1964, siendo ponente el doctor Jonás Barrios (GO, 27.407, del 6 de abril de 1964).
99. Cabe mencionar dentro de este grupo las sentencias con las fechas siguientes: 9 de agosto de 1960, siendo ponente el doctor J. M. Padilla (GF, 2a, Tomo XXIX, Volumen I, pág. 77); 4 de octubre de 1960, bajo la ponencia del doctor Jonás Barrios (GF, 2a, Tomo XXX, Volumen I, pág. 9); 8 de junio de 1961, siendo ponente el doctor J. M. Padilla (GF, 2a, Tomo XXXII, Volumen I, pág. 131); 17 de mayo de 1962, bajo la ponencia del doctor J. M. Padilla (GO, 26.869, del 8 de junio de 1962); 27 de febrero de 1963, siendo ponente el doctor Saúl Ron (GO, 27.109, del 28 de marzo de 1963); 6 de agosto de 1963, bajo la ponencia del doctor Alejandro M. Osorio (GO, 874, extraordinario del 4 de septiembre de 1963); y 11 de noviembre de 1963, siendo ponente también el doctor Alejandro M. Osorio (GO, 27.302, del 22 de noviembre de 1963).
100. Dentro de estas decisiones es posible distinguir tres grupos: A) aquellas que parten de la obligatoriedad del Código Bustamante en la materia, a saber, las de: 28 de noviembre de 1940, siendo ponente el doctor R. Marcano Rodríguez (MCFC, 1941, Tomo I, pág. 496); 24 de abril de 1941, bajo la ponencia del doctor R. Marcano Rodríguez (MCFC, 1942, Tomo I, pág. 438); 13 de junio de 1941, siendo ponente el doctor Pedro Arismendi Lairret (MCFC, 1942, Tomo I, pág. 449); 14 de noviembre de 1941, bajo la ponencia del doctor Héctor J. Montero (MCFC, 1942, Tomo I, pág. 496); 26 de marzo de 1942, siendo ponente el doctor Luis I. Bastidas (MCFC, 1943, Tomo I, pág. 269); 24 de abril de 1942, bajo la ponencia del doctor Aníbal Sierraalta Tellería (MCFC, 1943, Tomo I, pág. 302) y 14 de agosto de 1942, siendo ponente el doctor Aníbal Sierraalta Tellería (MCFC, 1943, Tomo I, pág. 341); B) Decisiones dictadas siguiendo la jurisprudencia según la cual no necesitaban de **exequatur** las sentencias extranjeras relativas al estado y capacidad de las personas: 3 de mayo de 1943, siendo ponente el doctor Alonso Calatrava (MCFC, 1944, Tomo I, pág. 216); 20 de julio de 1943, bajo la ponencia del doctor Alonso Calatrava (MCFC, 1944, Tomo I, pág. 271); 4 de agosto de 1943, siendo ponente el doctor Alonso Calatrava (MCFC, 1944, Tomo I, pág. 269); y 7 de diciembre de 1944, bajo la ponencia del doctor Alonso Calatrava (MCFC, 1945, Tomo I, pág. 310); y C) Sentencias que parten de la idea básica de la necesidad del **exequatur** para que las decisiones extranjeras puedan producir algún efecto en Venezuela, y las cuales han debido analizar la reciprocidad con carácter previo. Sin embargo, no lo hicieron, como se comprueba al leer los fallos dictados en: 29 de noviembre de 1955, siendo ponente el doctor Ibrahim García: se concedió el pase sin

creemos deben incluirse aquellas hipótesis en las cuales, al conceder el pase a la sentencia extranjera, nuestro Supremo Tribunal se ha limitado a declarar que en el expediente se encuentran cumplidos “los mencionados requisitos de nuestras leyes”,¹⁰¹ o que el fallo cuyo *exequatur* se pide se ajusta “a los requisitos exigidos por los artículos 747 y 748 del Código de Procedimiento Civil”, sin entrar en detalle alguno acerca de cómo fueron cumplidas en el caso concreto las referidas condiciones.¹⁰²

28. El elástico tratamiento que ha recibido la reciprocidad en la jurisprudencia patria se refleja también en el aspecto referente a la carga de su prueba, a pesar de las disposiciones expresas de nuestro legislador.

En efecto, el artículo 747 del Código de Procedimiento Civil, luego de consagrar el requisito de la reciprocidad como de previo cumplimiento para la posible eficacia de las sentencias extranjeras en Venezuela, dispone en su segundo párrafo: “Tal circunstancia deberá probarse con instrumento fehaciente”; y en el artículo 749 del mismo Código se ordena al postulante acom-

mentarse el requisito de la reciprocidad ni en la parte narrativa de la decisión (GF, 2a, Tomo X, Volumen I, pág. 97); 29 de julio de 1958, bajo la ponencia del doctor Lorenzo Herrera Mendoza: apenas se menciona, en la parte narrativa del fallo, que el solicitante acompañó una declaración jurada de dos abogados para comprobar la reciprocidad, sin hacerse ninguna referencia en los considerandos de la sentencia (GF, 2a, Tomo XXI, Volumen I, pág. 58); y 25 de mayo de 1965, bajo la ponencia del doctor J. M. Padilla: sólo se indica en la parte narrativa el haberse presentado una declaración jurada de dos abogados en cumplimiento del artículo 747 del Código de Procedimiento Civil, sin analizarse el recaudo en el texto de la decisión (GO, 27.756, del 7 de junio de 1965).

101. Así ocurre en los dos fallos dictados el 5 de agosto de 1955, siendo ponente el doctor Gustavo Manrique Pacanins (GF, 2a, Tomo IX, Volumen I, págs. 70 y 72, respectivamente).

102. Esta fórmula se utiliza en la sentencia del 29 de noviembre de 1955, siendo ponente el doctor Ibrahim García, en la cual, además, se declaró que la sentencia extranjera cumplía “las prescripciones contenidas en el Código de Derecho Internacional Privado (Código Bustamante), ratificado por Venezuela, y aplicable en la materia por imperativo del artículo 8° del citado Código procesal civil” (GF, 2a, Tomo X, Volumen I, pág. 107); en la decisión del 11 de febrero de 1960, bajo la ponencia del doctor Joaquín Gabaldón Márquez, luego de rechazar los reparos hechos por la Procuraduría de la Nación con base en los ordinales 2° y 3° del artículo 748 del Código de Procedimiento Civil (GF, 2a, Tomo XXVIII, Volumen I, págs. 85-86); y en el fallo del 18 de octubre de 1961, siendo ponente el doctor J. M. Padilla, después de declarar sin fundamento la objeción del Fiscal General de que el motivo que sirvió de base a la sentencia de divorcio, la incompatibilidad de caracteres, no se encuentra establecido en nuestro Código Civil (GF, 2a, Tomo XXXIV, Volumen I, págs. 13-16).

pañar a la solicitud de **exequatur** “la comprobación de las circunstancias enumeradas en los artículos precedentes: todo en forma auténtica y legalizado por autoridad competente”.

Tales preceptos revelan la rigidez querida por el codificador de 1897, quien, ante el temor de las reclamaciones diplomáticas, no sólo exigió la existencia de la reciprocidad en el Estado sentenciador respecto de los fallos dictados por tribunales venezolanos, sino que además impuso la carga de la prueba del Derecho extranjero, expresivo de esa reciprocidad, a la parte solicitante del **exequatur**: punto de vista este admitido sin discusiones por la doctrina patria, ya en el año de 1904, cuando el doctor Delicio Abzueta se refería a la “opinión concordante de todos”.¹⁰³

Esta obligación constituye, por otra parte, una lógica consecuencia de la idea, generalmente aceptada por los autores venezolanos de la época, para quienes el Derecho extranjero debía ser asimilado, en su tratamiento procesal, a los elementos de hecho del litigio.¹⁰⁴

103. Abzueta, *op. cit.*, n° 36, pág. 80; Borjas, *op. cit.*, Tomo VI, n° 724, pág. 261; Acosta Oropeza, *op. cit.*, pág. 16, quien advierte cómo el legislador resolvió de esta manera, en lo que a eficacia de sentencias extranjeras respecta, la controversia doctrinal acerca de si el juez debe o no aplicar de oficio la ley extranjera: “...esta divergencia de opiniones carece de interés entre nosotros, pues estando el solicitante en la obligación de comprobar las circunstancias a que se refieren los artículos anteriores, no incumbe al tribunal hacer de oficio la averiguación de ellas, ni abrir articulación probatoria alguna, decidiendo el punto como de mero derecho, sobre la base de la instrumentación producida” (*op. cit.*, pág. 23); Moncada, *op. cit.*, pág. 25.

104. Claras y terminantes son, en este sentido, las palabras del doctor Ramón F. Feo, miembro que fue de la Comisión Codificadora creada en 1895: “En estos casos, y en general, en todos aquellos en que el juez debe aplicar la ley extranjera, surge la natural dificultad de la falta de conocimiento del juez, de tal ley. La ciencia y la jurisprudencia están hasta hoy de acuerdo (salvo alguna que otra opinión contraria) en establecer que no debe considerarse al magistrado obligado a conocer el Derecho extranjero, y que al alegarse, incumbe a la parte interesada presentar la prueba de la ley, admitiéndose a la otra parte a hacer la prueba contraria, con todas las reglas establecidas en el procedimiento para la prueba ordinaria. El punto se tiene como punto de hecho y no de derecho: de donde nace la consecuencia jurídica de que si el juez se equivoca en la aplicación de la ley extranjera, y resulta ésta quebrantada en la decisión, no puede haber lugar a casación” (*op. cit.*, Tomo III, pág. 192). El mismo Feo dijo en el Tomo Primero de esta misma obra: “Y en fin, como los jueces de un Estado no están obligados a conocer sino las leyes nacionales, a quien pide la aplicación de una ley extranjera le toca comprobar sus disposiciones presentándola de un modo auténtico” (*op. cit.*, Tomo I, Caracas, 1904, pág. 39). Idéntico punto de vista había sido ya sostenido por el doctor Luis Sanojo en los términos siguientes: “Los

Sin embargo, a pesar de haberse impuesto la carga de la prueba de la reciprocidad al solicitante del **exequatur**, no es posible afirmar, en toda su integridad, la asimilación total del Derecho extranjero contentivo de la reciprocidad exigida por el artículo 747 del Código de Procedimiento Civil, con los diversos elementos de hecho de la controversia: en efecto, la doctrina patria ha entendido esta materia como una cuestión de orden público que debe suplirse de oficio. Por tanto, al constituir una condición de admisibilidad de la solicitud, el tribunal, antes de entrar a conocer de su procedencia, **motu proprio** se encuentra obligado a investigar si se ha cumplido o no con la carga de la prueba de la reciprocidad. Poco importa al respecto la actitud procesal que adopte la parte demandada: no le es posible ni convenir en el pedimento de **exequatur**, a fin de procederse como en autoridad de cosa juzgada, ni tampoco puede admitir la reciprocidad alegada por el solicitante.¹⁰⁵

tribunales no tienen obligación de conocer otras leyes que las de su propio país; y, por consiguiente, toca al que invoca una ley extranjera y pide su aplicación probar que la ley existe, siendo el punto una materia de mero hecho. Igual prueba debe hacerse sobre la inteligencia que se dé en el país extranjero a la ley que se invoca, aplicando sin embargo, el tribunal, caso de ausencia de prueba sobre esta inteligencia, las reglas generales de la interpretación de las leyes" (Instituciones de Derecho Civil Venezolano, Caracas, 1873, n° 54, pág. 65). Igualmente Cecilio Acosta, en sus *Estudios de Derecho Internacional*, obra inconclusa que recopiló diversos trabajos, el último de los cuales fue escrito pocos años antes de 1880, cuando afirmó: "Si hay que aplicar leyes de otro Estado, toca a la parte que las alega probar su existencia y autenticidad; prueba esta que debe hacerse según el procedimiento del país del juicio" (Obras, Volumen I, Caracas, 1908, pág. 53). Opinión similar fue defendida por Rafael Fernando Seijas: "Corresponde al que invoca una ley extranjera y pide su aplicación, conforme a los títulos precedentes, probar la existencia de dicha Ley" (El Derecho Internacional Hispanoamericano (Público y Privado), Tomo I, Caracas, 1884, pág. 530): tal había sido la fórmula utilizada en el artículo 55 del Tratado para establecer reglas uniformes en materia de Derecho Internacional Privado, suscrito en Lima por Venezuela en 9 de noviembre de 1878, aun cuando nunca fue ratificado por el Congreso de la República.

105. En este sentido pueden mencionarse los siguientes autores venezolanos: Arminio Borjas: "Si faltare tal prueba, o si el postulante nada dijere sobre el particular en su solicitud, ésta deberá ser negada, aun cuando la contraparte no alegue la excepción correspondiente, o convenga en el otorgamiento del pase, pues se trata de una excepción de orden público, que la Corte Federal y de Casación debe suplir de oficio" (op. cit., Tomo VI, n° 724, pág. 261); Pedro Acosta Oropeza, op. cit., pág. 16. Resulta indudable que la inasistencia del demandado al acto de contestación, previsto en el artículo 752 del Código de Procedimiento Civil, no produce confesión ficta como ocurre en el juicio ordinario si el demandado no prueba nada que lo favorezca y la acción no es contraria a derecho (art. 276 del mismo Código), según advierte

Así lo reconoció expresamente la Corte Federal y de Casación, en la sentencia del 12 de abril de 1946, siendo ponente el doctor Luis Loreto, cuando dijo:

"La circunstancia de que los esposos Suárez-Ascanio hayan solicitado conjuntamente el **exequatur** de la sentencia dictada por el Juzgado Mixto de Jonacatepec, con cuya decisión parecen estar de un todo conformes, no constituye por sí sola fundamento legal suficiente para acceder a lo pedido sin más comprobación ni examen. Aparte de que el fin perseguido con la solicitud de **exequatur** es provocar la actividad jurisdiccional de esta Corte para que se declare ejecutoria una sentencia dictada por autoridad extranjera a objeto de que sus efectos se los tenga como voluntad concreta de ley nacional, materia esta que, por ser de derecho público eminente, escapa a los acuerdos de las partes, es manifiesto que la solicitud convenida de **exequatur**, en cuestión tan grave y delicada, vendría a constituir en la práctica un expediente de fácil y peligroso manejo por parte de quienes, sometidos al imperio de nuestras leyes y al dominio de nuestra jurisdicción, traten de eludir la imperativa aplicación de aquéllas y escapar a la sujeción de ésta".¹⁰⁶

29. Fácilmente se comprende cómo la posición del codificador de 1897 poco se adapta a las necesidades internacionales:

Eleazar Martineau Plaz: "Cuáles efectos pueda producir la inasistencia de la contraparte regularmente citada, las disposiciones comentadas no lo prevén. Creemos, sin embargo, que en símil hipótesis no tenga aplicación la sanción prevista en el artículo 276 del Código de Procedimiento Civil relativa a la **ficta confessio**; y ello en razón de la finalidad de este procedimiento, dirigido a la actuación de una voluntad concreta de la ley que no puede obtenerse diversamente, esto es, fuera del mismo; y, de otra parte, en razón del carácter de prevalente interés público que informa la materia constitutiva de su objeto" ("Cooperación internacional en materia de Procedimiento Civil", en **Ponencias venezolanas para el VI Congreso Internacional de Derecho Comparado**. Hamburgo, 1962, Caracas, 1962, pág. 58). Por otra parte, y por disposición expresa del legislador venezolano, en el juicio de **exequatur** sólo se admiten como prueba los instrumentos auténticos, a tenor de lo dispuesto en los artículos 748, 749 y 753 del Código de Procedimiento Civil, en forma tal de quedar excluidos los demás medios útiles para demostrar los elementos de hecho en el proceso. Sobre este último particular cabe advertir cómo, aun cuando se asimile el Derecho extranjero a un elemento de hecho en su tratamiento procesal, no existe identidad de los medios probatorios admisibles en ambos casos, pues de ninguna manera se permitiría utilizar respecto del primero los testigos vulgares, ni los indicios, o presunciones, ni el juramento deferido, decisivo o supletorio; ni la confesión (sobre el particular, véase: Lorenzo Herrera Mendoza: **La misión del juez en la aplicación de la ley extranjera**, op. cit., pág. 66).

106. ACFC, 1946, págs. 50-51. Tales razones explican, por lo demás, la atribución contemplada por el ordinal 14 del artículo 10 de la Ley de la Procuraduría de la Nación y del Ministerio Público, del 19 de setiembre de 1955, según la cual le corresponde "intervenir en los procedimientos relativos a la ejecución de actos de autoridades extranjeras y en los de extradición". La jurisprudencia.

por tanto, nada de extrañar tiene que los autores venezolanos hayan modificado su criterio frente al tratamiento procesal de la ley extranjera, y que en la actualidad la asimilen a los elementos de Derecho del litigio,¹⁰⁷ posición esta que indudable-

dencia patria posterior adopta el criterio afirmado por la sentencia transcrita en el texto y examina las condiciones exigidas por la ley para el otorgamiento del exequatur con independencia de la posición adoptada por la contraparte en el juicio respectivo. Por tanto, ha resuelto solicitudes de exequatur a pesar de haber sido hecha la petición en forma conjunta, como en el caso citado en el texto —en manera negativa—, o en la sentencia del 6 de noviembre de 1958, en forma positiva (GF, 2a, Tomo XXII, Volumen I, pág. 122). A pesar de la no concurrencia del demandado al acto de contestación, y de no haber presentado pruebas que lo favorecieran, se negó el exequatur solicitado por sentencia del 21 de enero de 1947 (ACFC, 1947, pág. 51) y 30 de enero de 1950 (GF, 1a, Tomo IV, pág. 54); se examinó la admisibilidad y procedencia de la solicitud, para concluir afirmativamente, en sentencia del 29 de noviembre de 1955, aun cuando el defensor designado a la parte demandada no concurrió a la contestación; se adoptó la misma actitud, para conceder el pase, por estimar la petición ajustada a la ley, y a pesar de la conformidad, convenimiento, adhesión o no oposición de la parte demandada, en sus decisiones de 20 de enero de 1947 (ACFC, 1947, pág. 56); 22 de octubre de 1948 (GO, 27.552, del 25 de octubre de 1948), 13 de febrero de 1950 (GF, 1a, Tomo IV, pág. 75), 14 de marzo de 1952 (GF, 1a, Tomo X, pág. 115), 23 de junio de 1953 (GF, 2a, Tomo I, pág. 91), 20 de octubre de 1953 (GF, 2a, Tomo II, pág. 57), 5 de agosto de 1955 (GF, 2a, Tomo IX, Volumen I, pág. 71), 5 de agosto de 1955 (GF, 2a, Tomo IX, Volumen I, pág. 73), y 26 de noviembre de 1957 (GF, 2a, Tomo XVIII, Volumen I, pág. 146). Por otra parte, se negó el exequatur solicitado en la sentencia del 30 de julio de 1954 (GF, 2a, Tomo V, pág. 175), a pesar del convenimiento de la parte demandada.

107. La reacción contra el punto de vista tradicional se encuentra ya en el artículo del doctor Angel César Rivas, "De la observancia de la ley extranjera y su garantía", aparecido en el año de 1906 en los *Anales de la Universidad Central de Venezuela* (Año VII, págs. 257-286). Sin embargo, la asimilación del Derecho extranjero a los elementos de hecho, en su tratamiento procesal, continuó sostenida en la doctrina por el doctor Arminio Borjas (op. cit., Tomo IV, n° 413, págs. 174-175; Tomo VI, n° 724, pág. 261) y por el doctor José Eugenio Pérez (Prontuario de Casación, Caracas, 1923, págs. 71-72); y de manera incidental en las sentencias de la Corte Federal y de Casación del 23 de noviembre de 1905 (MCFC, 1907, Tomo I, págs. 338-341) y del 20 de noviembre de 1924 (MCFC, 1925, págs. 320-321). Los artículos 408 y siguientes del Código Bustamante, ratificados por Venezuela sin reservas, obligan al juez a investigar y aplicar de oficio la ley extranjera, aun cuando permiten a los interesados colaborar en esta labor, pero sin imponerles una carga procesal. Tal punto de vista ha sido admitido por la jurisprudencia patria más reciente, al aplicar los criterios del Código Bustamante a los países no vinculados por dicha Convención, como principios de Derecho Internacional Privado generalmente aceptados, con base en el artículo 8 del Código de Procedimiento Civil. En este sentido, es posible mencionar

mente deja sentir su influencia respecto de la carga de la prueba que de la reciprocidad se exige para la eficacia de las sentencias extranjeras en Venezuela.

Es cierto que nuestra jurisprudencia ha recalcado expresamente en distintas ocasiones la obligación que incumbe al solicitante del *exequatur* de comprobar la reciprocidad existente

la sentencia del 27 de junio de 1960, del Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y del Estado Miranda, confirmada por la Corte Superior Primera en lo Civil y Mercantil de la misma Circunscripción Judicial el 21 de junio de 1961 (este último fallo se encuentra publicado en la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, Año 1962, N° 23, págs. 381-394); igualmente la reciente decisión de nuestra Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo, con fecha 31 de octubre de 1962, que declaró con lugar el recurso interpuesto, en virtud de haber interpretado mal la recurrida los artículos 76 y 77 del Código Civil español: de esta manera, se admitió la posibilidad de recurrir en Casación por errónea aplicación de la ley extranjera ordenada aplicar por nuestras normas de Derecho Internacional Privado, respecto de un país no vinculado por el Código Bustamante como lo es España (GF, 2a, Tomo XXXIV, Volumen II, págs. 68-77). Este punto de vista parece admitido por el Proyecto de Ley de Aplicación del Derecho Internacional Privado, del doctor Pedro Manuel Arcaya, en su artículo 8°, que prevenía: "Ninguna ley extranjera se aplicará sin estar probada. La prueba se ordenará de oficio, salvo que les esté permitido a las partes someterse a la ley venezolana...". Por otra parte, la doctrina patria, en particular después de la ratificación sin reservas por Venezuela de los artículos mencionados del Código Bustamante, ha admitido la misma perspectiva, según lo comprueban los escritos de: Alejandro Pietri ("La Casación venezolana es competente para conocer de la violación de la ley extranjera", en Revista de Derecho y Legislación, Tomo XX, págs. 109-118; Carlos E. Rendón (Aplicación, prueba y recurso de Casación de la Ley extranjera, Tesis de grado, Caracas, 1934); Lorenzo Herrera Mendoza (La Misión del Juez en la Aplicación de la Ley Extranjera, op. cit., págs. 54-81); José Muci Abraham, hijo ("La prueba de la ley extranjera en el Derecho venezolano. Medios probatorios y oportunidad", en Boletín de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, marzo de 1952, n° 1, págs. 53-66); Luis E. Troconis Rodríguez (La prueba de la ley extranjera. Tesis de grado mimeografiada, Caracas, 1955); Luis Beltrán Salazar Salazar (Recurso de Casación en materia de Derecho Internacional Privado, Tesis de grado mimeografiada, Caracas, 1956); Humberto Cuenca (Curso de Casación Civil, Tomo I, Caracas, 1962, págs. 213-215) y José Luis Bonnemaïson W. ("La aplicación judicial del Derecho material extranjero", en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Carabobo, Valencia, 1963, págs. 85-106). El Proyecto de Ley de normas de Derecho Internacional Privado, en sus redacciones de 1963 y 1965, previene igualmente, en su artículo 57: "El Derecho extranjero será aplicado de oficio. Las partes podrán aportar informaciones relativas al Derecho extranjero aplicable y los tribunales y autoridades podrán dictar providencias encaminadas al mejor cono-

en el país de origen de la sentencia,¹⁰⁸ pero de igual manera es posible señalar cómo en varias oportunidades se ha asumido un criterio más amplio y liberal.

30. En efecto, y con vista de las tendencias contemporáneas más autorizadas, nuestro Supremo Tribunal, en lo que respecta a la existencia de la reciprocidad en el país de origen de la sentencia cuyo *exequatur* se solicita, ha tomado muy en cuenta las directrices establecidas por el Código Bustamante para determinar de oficio el contenido del Derecho extranjero aplicable a una relación de la vida real, cuando la parte interesada no ha suministrado la prueba correspondiente acerca de su texto, vigencia y sentido.

Dentro de esta línea de pensamiento, puede señalarse, en primer término, la actitud adoptada por la Corte Federal y de Casación con motivo de la petición de *exequatur* hecha por la señora Cecilia Mosquera, de una sentencia dictada por la Corte

cimiento del mismo". En contra de la opinión dominante en la actualidad, es posible señalar el folleto publicado en Caracas en 1961, bajo el título *De los requisitos necesarios en el otorgamiento de poderes ante autoridades extranjeras*, por los doctores Julio César Acosta y Morris Sierralta, contentivo de sus alegatos en Primera y Segunda Instancia con motivo de los asuntos decididos en las antes mencionadas sentencias del 27 de junio de 1960 y 21 de junio de 1961; igualmente cabe mencionar el criterio aceptado por el doctor Luis Padrino, en su obra *El Recurso de Casación Civil en la Casación Venezolana*, 1964, cuando afirma: "En principio, pues, debe decirse que la ley extranjera, como tal ley extranjera, no es susceptible del recurso de casación, pero una vez que se ha firmado convenio o tratado internacional, este convenio o este tratado se asimilan a una ley nacional..." (op. cit., pág. 42). En el campo de la jurisprudencia de nuestro más Alto Tribunal cabe señalar las menciones incidentales, ya superadas, contenidas en el fallo dictado el 15 de febrero de 1957, bajo la ponencia del doctor Gustavo Manrique Pacanins, al referirse a la exigencia del artículo 747 del Código de Procedimiento Civil en los siguientes términos: "De acuerdo con esta disposición y con lo que al efecto establece el llamado Código Bustamante, tratándose en tal circunstancia de probar la ley extranjera, que es un hecho, generalmente la jurisprudencia admite... porque tratándose de un hecho no es admisible según los principios y la doctrina utilizar como pruebas las evacuadas en otro proceso..." (GF, 2a, Tomo XV, Volumen I, pág. 90). Resultan verdaderamente sorprendentes las referencias al Código Bustamante para apoyar este punto de vista.

108. En este sentido, puede mencionarse la sentencia del 6 de noviembre de 1956, siendo ponente el doctor Héctor Parra Márquez, en la cual se lee: "... conforme a nuestra Legislación corresponde a las partes interesadas comprobar el requisito de la reciprocidad..." (GF, 2a, Tomo XIV, Volumen I, pág. 39). Idénticas palabras se encuentran en los fallos del 27 y 30 de noviembre de 1956, bajo la ponencia del doctor J. M. Hernández Ron (GF, 2a, Tomo XIV, Volumen I, págs. 191 y 202, respectivamente).

del Undécimo Distrito Judicial del Condado de Dade, Estado de Florida, Estados Unidos de la América del Norte. Habida cuenta de que los recaudos acompañados no eran suficientes para demostrar la reciprocidad en el Estado de Florida, se dictó auto para mejor proveer, en cuyo cumplimiento la peticionaria produjo certificación expedida por dos abogados que ejercían en dicho Estado de la Unión norteamericana, prueba esta que en última instancia fue considerada suficiente.¹⁰⁹

De igual manera, la Corte Federal, con fecha 12 de febrero de 1954, en el juicio de *exequatur* promovido por Carlos Zugaro, a fin de que se atribuyera eficacia a la sentencia dictada por el Tribunal Civil de Roma que declaró la separación de cuerpos por mutuo consentimiento de su cónyuge Lea Mazzini, dictó la siguiente providencia: "Por cuanto no se ha cumplido con el requisito indispensable de la reciprocidad que exige el artículo 747 del Código de Procedimiento Civil, esta Corte Federal, para mejor proveer, de conformidad con lo dispuesto en el ordinal 2º del artículo 407 del citado Código, acuerda a tal fin un término de veinte días".¹¹⁰

109. GF, 2a, Tomo II, pág. 24. En la sentencia que resolvió el caso, del 5 de mayo de 1949, se lee: "La certificación acompañada a los autos expedida por dos abogados en ejercicio en el Estado de Florida, Estados Unidos de América, doctores Inman Padgett y T. H. Teasley, en acatamiento a lo dispuesto en el auto de mejor proveer dictado por la Corte..." El doctor Lorenzo Herrera Mendoza, había ya indicado la laguna existente en nuestra Legislación para resolver la pregunta: "¿En cuál oportunidad y de qué modo ha de tomar el juez la iniciativa para la prueba de la ley extranjera competente, o para ordenar que se amplíe o se aclare la que ya presentó la parte interesada?". Con tal motivo, expuso su criterio en los términos siguientes: "Cuando el tribunal resuelve, de oficio, procurarse tal prueba, o completar, o esclarecer la presentada por alguna de las partes, parece ser la mejor oportunidad y el mejor procedimiento, según nuestro actual sistema positivo, los previstos en los artículos 407 y 414 del Código de Procedimiento Civil y en el artículo 1.112 del Código de Comercio, según los cuales los jueces, durante la vista de la causa, en cualquiera de las instancias, están expresamente facultados para dictar, aun de oficio, autos destinados a mejor proveer, después de terminados los informes, o de terminada la relación, si no hubiere informes. El referido auto señalará término suficiente para cumplirlo; contra él no se admitirá recurso alguno, y cumplido que fuere se oirán las observaciones de las partes respecto del resultado de las diligencias practicadas, y se procederá a sentenciar el asunto dentro del término legal, sin más dilación" (La misión del juez en la aplicación de la ley extranjera, op. cit., págs. 65-66).
110. En la sentencia que resolvió el caso, del 12 de marzo de 1954, se lee al respecto, en su parte narrativa: "El día 3 del presente mes, el apoderado actor, en ejecución de auto para mejor proveer que dictó esta Corte el día 12 del mismo mes de febrero, consignó en copia debidamente autorizada, las disposiciones legales que en Italia rigen la eficacia de las sentencias extranjeras y otros ac-

Dentro de esta orientación cabe recalcar también la advertencia de la Corte Federal, en su fallo del 3 de agosto de 1961. Con motivo de la solicitud de *exequatur* hecha por la señora Inés Margot Maíz González de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Guanajay, República de Cuba, el Fiscal General de la República impugnó la eficacia de la declaración de dos abogados para comprobar la reciprocidad, "por ser demasiado abstracta, ya que no establece la razón en que fundan sus testimonios, es decir, si la expresada reciprocidad está acordada por un texto legal expreso o si es una regla de Derecho consuetudinario o una práctica jurisprudencial, circunstancia necesaria para que pueda ser apreciada la prueba testimonial".¹¹¹

Nuestro Supremo Tribunal, bajo la ponencia del doctor Joaquín Gabaldón Márquez, luego de afirmar la procedencia del medio probatorio, conforme al artículo 409 del Código Bustamante, agregó: "Sin que esta Sala haya tenido motivo para «estimarlo insuficiente», caso en el cual, en aplicación del mismo Código de Derecho Internacional Privado, artículos 410 y 411, habría tenido la facultad para solicitar de oficio, por la vía diplomática, antes de resolver, «un informe sobre el texto aplicable, su vigencia y sentido». No habiendo sido tal el caso, no considera la Sala procedente la objeción presentada a tal respecto por la Fiscalía General".¹¹²

Esta manera de proceder revela muy a las claras cómo no es posible afirmar enfáticamente que, según nuestra jurisprudencia, corresponda al solicitante del *exequatur*, de manera inexorable, la demostración de la reciprocidad existente en el Derecho extranjero. Por otra parte, merita ser destacada esta facultad que se atribuye nuestro más Alto Tribunal de exigir al peticionario, bien la prueba de la reciprocidad, bien la ampliación o extensión de los elementos aportados en el proceso.

31. De igual manera, la jurisprudencia patria ha dado muestra de amplitud de perspectivas en lo que respecta a la oportunidad en la cual deben presentarse los medios probatorios

tos de autoridades extranjeras contenidas en el Título VII del Código de Procedimiento Civil vigente en Italia" (GF, 2a, Tomo III, pág. 131).

111. En el recaudo impugnado por la Fiscalía General, decían los declarantes "que saben y les consta que a las sentencias firmes pronunciadas por poderes judiciales de Venezuela, se concede ejecución en la República de Cuba, sin previa revisión en el fondo, es decir, que existe la reciprocidad que exige el artículo 747 del Código de Procedimiento Civil vigente en la República de Venezuela" (GF, 2a, Tomo XXXIII, Volumen I, págs. 94-95).

112. GF, 2a, Tomo XXXIII, Volumen I, pág. 96.

de la reciprocidad existente en el país de origen de la sentencia. No obstante disponer expresamente el artículo 749 del Código de Procedimiento Civil que deben ser acompañados con la solicitud de **exequatur**, la práctica enseña cómo se ha permitido al interesado traer a los autos la correspondiente demostración en momentos procesales posteriores:¹¹³ De esta manera, la realidad judicial adopta una sana visión extensiva, tendiente a facilitar la prueba de la reciprocidad exigida como requisito previo para la eficacia de las sentencias extranjeras en Venezuela.

32. La jurisprudencia venezolana ha sido también liberal en la manera de resolver la cuestión, de enorme importancia práctica, relativa a **los medios admisibles para la prueba por el interesado de la reciprocidad existente en el Derecho extranjero:**

113. El fundamento legal de esta práctica podría encontrarse en el artículo 317 del Código de Procedimiento Civil, que dispone: "Los instrumentos públicos que no hayan debido producirse con la demanda, ya por no derivarse de ellos la acción, ya por la excepción que hace el artículo 315, podrán presentarse en todo tiempo, hasta los últimos informes". Prueba de la afirmación del texto se encuentra en las dos solicitudes de **exequatur** que motivaron los autos para mejor proveer dictados por nuestro Supremo Tribunal, referidos en el número 30 de este trabajo. Igualmente cabe mencionar: en el juicio de **exequatur** seguido con motivo de la solicitud presentada por Walter George Robins y The Bankers Trust Company, resuelto por sentencia del 6 de noviembre de 1945, la declaración de dos abogados, para probar la reciprocidad, fue aportada después de haber contestado la demanda el ciudadano Yervant Maxudian y de haber alegado, entre otras razones en su defensa, el incumplimiento de dicho requisito (ACFC, 1945, Tomo I, pág. 286); en el procedimiento instaurado con la petición de Emilio Molinari, decidido el 18 de marzo de 1955 también en forma favorable, el apoderado del solicitante "produjo en copias certificadas las disposiciones de la legislación italiana relativas a la fuerza ejecutoria en Italia de las sentencias de los tribunales extranjeros", luego de contestada la demanda y después de haber rendido su informe el Fiscal General (GF, 2a, Tomo VII, Volumen I, págs. 122-124); con motivo de la solicitud de **exequatur** hecha por Richard Croker, la declaración de abogados tendiente a probar la reciprocidad fue presentada después de notificado el Fiscal General, y de haberse citado a la demandada por carteles, de conformidad con el artículo 137 del Código de Procedimiento Civil, como se lee en la narrativa de la decisión recaída el 29 de marzo de 1955 (GF, 2a, Tomo VII, Volumen I, pág. 139), la prueba de la reciprocidad fue aportada luego de haberse ordenado la citación por carteles de la demandada y de notificado el procurador, en la solicitud hecha por Angelo de Sapio, resuelta favorablemente por la sentencia del 26 de noviembre de 1957 (GF, 2a, Tomo XVIII, Volumen I, pág. 14); en la petición de **exequatur** hecha por Orlando Enmanuel Lopez, decidida el 17 de abril de 1958, la prueba de la reciprocidad fue traída a los autos luego de haberse ordenado la citación por carteles de la parte demandada y de haberse notificado el procurador (GF, 2a, Tomo XX, Volumen I, pág. 18).

En efecto, el artículo 747 del Código de Procedimiento Civil dispone que la demostración de la reciprocidad debe hacerse con "instrumento fehaciente",¹¹⁴ término este de inteligencia imprecisa, y cuya interpretación sólo puede lograrse mediante un análisis integral y coordinado de los diversos preceptos que regulan los medios probatorios útiles en el juicio de **exequatur**. Ahora bien, el artículo 749 ordena acompañar con la solicitud la comprobación "en forma auténtica y legalizado por autoridad competente" de la existencia de la reciprocidad, y del cumplimiento de los otros requisitos exigidos para la procedencia de la demanda; y el artículo 753 previene: "El asunto se decidirá como de mero derecho, sin admitirse pruebas que no sean los instrumentos auténticos que produjeren las partes".¹¹⁵ Resulta indudable, por tanto, la rigidez querida por el Legislador de 1897, fiel reflejo de su perspectiva frente al problema planteado y de su deseo de evitar futuras y eventuales reclamaciones diplomáticas.

Sin embargo, la cuestión relativa a los medios probatorios útiles para demostrar la reciprocidad no vino a adquirir verdadero relieve, desde un punto de vista práctico, sino con la sentencia dictada por la Corte Federal y de Casación el 8 de febrero de 1946, siendo ponente el doctor Luis Loreto, que modificó la jurisprudencia anterior según la cual era innecesario solicitar el **exequatur** para que las sentencias extranjeras relativas al estado y capacidad de las personas pudieran producir efectos en Venezuela.¹¹⁶

114. El término "fehaciente" es utilizado de manera diversa por el legislador venezolano, que habla también de "prueba fehaciente", por ejemplo, en el artículo 469 del Código de Procedimiento Civil, al regular la oposición por un tercero a una medida de embargo; y en el artículo 108 del Código Civil, que impone al extranjero que pretenda contraer matrimonio en la República la obligación de presentar "pruebas fehacientes" de su capacidad (sobre este último tema: Gonzalo Parra Aranguren, "Prueba de la capacidad matrimonial del extranjero en Venezuela", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello*, Caracas, 1965, n° 1, pp. 118-165).
115. El doctor Ramón F. Feo, al comentar este precepto, expone: "Claro es que exigiendo la ley la prueba auténtica de todo cuanto el legislador considera necesario, y no debiendo entrarse en el fondo del asunto en que se dio la sentencia, no hay necesidad de término probatorio, ni de otras pruebas más que no sean el complemento auténtico de las circunstancias exigidas" (*op. cit.*, Tomo III, págs. 215-216).
116. En 3 de mayo de 1943, la Corte Federal y de Casación, en Sala Federal, siendo ponente el doctor Alonso Calatrava, y con una mayoría de cuatro votos (Alonso Calatrava, Pedro Arismendi Lai-ret, Luis I. Bastidas y F. S. Angulo Ariza) contra tres (Alberto Díaz, A. Pulido Villafañe y Aníbal Sierraalta Tellería), estableció el precedente de que las sentencias extranjeras, relativas al es-

A partir de esta decisión, nuestro Supremo Tribunal ha sostenido hasta el presente, de manera constante y uniforme, la necesidad de otorgar el correspondiente pase a una sentencia extranjera para que pueda producir cualquier efecto en la República,¹¹⁷ y este cambio de actitud indudablemente se hizo sentir en la obligación para el interesado de comprobar la reciprocidad y, en especial, respecto de los medios probatorios útiles para tal fin.

tado y capacidad de las personas, no requerían de exequatur para producir efectos en Venezuela, y en particular para contraer nuevo matrimonio, razón por la cual negó la solicitud formulada. En consecuencia, la reciprocidad como condición previa para obtener el exequatur, perdió relevancia práctica (MCFC, 1944, Tomo I, págs. 216-239). Tal criterio fue reiterado en 20 de julio de 1943 y en 14 de agosto de 1943, siendo ponente en ambos casos el doctor Alonso Calatrava (MCFC, 1944, Tomo I, págs. 271 y 279, respectivamente). En tales oportunidades, al declararse innecesario el exequatur, ni siquiera se examina el requisito de la reciprocidad. Adviértase que la misma Corte Federal y de Casación, en Sala Federal, el 10 de mayo de 1943, negó el exequatur solicitado por el ciudadano Manuel Canelón H., de la sentencia dictada por el Juzgado Mixto de Primera Instancia de Cuautla, Morelos, Quinto Distrito Judicial del Estado Morelos, República Mexicana, por falta de prueba de la reciprocidad, y por considerar infringidos los ordinales 2° y 3° del artículo 748 del Código de Procedimiento Civil: solución que no está de acuerdo con el precedente antes mencionado, y que tal vez pueda explicarse por la distinta composición de la Corte Accidental que dictó este último fallo, a saber, los doctores Aníbal Sierraalta Tellería, Pedro Arismendi Lairé, A. Pulido Villafañe, José A. Bueno, Alberto Díaz, Luis I. Bastidas y J. J. Faria De Lima (MCFC, 1944, Tomo I, págs. 239-244). Sin embargo, resulta verdaderamente extraño que los mismos integrantes de la mayoría de la Corte Federal y de Casación que sentenciaron en 3 de mayo de 1943, concedieron el pase solicitado por el ciudadano Bernardo Siso Durán de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil del Distrito Bravos, Estado de Chihuahua, República de México, a pesar de haber declarado ser innecesario el exequatur en su antes mencionada decisión, por tratarse de una sentencia extranjera relativa al estado y capacidad de las personas (MCFC, 1944, Tomo I, págs. 245-249, con voto salvado de los doctores A. Pulido Villafañe, y Aníbal Sierraalta Tellería, no habiendo suscrito el fallo el doctor Alberto Díaz).

117. Tal punto de vista ha sido defendido, de manera expresa, por las sentencias con las fechas siguientes: 11 de octubre de 1951, siendo ponente el doctor Rafael Angel Camejo (GF, 1a, Tomo IX, págs. 114-115); 4 de febrero de 1953, bajo la ponencia del doctor Horacio Bianchi (GF, 1a, Tomo XIII, págs. 91-92); 19 de febrero de 1957, siendo ponente el doctor F. S. Angulo Ariza (GF, 2a, Tomo XV, Volumen I, pág. 95); 14 de mayo de 1957, bajo la ponencia del doctor Héctor Parra Márquez (GF, 2a, Tomo XVI, Volumen I, págs. 87-88), y 18 de octubre de 1959, siendo ponente el doctor Jonás Barrios (GF, 2a, Tomo XXVI, Volumen I, pág. 60). Igualmente en la sentencia del 3 de agosto de 1955 dictada por la

En esa misma sentencia del 8 de febrero de 1946, luego de reiterar el carácter fundamental y previo de la reciprocidad como antecedente lógico y presupuesto necesario del juicio de **exequatur**, la Corte Federal y de Casación incidentalmente dijo: "Y tal prueba puede hacerse con el texto de la ley extranjera respectiva o con la de la práctica jurisprudencial que la supla".¹¹⁸ Con esta afirmación nuestro Supremo Tribunal se ajustaba rigurosamente a los preceptos del Código de Procedimiento Civil, que exigían prueba instrumental, auténtica y fehaciente de la reciprocidad, al mismo tiempo que reiteraba el criterio acogido por la doctrina venezolana.¹¹⁹

33. Esta mención incidental no resolvía a las partes interesadas el problema práctico acerca de cuáles debían considerarse medios útiles para comprobar la reciprocidad existente en el Derecho extranjero, exigida por el artículo 747 del Código de Procedimiento Civil.

Corte de Casación, siendo ponente el doctor Alberto Díaz (GF, 2a, Tomo IX, Volumen II, págs. 65-69). La doctrina patria ha aprobado el criterio de la jurisprudencia, como puede verse en: Lorenzo Herrera Mendoza (Nociones Preliminares sobre Extraterritorialidad de Leyes y Sentencias, Caracas, 1943, págs. 87-105) y Luis Loreto ("Sentencia extranjera de divorcio y solicitud de exequatur", en *Cultura Jurídica*, 1943, Año III, n° 9 págs. 5-24; "La Sentencia extranjera en el sistema venezolano del exequatur", en *Studia Iuridica*, Volumen I, 1957, págs. 189-205). Sin embargo, el doctor Joaquín Sánchez Covisa ha demostrado la posibilidad, para las sentencias extranjeras de divorcio, de producir en Venezuela los efectos materiales —no ya los procesales— sin necesidad de juicio previo de exequatur, cumplidas como hayan sido las condiciones de ley (La eficacia de las sentencias extranjeras de divorcio, Caracas, 1956; "La función de la declaración de eficacia (exequatur) y los efectos de las sentencias extranjeras de divorcio", en *Ponencias venezolanas para el V Congreso Internacional de Derecho Comparado*, Bruselas, 1958, Caracas, 1958, págs. 87-108).

118. ACFC, 1946, pág. 45.

119. El doctor Luis Sanojo había indicado cómo la prueba de la ley extranjera se hacía "con las ediciones oficiales que tengan algún sello de autenticidad" y que la interpretación de la misma se efectuaba "con las sentencias de los tribunales de la nación respectiva y con las opiniones de sus jurisconsultos" (Instituciones de Derecho Civil Venezolano, Tomo I, n° 54, pág. 65); el doctor Arminio Borjas opinó sobre el particular: "Esta prueba pudiera aparecer, por ejemplo, de la misma ley de dicho Estado, de tratado celebrado con la República, del exequatur concedido a algún fallo emanado de las autoridades judiciales de Venezuela, etc." (op. cit., Tomo VI, n° 724, pág. 261), y el doctor Pedro Acosta Oropeza afirmó: "Tal prueba puede resultar, o bien de la ley del Estado en donde se pronunció el fallo que se pretende ejecutar, o de un tratado, o del exequatur que dicho Estado hubiere concedido a alguna sentencia dictada por nuestros tribunales" (op. cit., pág. 16).

Sin embargo, pocos años después, en sentencia del 5 de mayo de 1949, siendo ponente el doctor Rafael Angel Camejo, la Corte Federal y de Casación examinará de nuevo el problema para sugerir directrices que adquirirán vigencia efectiva en oportunidades posteriores. Dijo entonces nuestro Supremo Tribunal:

"Tal comprobación, como lo exige el ya citado artículo 747 del Código de Procedimiento Civil, y lo ha acatado esta Corte, debe hacerse por medio de instrumento fehaciente, que acredite el texto y la vigencia de la Ley extranjera respectiva o de la jurisprudencia que supla la falta o el silencio de aquélla. No existe, pues, en nuestro derecho, libertad de prueba de ese requisito, sino que ésta debe necesariamente administrarse por medio de documento público o auténtico, de instrumento fehaciente, que contenga el traslado debidamente certificado y legalizado de la ley extranjera pertinente o de la práctica jurisprudencial que la supla. Tal prueba puede resultar de la presentación, conjuntamente con la solicitud de exequatur, de la publicación oficial en el país de origen que contenga el texto de la ley respectiva, debidamente certificado en cuanto a su vigencia actual para el momento de la sentencia o con posterioridad a ella, y legalizada por el funcionario nacional competente; o bien de la certificación legalizada que del contexto y vigencia de la ley extranjera hiciera un funcionario competente en el orden civil, diplomático o consular del país de cuya legislación se trate, o de nuestro país, en los casos permitidos por la ley; o, finalmente, de la declaración jurada de abogados o jurisconsultos que estén en ejercicio en el país cuya legislación determine la proveniencia del acto".¹²⁰

Fácilmente se comprende cómo la admisión de este último medio de prueba escapa de las posibilidades previstas en el Código de Procedimiento Civil, que sólo permite, en sus artículos 747, 749 y 754, la prueba instrumental, auténtica y fehaciente.¹²¹ No debe extrañar, por tanto, que la Corte Federal y de Casación se viera precisada a justificar esta solución, máxime

120. GF, 1a, Tomo II, pág. 22. Al respecto debe indicarse que el Proyecto de Ley de Aplicación del Derecho Internacional Privado, del doctor Pedro Manuel Arcaya, en su artículo 8º, permitía la prueba de la ley extranjera de la manera siguiente: "1º Por medio de certificaciones que emanen del agente diplomático o el Cónsul general de la República en el respectivo país, de funcionarios del mismo carácter que la nación, cuya ley se trata de probar, mantenga en Venezuela, del Ministro de Justicia o Relaciones Interiores de la propia nación, o de abogados o jurisconsultos extranjeros autorizados en su país para expedir tales certificaciones. 2º Con la exhibición de un ejemplar de la misma ley extranjera y la certificación de su autenticidad expedida por cualquiera de las personas indicadas en el número anterior, en la cual se explicará también si la ley está o hasta qué fecha estuvo vigente".

121. La prueba auténtica no necesariamente debe confundirse con la demostración a través de documento público (véase sobre el tema: Allan Randolph Brewer, "Consideraciones sobre la distinción entre documento público o auténtico, documento privado reconocido y autenticado y documento registrado", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela*, Tomo 23, 1962, págs. 347-380).

si se advierte cómo unas líneas antes había insistido en la ausencia de libertad procesal de acuerdo con nuestra Legislación. Y en tal sentido se lee:

"Acerca de este último medio, la Corte observa que el artículo 409 del Código de Derecho Internacional Privado, que forma parte del capítulo relativo a las reglas especiales sobre la prueba de leyes extranjeras, y que fue aceptado por Venezuela sin reserva, permite esa prueba indirecta de la ley extranjera en cuanto a su texto, vigencia y sentido, pero la sujeta a dos condiciones fundamentales: a) Que la certificación respectiva se presente debidamente legalizada; y b) Que sea expedida por dos abogados, cuando menos, que se encuentren en ejercicio en el país de cuya legislación haya nacido el acto".¹²²

No era suficiente, sin embargo, afirmar la ratificación sin reserva por parte de Venezuela del artículo 409 del Código Bustamante, por cuanto tal circunstancia sólo permitiría concluir en su obligatoria vigencia frente a los países vinculados por la Convención, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8º del Código de Procedimiento Civil: Y en el caso resuelto en ese fallo del 5 de mayo de 1949, se trataba de una sentencia de divorcio dictada por la Corte del Undécimo Distrito Judicial del Condado de Dade, Estado de Florida, Estados Unidos de América del Norte, que no ratificó el Tratado de La Habana.

Por tanto, fue necesario afirmar la aplicación analógica de los criterios establecidos en los artículos ratificados por Venezuela sin reserva, en especial en el 409, frente a naciones no vinculadas por el Código Bustamante. Así lo hizo nuestro Supremo Tribunal, por vez primera, en los términos siguientes:

"Y si bien es cierto que ese Código obliga solamente a los Estados contratantes, no es menos cierto que como ley de la República que es, expresa la mente de nuestro legislador en lo atinente a la prueba de la ley extranjera, cuando ella no se administre mediante la presentación o el traslado directo del texto de la ley, debidamente certificado en cuanto a su vigencia por el funcionario competente, y legalizado conforme a derecho. Esa seguridad mínima, configurada por las limitaciones arriba citadas, de que el legislador patrio ha creído conveniente o necesario revestir aquella forma de prueba, no puede menos de hacerse extensiva por analogía a los casos similares que pudieren presentarse, aun cuando en ellos no estuviere implicada la Legislación de uno de los Estados signatarios del Código de Derecho Internacional Privado, en virtud de la identidad de la materia que regula y de la razón que la informa. Además, no sería lógico suponer que el legislador patrio ha entendido dar mayores facilidades para la prueba indirecta de la ley extranjera cuando la sentencia cuyo exequatur se solicita proceda de un Estado no ligado a él por el Código de Derecho Internacional Privado".¹²³

34. A partir de esta decisión, puede considerarse uniforme la jurisprudencia de nuestro más Alto Tribunal, en el sentido de

122. GF, 1a, Tomo II, pág. 22.

123. GF, 1a, Tomo II, pág. 23. La ausencia de obligatoriedad del Có-

admitir las vías consagradas en el artículo 409 del Código Bustamante para comprobar el Derecho extranjero, a los fines de la prueba de la reciprocidad exigida en el artículo 747 del Código de Procedimiento Civil venezolano. En efecto, los elementos producidos en juicio para su prueba han sido bien la certificación de los respectivos textos legales, bien la declaración jurada de dos abogados en ejercicio en el país de origen de la sentencia.

No obstante, y generalmente ante la objeción formulada por el representante de la Nación en el respectivo juicio de **exequatur**, nuestro Supremo Tribunal ha reiterado, en varias oportunidades, la función que desempeña el Código Bustamante para admitir la prueba de la reciprocidad que se ajuste a una de esas formas, no faltando ocasiones en las cuales también se haga referencia a los propios precedentes jurisprudenciales.¹²⁴

-
- digo Bustamante respecto de los Estados Unidos de América del Norte fue expresamente reconocida en la sentencia.
124. Dentro de los casos en los cuales se ha afirmado la aplicación del Código Bustamante, como tratado vigente, se encuentran las sentencias de las fechas siguientes: 14 de marzo de 1952, siendo ponente el doctor Héctor Parra Márquez, respecto de Costa Rica (GF, 1a, Tomo X, pág. 116); 3 de abril de 1952, sin indicación de ponente, frente a Cuba (GF, 1a, Tomo X, pág. 169); 20 de octubre de 1953, bajo la ponencia del doctor F. S. Angulo Ariza, respecto de Cuba (GF, 2a, Tomo II, pág. 58); 14 de mayo de 1957, siendo ponente el doctor Héctor Parra Márquez, frente a la República Dominicana, con transcripción de parte de la sentencia del 5 de mayo de 1949 (GF, 2a, Tomo XVI, Volumen I, pág. 90); y 3 de agosto de 1961, bajo la ponencia del doctor Joaquín Galdón Márquez, respecto de Cuba (GF, 2a, Tomo XXXIII, Volumen I, pág. 95). En otras sentencias se ha hecho mención expresa de la aplicación analógica del artículo 409 del Código Bustamante a países no vinculados por él, como se observa en las decisiones dictadas en: 25 de mayo de 1954, bajo la ponencia del doctor Héctor Parra Márquez, frente a México (GF, 2a, Tomo IV, pág. 94); 25 de mayo de 1954, siendo también ponente el doctor Héctor Parra Márquez, respecto del Estado de Florida, Estados Unidos de América del Norte, con referencia y transcripción de parte de la sentencia dictada en 5 de mayo de 1949 (GF, 2a, Tomo IV, pág. 102); 29 de marzo de 1955, bajo la ponencia del doctor Héctor Parra Márquez frente a la isla de Puerto Rico, Estados Unidos de América del Norte (GF, 2a, Tomo VII, Volumen I, pág. 144); 6 de noviembre de 1956, siendo ponente el doctor Héctor Parra Márquez, respecto de Italia, en la cual se lee el siguiente párrafo: "Conforme a nuestra Legislación, corresponde a las partes interesadas comprobar el requisito de la reciprocidad y para hacerlo podrán presentar en forma auténtica el texto mismo de la ley, o una certificación de dicha ley, expedida por autoridad competente, o valerse de certificaciones de juriconsultos, del país en que rige la mencionada ley, caso de no ser ésta escrita" (GF, 2a, Tomo XIV, Volumen I, pág. 39); 30 de noviembre de 1956, bajo la ponencia del doctor J. M. Hernández Ron, frente a Italia, en la cual se transcribe el párrafo inserto precedentemente (GF, 2a,

35. El texto de la ley extranjera respectiva, debidamente certificado y legalizado, constituye uno de los medios usuales para demostrar la reciprocidad existente en el Estado sentenciador: la certificación generalmente es hecha por los agentes consulares del respectivo país acreditados en Venezuela; en algunas oportunidades ha sido expedida por los representantes diplomáticos,¹²⁵ y de manera esporádica por algún funcionario del país de origen del fallo cuyo *exequatur* se solicita.¹²⁶

Tomo XIV, Volumen I, pág. 202); 15 de febrero de 1957, siendo ponente el doctor Gustavo Manrique Pacanins, respecto de Italia, sentencia en la cual se pretende hacer un resumen de la posición de nuestro Supremo Tribunal sobre la materia, en los términos que siguen: "En verdad no ha sido uniforme la jurisprudencia sobre la forma en que deba hacerse esa certificación. En ocasiones la jurisprudencia ha establecido que debe ser expedida esa certificación bajo juramento; que debe hacerse dicha certificación ante alguna autoridad del país que dé fe de que en verdad son abogados quienes la expiden; y que las firmas de tales abogados y funcionarios deben ser legalizadas conforme a la ley inclusive por el cónsul venezolano en el lugar. Alguna vez ha llegado a admitirse como fehaciente la certificación hecha directamente ante el funcionario consular venezolano..." (GF, 2a, Tomo XV, Volumen I, pág. 90); 17 de marzo de 1959, bajo la ponencia del doctor Jonás Barrios, frente al Estado de Massachusetts, Estados Unidos de América del Norte (GF, 2a, Tomo XXIII, Volumen I, pág. 59); 3 de agosto de 1961, siendo ponente el doctor Joaquín Gabaldón Márquez, respecto de Cuba (GF, 2a, Tomo XXXIII, Volumen I, pág. 93); y 26 de febrero de 1962, bajo la ponencia del doctor Saúl Ron, frente a México (GO, 26.810, del 26 de marzo de 1962).

125. La sentencia del 8 de mayo de 1950, siendo ponente el doctor Rafael Angel Camejo admitió la reciprocidad mediante certificación de las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil expedida por la Embajada de España en Caracas (GF, 1a, Tomo V, pág. 19); el fallo de 26 de noviembre de 1957, bajo la ponencia del doctor F. S. Angulo Ariza, consideró probada la reciprocidad con certificación expedida por la Embajada de Italia en Caracas, de los artículos del Código de Procedimiento Civil (GF, 2a, Tomo XVIII, Volumen I, pág. 144), y la decisión del 1 de junio de 1964, siendo ponente el doctor J. M. Padilla admitió la reciprocidad existente con el Cantón Tessino, Suiza, a través de la certificación de los textos legales respectivos expedida por la Embajada de Suiza en Caracas. Por otra parte, es preciso advertir cómo en la sentencia del 6 de agosto de 1963, bajo la ponencia del doctor Alejandro M. Osorio, se consideró probada la reciprocidad con la República Popular Federativa de Yugoslavia, con certificación de la Legación respectiva en Caracas, aun cuando no se transcribieron en ella los correspondientes textos legales (GO, 874, Extraordinario, del 4 de setiembre de 1963).
126. La sentencia del 11 de octubre de 1951, siendo ponente el doctor Rafael Angel Camejo, admitió la reciprocidad con certificación expedida por el Ministerio de Justicia de la República de Checoslovaquia de los artículos del Código de Procedimiento Civil (GF, 1a, Tomo IX, págs. 115-116).

En la generalidad de los casos, este medio probatorio no ha planteado mayores dificultades prácticas y ha sido considerado por nuestro Supremo Tribunal procesalmente útil para demostrar, en forma fehaciente, la reciprocidad exigida por el artículo 747 del Código de Procedimiento Civil.

Sin embargo, en alguna que otra ocasión —ante el reparo del representante de los intereses públicos— se ha impuesto al solicitante del **exequatur**, además de la prueba de la reciprocidad, la obligación de comprobar las facultades que corresponden al funcionario para certificar el respectivo texto del Derecho extranjero.

El precedente fue establecido, revocando jurisprudencia anterior, en el fallo del **6 de noviembre de 1956**, bajo la ponencia del doctor Héctor Parra Márquez, en los términos siguientes:

“Aun cuando es cierto que esta Corte, en decisión de fecha 13 de abril de 1956 admitió para probar el requisito de la reciprocidad, una certificación expedida por el cónsul de Italia en Caracas, idéntica a la producida en este juicio por el postulante, los juzgadores, ante el planteamiento que hoy se les ha hecho (por el Procurador General de la República), proceden a una rectificación de su anterior criterio, por considerar que, en realidad, la solución del problema estriba en determinar si el cónsul de la República de Italia en Caracas, tiene facultad, según la ley italiana, para expedir tales certificaciones, o sea, si es para ello funcionario competente, caso en el cual quedaría lleno el extremo exigido por el artículo 749 de nuestro Código de Procedimiento Civil venezolano. Ahora bien, del examen de los diferentes recaudos aportados por los interesados, no aparece la comprobación o la evidencia de que el aludido funcionario consular italiano tenga la mencionada facultad y, por ello, no es posible atribuir el carácter de documento fehaciente a la expresada certificación expedida por él, y así se declara”.¹²⁷

Este novedoso y particular punto de vista fue reiterado en las decisiones del **27 de noviembre de 1956** y **30 de noviembre de 1956**, en ambas siendo ponente el doctor J. M. Hernández Ron, también frente a certificaciones expedidas por el Consulado de Italia en Caracas.¹²⁸

Muy pronto se variaría de criterio: sin explicación de ninguna clase, la Corte Federal, en forma sorpresiva, bajo la ponencia del mismo doctor J. M. Hernández Ron, el **31 de mayo de 1957** consideró demostrada la reciprocidad impuesta por el artículo 747 del Código de Procedimiento Civil, con “certificación legalizada y traducida, del cónsul de Italia en Caracas”.¹²⁹

127. GF, 2a, Tomo XIV, Volumen I, págs. 41-42. En la misma decisión, previamente se estableció que el solicitante no había acompañado “copia del auto o decreto que declare la ejecutoria de dicho fallo y de las leyes en que se funda dicha providencia” (Id., pág. 40).

128. GF, 2a, Tomo XIV, Volumen I, págs. 191-192 y 202, respectivamente.

129. GF, 2a, Tomo XVI, Volumen I, pág. 156. Idéntica posición fue

El fundamento de este cambio de actitud no se encuentra sino en el fallo del 8 de julio de 1958, siendo ponente el doctor Lorenzo Herrera Mendoza, en los términos que siguen: "...la Corte encuentra que las respectivas copias certificadas de textos legales italianos, expedidas, en su carácter notarial, por funcionarios consulares de Italia, acreditados en Venezuela, comprueban en el presente caso que existe (la reciprocidad)..."¹³⁰

Sin embargo, las razones que explican la posición de la Corte sólo se exponen *in extenso* en la sentencia del 13 de agosto de 1958, bajo la ponencia del propio doctor Lorenzo Herrera Mendoza. Dijo entonces a nuestro Supremo Tribunal:

"...el Consulado de Italia en Caracas se limitó, a petición de parte interesada a suministrar copia certificada de los pertinentes textos legislativos de su país, y para ello ejerció su función notarial, reconocida y reglamentada, para los cónsules de Venezuela en Italia y para los de Italia en Venezuela, por los varios párrafos del artículo 20 del Tratado de Amistad, Comercio y Navegación, aún vigente entre las dos Repúblicas, y el cual fue firmado en Madrid el 19 de julio de 1861, por don Fermín Toro, en representación de Venezuela y por R. Tecco, Embajador de Italia en España, e investidos ambos de la plenipotencia necesaria para la celebración del referido tratado, el cual, en la parte última de su artículo 20 establece: «Los cónsules generales, cónsules y vicecónsules, respectivamente, podrán traducir y legalizar todos los documentos, actos y firmas emanadas de las autoridades y funcionarios de su país; y estas traducciones y legalizaciones tendrán en el país de su residencia la misma fuerza y valor que si se hubiesen hecho por los funcionarios y autoridades locales»"¹³¹

Tal punto de vista fue reiterado el 12 de noviembre de 1958 también siendo ponente el doctor Lorenzo Herrera Mendoza¹³² y el 27 de mayo de 1959, bajo la ponencia del doctor Jonás Barrios:¹³³ a partir de esta última oportunidad, la Corte Suprema

adoptada en dos sentencias del 26 de noviembre de 1957, una siendo ponente el doctor Antonio Planchart Hernández, y en la otra el doctor F. S. Angulo Ariza (GF, 2a, Tomo XVIII, Volumen I, págs. 116-127 y 139-147, respectivamente).

130. GF, 2a, Tomo XXI, Volumen I, pág. 18. El solicitante del exequatur había derivado la competencia del cónsul de Italia en Caracas de sus funciones notariales, atribuidas por la Ley consular del 15 de agosto de 1858, modificada en 1866; del Reglamento de la Ley Consular del 7 de junio de 1866; y del Decreto Real sobre Tarifa Consular del 10 de agosto de 1890.

131. GF, 2a, Tomo XXI, Volumen I, págs. 132-133:

132. GF, 2a, Tomo XXI, Volumen I, págs. 140-141: se repitió el párrafo de la sentencia anterior.

133. GF, 2a, Tomo XXIV, Volumen I, pág. 217. En dicha decisión se lee: "...la Corte declara, que las copias certificadas de textos italianos, expedidas, en su carácter notarial, por funcionarios consulares de Italia acreditados en Venezuela, comprueban en el presente caso que existe la reciprocidad internacional exigida por Venezuela, en lo referente al reconocimiento en Italia de sentencias

de Justicia ha considerado prueba auténtica de la reciprocidad existente en el Derecho italiano, la certificación del texto legal respectivo expedida por el agente consular debidamente acreditado en la República.¹³⁴

36. El segundo de los medios probatorios admitido por la jurisprudencia de nuestro Supremo Tribunal, para la demostración de la reciprocidad existente en el Derecho extranjero, consiste en la certificación de dos abogados en ejercicio en el país de cuya legislación se trate, debidamente legalizada, tal como lo previene el artículo 409 del Código Bustamante.

El análisis de los casos decididos enseña que la mayoría de las veces en las cuales se acude a este medio probatorio, la parte interesada se limita a presentar la declaración de dos abogados, careciendo de trascendencia cuál sea su nacionalidad, siempre y cuando se encuentren en ejercicio en el país de origen de la sentencia extranjera cuyo *exequatur* se solicita.¹³⁵ En algunas ocasiones el peticionario ha acompañado la declaración de tres abogados, en vez de dos,¹³⁶ y de manera prácticamente excepcional puede indicarse cómo, en una oportunidad, nuestro Supremo Tribunal admitió la prueba de la reciprocidad con la declaración de

análogas que se dicten por nuestros tribunales, conforme a lo decidido por esta Corte en su fallo del día 8 del mes de julio de 1958...

134. Dentro de los fallos posteriores que han seguido este criterio pueden mencionarse los de: 4 de octubre de 1960, bajo la ponencia del doctor Jonás Barrios E. (GF, 2a, Tomo XXX, Volumen I, pág. 7); 16 de enero de 1961, siendo ponente el doctor J. M. Padilla (GF, 2a, Tomo XXXI, Volumen I, pág. 19); 4 de julio de 1962, siendo ponente el doctor J. M. Padilla (GO, 26.923, del 13 de agosto de 1962); 20 de mayo de 1964, bajo la ponencia del doctor J. G. Sarmiento Núñez (GO, 27.448, del 25 de mayo de 1964); 14 de enero de 1965, siendo ponente el doctor Saúl Ron (GO, 27.651, del 26 de 1961); y 3 de febrero de 1965, siendo ponente el doctor Jonás Barrios (GO, 27.680, del 3 de marzo de 1965).
135. La sentencia del 25 de mayo de 1954, siendo ponente el doctor Héctor Parra Márquez, admitió como prueba de la reciprocidad existente con el Estado de Florida, Estados Unidos de América del Norte, la declaración de dos abogados, uno de los cuales era "Julián Avelino Arroyo, abogado venezolano, en ejercicio por largos años en los tribunales de Nueva York, y también en Miami, Estado de Florida, ciudad en donde desempeña actualmente el cargo de consultor jurídico en el Consulado General de Venezuela" (GF, 2a, Tomo IV, Volumen I, págs. 100-101).
136. La declaración de tres abogados fue presentada en el proceso decidido el 29 de marzo de 1955, para demostrar la reciprocidad existente con la isla de Puerto Rico, Estados Unidos de Norteamérica (GF, 2a, Tomo VII, Volumen I, pág. 143); y en el juicio resuelto por la sentencia del 3 de abril de 1963 a fin de comprobar la reciprocidad con la República de Panamá (GO, 27.136, del 6 de mayo de 1963).

un solo abogado quien, por lo demás, parecía ser el mismo que había patrocinado a la solicitante en el juicio seguido en el extranjero.¹³⁷

37. Con fecha 15 de febrero de 1957, siendo ponente el doctor Gustavo Manrique Pacanins se exigió que el recaudo contenitivo de la declaración de los abogados debía ser presentado original: el solicitante pretendió demostrar la reciprocidad existente con México mediante copia certificada expedida por la propia Corte Federal de actuaciones que habían ocurrido en otro expediente de **exequatur**, forma probatoria impugnada por la Procuraduría de la Nación —Sección de Personería en lo Judicial. Los argumentos expuestos fueron acogidos por nuestro Supremo Tribunal, agregándose, además, que por tratarse de “un hecho no es admisible según los principios y la doctrina utilizar como prueba las evacuadas en otro proceso”.¹³⁸

137. La posición adoptada en este caso, decidido el 5 de febrero de 1947, se explica por la circunstancia de que la solicitud de **exequatur** fue declarada improcedente por contravenir los ordinales 2º y 3º del artículo 748 del Código de Procedimiento Civil. La parte pertinente de la sentencia, siendo ponente el doctor Luis Loreto, dice como sigue: “Admitiendo como ciertas y probadas las disposiciones de la Legislación del Estado de Nevada a tenor de lo expresado en la declaración jurada del abogado y consejero legal Oliver C. Custer —que parece ser la misma persona que representó en el juicio de divorcio extranjero a la señora Navarro de Freund, solicitante del **exequatur**—, el requisito de la reciprocidad estaría demostrado con documento fehaciente, bien que aquella declaración no es suficientemente explícita en cuanto a la exclusión de toda revisión en el fondo por parte de las autoridades judiciales del Estado de Nevada de las sentencias firmes pronunciadas por los poderes judiciales de Venezuela. Dando fe a esa declaración jurada, la Corte estima probada en debida forma, el requisito de la reciprocidad a que se contrae el artículo citado, y así se declara” (ACFC, 1947, págs. 63-64).

138. GF, 2a, Tomo XV, Volumen I, pág. 87. La parte actora contestó los alegatos de la Procuraduría, según se lee en la parte narrativa de la sentencia, en los términos siguientes: “Esta disposición (el artículo 409 del Código Bustamante) requiere de «certificación» legalizada, no habla de que tal prueba deba evacuarse bajo la forma o solemnidades instrumentales que puedan atribuirse a los justificativos judiciales o a las declaraciones de testigos en juicio. Lo que no exige la ley menos puede exigirlo el intérprete, para el caso el ciudadano Procurador. La copia certificada tomada de un expediente en el cual dichas declaraciones legalizadas fueron apreciadas en la definitiva como medio suficiente para llenar el requisito de la reciprocidad, debe surtir, en consecuencia, los mismos efectos en éstas, máxime si consideramos, en mi opinión, contraria a la del ciudadano Procurador de la Nación, de que, ninguna disposición del Código Bustamante, ni la de nuestro ordenamiento procesal, señalan prescripción para que pueda tomarse como válido el acto efectuado y presentado como prueba” (Id., pág. 89).

La cuestión surgió nuevamente con motivo del juicio decidido el 5 de mayo de 1965, en el cual, "para dar cumplimiento al requisito exigido por el artículo 747 del Código de Procedimiento Civil, la solicitante acompañó a su escrito —según se lee en la narrativa del fallo— copia certificada de documentos que corren insertos en el expediente n° 53.145 de la Corte, en los cuales dos abogados mexicanos en ejercicio, dan fe de que en la República Mexicana se concede ejecución a las sentencias firmes pronunciadas en nuestro país sin entrar a la revisión del fondo de las mismas". Sin embargo, nuestro Supremo Tribunal no examinó la prueba de la reciprocidad, al declarar improcedente la solicitud, por considerarla contraria al orden público en razón de haberse declarado disuelto el vínculo matrimonial por incompatibilidad de caracteres, causal no prevista en nuestra Legislación.¹³⁹

Considerada la actitud de nuestra jurisprudencia relativa a la reciprocidad exigida por el artículo 747 del Código de Procedimiento Civil, y habida cuenta de su posición liberal en esta materia, no parece justificable el criterio sostenido por la Corte Federal en su sentencia de 15 de febrero de 1957: en efecto, basta la certidumbre procesal acerca de la existencia de la reciprocidad en el Derecho extranjero para declarar admisible la petición de *exequatur*, y caso de que surjan dudas acerca de la vigencia actual de las declaraciones de los abogados, traídas en copia certificada, cabe perfectamente el ejercicio del derecho de dictar autos para mejor proveer. Por otra parte, el fundamento esgrimido por la Corte en esa oportunidad, de la asimilación del Derecho extranjero a los elementos de hecho, en su tratamiento procesal, puede considerarse definitivamente superado.¹⁴⁰

38. La validez de la declaración ha sido supeditada a la circunstancia de que el funcionario que la reciba atestigüe y certifique el carácter de abogado de los deponentes, en la sentencia del 18 de enero de 1960, bajo la ponencia del doctor J. C. Leáñez Recao. Dijo la Corte: "... al pie de los documentos emanados a título de certificación de los señores Herrera y Fernández Parrilla sólo existe la certificación del Notario Público Segundo de Colón de que las firmas de los referidos señores son auténticas,

139. GO, 27.739, del 18 de mayo de 1965.

140. La prueba de la reciprocidad, constante en copia certificada de otro expediente tramitado ante nuestro Supremo Tribunal, fue aceptada sin ninguna controversia por la sentencia del 30 de noviembre de 1956 (GF, 2a, Tomo XIV, Volumen I, pág. 201). Acerca de la posibilidad de dictar autos para mejor proveer véase el número 30 de este trabajo; y respecto del tratamiento procesal del Derecho extranjero, los números 28 y 29, con especial referencia a las notas 104 y 107.

pero sin darse fe ninguna de que los conoce ni de su condición de abogados. Por otra parte, la certificación de los señores Herrera y Fernández Parrilla no ha sido otorgada bajo juramento...".¹⁴¹

En esta única oportunidad —y tal vez por la circunstancia de que el *exequatur* fue negado por otros motivos— la Corte Federal exigió, para estimarla como prueba fehaciente, la certificación del funcionario de conocer a los declarantes y de constarle su carácter de abogado, al mismo tiempo de requerir su previo juramento: de esta manera fue admitido, en forma indirecta, el criterio del representante de la nación, quien calificaba el medio probatorio presentado como una especie de prueba testimonial.¹⁴²

39. No obstante, nuestro Supremo Tribunal no parece haber acogido este punto de vista que pretende asimilar a la prueba de testigos la declaración de dos abogados tendiente a demostrar la reciprocidad.

En efecto, han sido varias las oportunidades en las cuales el representante de la nación ha objetado este medio probatorio por considerar las declaraciones "demasiado vagas" y no indicar

141. GF, 2a, Tomo XXVII, Volumen I, pág. 19. Igualmente se advirtió en el fallo que en la declaración de los abogados no se habían transcrito las normas legales pertinentes; y que la sentencia cuyo *exequatur* era solicitado no constaba fuera ejecutoriada.

142. En el Informe del 15 de julio de 1958, dijo la Procuraduría de la Nación: "Así, pues, según este precepto (el artículo 409 del Código Bustamante) es válido internacionalmente el testimonio rendido por dos abogados caso que éstos, en su declaración, expresen el texto del instrumento legal de que se trate, además, declaren, bajo juramento, que dicho texto está en vigencia, y expliquen, en fin, cuál es (según su propio criterio) el sentido del texto legal de referencia. Por lo expuesto se aprecia que de los tres elementos que ha de comprender el testimonio, tiene carácter esencial el primero, ya que determinar el texto del instrumento constituye el objeto principal de la prueba. En el caso analizado, sin embargo, los dos testigos no declararon cuál es el texto legal que se trataba de comprobar, sino que se limitaron a hacer una declaración sobre su concepto personal en cuanto al modo de proceder en la República Federal Alemana con respecto a las sentencias de divorcio emanadas de tribunales venezolanos; mas no han certificado el texto de la ley alemana sobre la materia, ni su vigencia. Es más: ni siquiera han declarado que exista una ley aplicable, por lo que bien pudiera ser que el reconocimiento de los efectos internacionales de las sentencias venezolanas, a que se refieren los declarantes, no proviniese de un texto legal vigente sino que tuviese carácter de norma consuetudinaria o establecida por la Jurisprudencia" (Informe de la Procuraduría de la Nación al Congreso Nacional (1957-1958), Caracas, 1959, pág. 383). Consideraciones idénticas se leen en el Informe del 11 de junio de 1959 (Informe de la Procuraduría de la Nación al Congreso Nacional (1959), Caracas, 1960, pág. 379).

el texto de la ley extranjera que permita afirmar como existente la alegada reciprocidad. Sin embargo, nuestro Supremo Tribunal sólo ha admitido tal planteamiento en la recién mencionada sentencia del 18 de enero de 1960, siendo ponente el doctor J. C. Leáñez Recao: otra de las razones esgrimidas para desestimar la declaración de los ciudadanos Raúl Herrera G. y Pedro Fernández Parrilla, fue la de no incluir "copia textual de los preceptos de la ley panameña que establezcan el hecho de darle a las sentencias extranjeras la misma fuerza que se diere a las sentencias ejecutoriadas de Panamá, respecto de aquellos países en que exista la reciprocidad con esta República".¹⁴³

Decisiones posteriores de la Corte Suprema de Justicia adoptan un criterio distinto frente a este reiterado alegato de la Fiscalía de la Nación:

Con motivo de la solicitud de *exequatur* introducida por la señora Inés Margot Maíz González de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Guanajay, República de Cuba, se presentó, a los fines de comprobar la reciprocidad, copia certificada y legalizada de una declaración jurada de los doctores Juan Morales Rojas y Raúl Gómez-Quintero Ramírez.¹⁴⁴ El Fiscal General de la República impugnó este medio probatorio, por considerar que "tal declaración no satisface el requisito antes mencionado por ser demasiado abstracta, ya que no establece la razón en que fundan sus testimonios, es decir, si la expresada reciprocidad está acordada por un texto legal expreso o si es una regla de derecho consuetudinario o una práctica jurisprudencial, circunstancia necesaria para que pueda ser apreciada la prueba testimonial".¹⁴⁵

En esta oportunidad la Corte Suprema de Justicia, siendo ponente el doctor Joaquín Gabaldón Márquez, en sentencia del 3 de agosto de 1961, se limitó a señalar que tal medio probatorio se encontraba admitido por el artículo 409 del Código Bustamante, no reservado por Venezuela, al mismo tiempo que advirtió la

143. GF, 2a, Tomo XVII, Volumen I, págs. 19-20. La solicitud fue rechazada también por la circunstancia de no constar que la sentencia extranjera fuera ejecutoriada, y por el hecho de que los declarantes no habían prestado juramento, ni constar su condición de abogados.

144. La declaración de los abogados cubanos decía como sigue: "Que saben y les consta que a las sentencias firmes pronunciadas por poderes judiciales de Venezuela, se concede ejecución en la República de Cuba, sin previa revisión de fondo, es decir, que existe la reciprocidad que exige el artículo 747 del Código de Procedimiento Civil vigente en la República de Venezuela" (GF, 2a, Tomo XXXIII, Volumen I, pág. 94).

145. Así se lee en el oficio n° 395 del 6 de febrero de 1961 (GF, 2a, Tomo XXXIII, Volumen I, pág. 95).

posibilidad de dictar de oficio un auto para mejor proveer, caso de haber estimado insuficiente la prueba presentada.¹⁴⁶

La Fiscalía General de la República planteó de nuevo esta cuestión con motivo de la solicitud de *exequatur* hecha por la señora Elsie Hoyce de Cobham, de sentencia dictada por el Supremo Tribunal de Inglaterra, a la cual se había acompañado una declaración de dos abogados, para demostrar la reciprocidad existente en el Derecho inglés: prueba que fue impugnada por considerarla "demasiado abstracta, ya que no establece la razón en que fundan sus testimonios".

Particular interés reviste sobre el particular el criterio adoptado por nuestra Corte Suprema de Justicia, en su sentencia del 17 de mayo de 1962. Siendo ponente el doctor J. M. Padilla afirmó:

"La prueba considerada deficiente por el alto funcionario es la declaración jurada de los abogados Small y Smith Cresswell, profesionales del Derecho que ejercen en la capital de Inglaterra, quienes al referirse al principio de reciprocidad expresan textualmente: «Los tribunales ingleses reconocen como teniendo validez, extraterritorial, cualquier sentencia de divorcio que sea también reconocida como válida por los tribunales del país del domicilio, y aun cuando esos tribunales hayan o no pronunciado la sentencia... y siempre que los tribunales del domicilio reconozcan validez (a los fallos de) los tribunales ingleses». Esta expresión es en realidad un dictamen de dos expertos en el sistema legal inglés, y la circunstancia de que no hayan hecho alusión a la ley que consagra el principio de reciprocidad, puede obedecer a que en Inglaterra predomina el sistema de Derecho consuetudinario. No obstante, en su declaración los abogados manifiestan que en su país se reconoce la validez de cualquier sentencia de divorcio dictada o tenida como válida en el país del domicilio de las partes, siempre que a su vez se reconozca la validez de los fallos ingleses. Considera la Corte que esta declaración explícita de dos expertos en materia de Legislación inglesa, procuradores del Supremo Tribunal de Inglaterra, acredita satisfactoriamente el requisito de reciprocidad previsto en el citado artículo 747 del Código de Procedimiento Civil".¹⁴⁷

De esta manera resulta clara la idea de nuestro Supremo Tribunal en el sentido de que los abogados, al declarar sobre la Legislación vigente en el país de origen de la sentencia, no deben necesariamente indicar cuáles sean los textos legales que acrediten la reciprocidad, aun cuando, por supuesto, nada les impide mencionarlos; pero en este último caso no se requiere transcribir su contenido en la declaración, pues no se trata de demostrar el texto legal sino el contenido del Derecho extranjero.

146. Sobre la facultad de dictar autos para mejor proveer, véase el número 30 de este trabajo.

147. GO, 26.869, del 8 de junio de 1962.

40. En esta misma sentencia del 17 de mayo de 1962 la Corte Suprema de Justicia, siendo ponente el doctor J. M. Padilla, apunta certeramente la naturaleza jurídica de la prueba cuestionada, al afirmar que **la declaración de profesionales de la abogacía constituye una verdadera experticia jurídica**, practicada por dos jurisperitos, acerca del texto y sentido de la ley vigente en el país de origen del fallo, cuya reciprocidad es necesaria por mandato del artículo 747 del Código de Procedimiento Civil.

La interpretación del Supremo Tribunal se coordina fácilmente con el artículo 1.422 del Código Civil, según el cual “siempre que se trate de una comprobación o de una apreciación que exija conocimientos especiales, puede procederse a una experticia”. Y precisamente en el juicio de **exequatur** se trata de establecer el contenido de un Derecho extranjero, que el juez venezolano no está obligado a conocer, y cuya determinación requiere, sin lugar a dudas, de conocimientos especiales.¹⁴⁸

Por otra parte, esta inteligencia permite explicar la facultad que efectivamente ha ejercido nuestro más Alto Tribunal al dictar autos para mejor proveer a fin de que el solicitante del **exequatur** acredite en forma debida la reciprocidad existente en el Derecho extranjero: En efecto, y según lo dispone el or-

148. Tal naturaleza jurídica se encuentra claramente establecida en legislaciones extranjeras, como ocurre en el Código de Procedimiento Civil de Chile, cuyo artículo 411 previene: “Podrá también oírse el informe de peritos:... 2º Sobre puntos de derecho referentes a alguna legislación extranjera” (la cita ha sido tomada de Federico Duncker Biggs, *Derecho Internacional Privado (Parte General)*, Santiago de Chile, 1956, n° 369, págs. 361-362). La Legislación venezolana no contempla expresamente la posibilidad de practicar experticias jurídicas, pero creemos factible interpretarla en un sentido favorable, tanto en lo que respecta al Derecho extranjero, como en relación al Derecho nacional (si se trata de demostrar una costumbre o un uso). Recuérdese, además, el contenido de los artículos 1.426 y 1.427 del Código Civil, que disponen: “Artículo 1.426. Si los tribunales no encontraren en el dictamen de los expertos la claridad suficiente, podrán ordenar de oficio nueva experticia por uno o más expertos, que también nombrarán de oficio, siempre en número impar, los cuales podrán pedir a los anteriores expertos las noticias que juzguen convenientes. Artículo 1.427. Los jueces no están obligados a seguir el dictamen de los expertos, si su convicción se opone a ello”. Tales preceptos serían igualmente aplicables a los casos de determinación de la reciprocidad existente en un Derecho extranjero a través de la declaración de dos abogados en ejercicio en el país respectivo. Son verdaderamente ilustrativas sobre el particular las palabras de Francesco Carnelutti: “... los llamados dictámenes de juriconsultos (presentados en el pleito) no son más que pericias extrajudiciales (de argumento jurídico en vez de técnico)” (*La Prueba Civil*. Traducción de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires, 1955, nota 156, pág. 87).

dinal 4º del artículo 407 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en materia mercantil a tenor del artículo 1.112 del Código de Comercio, terminados los informes o concluida la relación si no hubiere informes y antes del fallo, puede acordarse "que se practique alguna experticia sobre los puntos que fije el tribunal, o se amplíe o aclare la que existiere en autos".¹⁴⁹

Precisamente esta interpretación constituye uno de los aspectos más importantes, desde el punto de vista práctico, a través de los cuales puede apreciarse la amplitud de nuestra jurisprudencia: por admitir la prueba de la reciprocidad mediante la declaración de dos abogados, según lo permite el Código Bustamante, en su artículo 409, y a pesar de las normas expresas de nuestra Legislación Civil que exigen instrumento auténtico y fehaciente.

Y si con Federico Duncker Biggs se advierte que este medio probatorio "tiene un carácter puramente particular o privado, ya que los abogados expiden el certificado que se les solicita como profesionales y sin intervención de ningún organismo oficial",¹⁵⁰ se comprenderá más todavía la actitud liberal de la jurisprudencia venezolana en lo que respecta a la prueba de la reciprocidad.

41. La apreciación de los medios probatorios aportados por el solicitante para demostrar la reciprocidad existente en el Estado sentenciador corresponde al tribunal que conoce del juicio de *exequatur*, a saber, la Corte Suprema de Justicia en la época presente. Esta indudable afirmación se encuentra expresamente en la sentencia del 13 de agosto de 1958, siendo ponente el doctor Lorenzo Herrera Mendoza: luego de estimar comprobada la reciprocidad, en contra del parecer del Procurador de la República, agregó: "Se advierte que la precedente conclusión sólo compete a la Corte Federal, mediante la comparación entre los dos regímenes positivos correspondientes y valiéndose, al efecto, de los elementos auténticos traídos a los autos".¹⁵¹

149. De la misma manera puede ordenarse traer al expediente el texto de la ley extranjera, debidamente certificado y legalizado, con base en el ordinal segundo del mismo artículo 407, según el cual es posible acordar "la presentación de algún instrumento de cuya existencia haya algún dato en el proceso y que se juzgue necesario". Así lo hizo la Corte Federal, por auto de 12 de febrero de 1954, en la solicitud de *exequatur* presentada por Carlos Zugaro.

150. Duncker Biggs, op. cit., n° 370, pág. 363. Sobre el tema apunta Antonio Sánchez de Bustamante: "Abierto este camino a todos desaparecen los inconvenientes que suelen achacársele, no estando además vedado que esa prueba se practique, repita o ratifique con citación e intervención contraria" (*Derecho Internacional Privado*, Tomo III, La Habana, 1943, n° 1.869, pág. 258).

151. GF, 2a, Tomo XXI, Volumen I, pág. 132.

En ejercicio de estas facultades, nuestro Supremo Tribunal, en ciertos casos, ha examinado las circunstancias de hecho que informan la situación resuelta por la sentencia extranjera para coordinarlos con los presupuestos que condicionan la reciprocidad exigida por el artículo 747 del Código de Procedimiento Civil: si estima que no coinciden concluye en la inadmisibilidad de la solicitud.¹⁵²

Por otra parte, han sido numerosas las ocasiones en las cuales, a los fines de declarar demostrada la reciprocidad con el país de origen del fallo, se agregan consideraciones de orden general que responden a la orientación contemporánea de aplicar de oficio el derecho extranjero: tales motivos superabundantes, por sí solos, a nuestro entender, hubieran sido suficientes para estimar satisfecha la exigencia del artículo 747 del Código de Procedimiento Civil.¹⁵³

152. En este sentido puede mencionarse la sentencia del 29 de marzo de 1955, siendo ponente el doctor Ibrahim García, cuyo cuarto considerando lee como sigue: "La justificación de testigos instruida en la Notaría Pública Tercera de esta capital con el propósito de pedir la citación por carteles de la señora Maisie Dorothy Hopkins, y por la cual se ha procurado demostrar que la susodicha dama no se encuentra en Venezuela, si bien satisface cabalmente esta última finalidad, no demuestra en forma alguna que el domicilio del marido esté en el país donde se ventiló el juicio de divorcio, requisito este que, según la certificación de abogados ingleses traída al proceso, es condición *sine qua non* para conceder en Inglaterra el pase a las sentencias dictadas en Venezuela, en homenaje a la "reciprocidad" de los Estados. A lo que se agrega la circunstancia de que a corta distancia de aquel juicio, el propio actor manifiesta en su libelo que él está domiciliado en Caracas" (GF, 2a, Tomo VII, Volumen I, págs. 140-141). Fue advertido también que el fallo extranjero no se encontraba legalizado ni certificado, no constando ni la competencia internacional del tribunal sentenciador, ni la citación del demandado para el juicio.

153. Particular mención debe hacerse en este sentido de un párrafo de la sentencia dictada el 8 de julio de 1958, siendo ponente el doctor Lorenzo Herrera Mendoza, en el cual, luego de declarar demostrada la reciprocidad con los medios probatorios aportados por el solicitante, se dijo: "Por otra parte, es ampliamente conocido en la esfera internacional, el sistema legislativo italiano cuanto al reconocimiento de eficacia y a la ejecución de las sentencias extranjeras" (GF, 2a, Tomo XXI, Volumen I, pág. 18). Este mismo párrafo, luego de estimar probada la reciprocidad con los elementos traídos por el peticionario, fue repetido en las sentencias del 27 de mayo de 1959, siendo ponente el doctor Jonás Barrios (GF, 2a, Tomo XXIV, Volumen I, pág. 90). Dentro de esta orientación cabe también señalar las sentencias contextivas de menciones tendientes a reforzar la declaratoria de existencia de reciprocidad con el país de origen del fallo: en 22 de octubre de 1948, siendo ponente el doctor Lorenzo Herrera Mendoza, dijo nuestro Supremo Tribunal: "...En el caso planteado concurre, asimismo, la condición de reciprocidad establecida en el artículo 747

42. Los medios probatorios útiles para demostrar la reciprocidad existente en el país de origen de la sentencia deben cumplir ciertos requisitos formales: el artículo 749 del Código de Procedimiento Civil, luego de imponer al solicitante del exequatur la carga de la prueba de la reciprocidad, a realizarse en for-

ejusdem, en razón del contenido de los artículos 1.021 y 1.022 del Código de Procedimientos Civiles de Costa Rica y porque ambas Repúblicas están ligadas por los artículos 52 y siguientes de la Convención de Derecho Internacional Privado (Código Bustamante), según cuyo artículo 56: «La separación de cuerpos y el divorcio, obtenidos conforme a los artículos que preceden, surten efectos civiles de acuerdo con la legislación del tribunal que los otorga, en los demás Estados contratantes, salvo lo dispuesto en el artículo 53» (G O, 27.752, del 25 de octubre de 1948); la sentencia del 8 de mayo de 1950, siendo ponente el doctor Rafael Angel Camejo, después de apreciar los textos legales comprobatorios de la reciprocidad, agrega: «De donde se puede inferir, además, que en Venezuela se ha dado cumplimiento a sentencias y disposiciones dictadas en España» (GF, 1a, Tomo V, pág. 19); La decisión del 10 de mayo de 1955, bajo la ponencia del doctor F. S. Angulo Ariza, en su quinto considerando dice: «Que bajo las condiciones antes mencionadas concede el artículo 941 del Código de Procedimiento Civil de Italia fuerza ejecutiva a las sentencias de las autoridades judiciales extranjeras con lo cual, como lo tiene decidido esta Corte en su fallo de 18 de marzo del corriente año, está cumplido el requisito de la reciprocidad exigida por el artículo 747 de nuestro Código de Procedimiento Civil» (GF, 2a, Tomo VIII, Volumen I, pág. 85); en la sentencia del 29 de noviembre de 1955, siendo ponente el doctor Ibrahim García dictada con motivo del exequatur de un fallo del Provisor-Juez Eclesiástico del Arzobispado de Compostela, España, se lee el siguiente párrafo: «La sentencia a que se contrae esta solicitud de exequatur reúne todos los requisitos exigidos por los artículos 747, 748 y 749 del Código de Procedimiento Civil y también se cumplen en ella las prescripciones contenidas en el Código de Derecho Internacional Privado (Código Bustamante), ratificado por Venezuela, y aplicable en la materia por imperativo del artículo 8° del citado Código procesal civil...» (GF, 2a, Tomo X, Volumen I, pág. 107: sobre la vigencia del Código Bustamante en Venezuela, a este respecto, véase el número 14 de este trabajo); en 8 de julio de 1958, antes citada, bajo la ponencia del doctor Lorenzo Herrera Mendoza, luego de declarar comprobada la reciprocidad con Italia, se agregó también: «...tanto más cuanto que no ha sido el Poder Judicial italiano el que ha separado a estos cónyuges; se separaron ellos mismos, por sus propias y mutuas voluntades, sin oposición del tribunal respectivo, el cual se limitó a homologar lo resuelto por los interesados, dejando de ello la debida constancia oficial» (GF, 2a, Tomo XXI, Volumen I, pág. 18); y el párrafo del fallo del 6 de noviembre de 1958, siendo ponente el mismo doctor Lorenzo Herrera Mendoza, que dice así: «... cualquiera omisión o deficiencia que existiere en aquella certificación (de abogados alemanes), estaría ampliamente subsanada con las diversas citas oficiales contenidas en aquel fallo del Poder Judicial alemán, respecto del Derecho civil de uno y de otro país y sobre sus respectivos sistemas de Derecho Internacional Privado» (GF, 2a, Tomo XXII, Volumen I, pág. 127).

ma auténtica y fehaciente, dispone que el instrumento respectivo debe encontrarse "legalizado por autoridad competente". Resulta, pues, indiscutible, ante el claro texto del precepto, que el documento correspondiente requiere estar suscrito por el respectivo funcionario del país extranjero, y su firma "legalizada por los demás oficiales públicos llamados a hacerlo, y por el respectivo cónsul venezolano del lugar de donde venga".¹⁵⁴

No debe extrañar, por tanto, que se haya estimado inútil la prueba ofrecida por el solicitante, cuando no se cumplen los requisitos formales de legalización: así ocurrió en la sentencia del 6 de marzo de 1956, siendo ponente el doctor Gustavo Manrique Pacanins. Dijo entonces nuestro Supremo Tribunal:

"En el caso de autos el solicitante ha presentado con ese fin (de probar la reciprocidad) dos pequeñas hojas de papel con respectivos membretes y texto en francés, traducidos al idioma español por intérprete jurado. Esos documentos tienen al dorso un sello que dice "Visto" y firmado por el cónsul general de Venezuela en París, cuya firma legaliza el Director de Consulados del Ministerio de Relaciones Exteriores en esta ciudad de Caracas. En concepto de la Corte los mencionados documentos no revisten el carácter de fehacientes que la ley exige y carecen de todo mérito probatorio desde luego que ni siquiera las firmas que los autorizan han sido legalizadas. Ningún valor legal a ese efecto tiene el simple "Visto en este Consulado" que suscribe el cónsul general de Venezuela en París, cuya función a los efectos de la legalización se limita a dar fe del funcionario francés a quien corresponda declarar que conoce la firma de quien suscribe el documento".¹⁵⁵

En algunas ocasiones el representante de los intereses públicos ha objetado los documentos traídos por el solicitante del **exequatur** por cuanto no habían sido legalizadas por la Cancillería las firmas de nuestros representantes consulares en el exterior: este planteamiento, sin embargo, no ha tenido éxito.

Ya en sentencia del 29 de noviembre de 1955, siendo ponente el doctor Ibrahim García, la Corte Federal afirmó:

"La circunstancia de no aparecer legalizadas por la Cancillería de Venezuela las firmas del cónsul general de Venezuela en La Habana, en los actos relativos a la certificación de las firmas de los funcionarios cubanos por parte del expresado funcionario venezolano, no le quita valor a la autenticidad de los documentos presentados en tal forma, pues ninguna disposición legal exige que las firmas de los funcionarios diplomáticos o consulares del país deben ser legalizadas por la Cancillería para poder surtir efecto en Venezuela los actos respectivos, pues la verdad es que conforme a nuestra Legislación, los cónsules ejercitan funciones notariales, como se evidencia del contenido del artículo 85 del Código Civil, según el cual los cónsules se equiparan a los registradores en función de tanta significa-

154. Feo, op. cit., Tomo III, pág. 211.

155. GF, 2a, Tomo XI, Volumen I, págs. 76-77.

ción como la de la celebración del matrimonio, sin que sea menester el cumplimiento de ningún otro requisito".¹⁵⁶

A pesar de esta declaratoria el argumento fue reiterado por la Procuraduría de la Nación en oportunidades posteriores.

La Corte Federal rechazó nuevamente el planteamiento en fallos del 13 de agosto de 1958¹⁵⁷ y 6 de noviembre de 1958,¹⁵⁸ siendo ponente en ambos el doctor Lorenzo Herrera Mendoza, con referencia expresa a un "Aviso" ordenado publicar por la Cancillería en la *Gaceta Oficial*.¹⁵⁹

Por otra parte, resulta indudable que la legalización de la firma de los funcionarios del país de origen de la sentencia debe efectuarse por aquellas autoridades que ejerzan la representación de los intereses venezolanos en la respectiva nación, bien cuando falte agente acreditado,¹⁶⁰ bien cuando se hubieren interrumpido las relaciones diplomáticas.¹⁶¹

156. GF, 2a, Tomo X, Volumen I, pág. 97. Según el ordinal 30 del artículo 22 de la Ley Orgánica de Servicio Consular del 12 de agosto de 1938, corresponde a los Cónsules venezolanos: "Legalizar las firmas de las autoridades locales cuando lo exijan los interesados".

157. GF, 2a, Tomo XXI, Volumen I, pág. 130.

158. GF, 2a, Tomo XXII, Volumen I, pág. 128.

159. El "Aviso" mencionado en las sentencias, apareció en la *Gaceta Oficial* número 25.719, correspondiente al 29 de julio de 1958, y dice como sigue: "República de Venezuela. Ministerio de Relaciones Exteriores. Dirección de Consulados. Caracas, 30 de julio de 1958. 149 y 100. Aviso Oficial: De conformidad con las disposiciones contenidas en el numeral catorce del artículo 19 del Estatuto de Ministerios vigente, se hace del conocimiento de las personas interesadas que la intervención del Despacho de Relaciones Exteriores en materia de legalización de firmas, sólo se produce respecto de las firmas de los demás Ministerios del Despacho en documentos otorgados en Venezuela para surtir efectos en el exterior o respecto de las firmas de los funcionarios extranjeros en Venezuela cuando se trate de documentos que deban producir efectos en la República. Por lo tanto, el Ministerio de Relaciones Exteriores se abstendrá, a partir de esta fecha, de legalizar las firmas de los funcionarios diplomáticos y consulares de la República, por cuanto esas firmas son auténticas en todo el territorio nacional y no necesitan legalización alguna para surtir sus efectos legales en Venezuela. Los derechos consulares y de otro orden que la ley disponga, deben ser satisfechos en timbres fiscales antes de la presentación del documento al funcionario autorizado. El Director".

160. Así se indica en el fallo de 19 de diciembre de 1963, bajo la ponencia del doctor Saúl Ron: "Y, finalmente, que la copia del dicho fallo está certificada por los funcionarios competentes del reino de Grecia y debidamente legalizada por las autoridades diplomáticas que ejercen la representación de los intereses venezolanos en dicho país, encontrándose así cumplidas las formalidades para que tenga fe pública en Venezuela" (GF, 27.351, del 22 de enero de 1964).

161. En este sentido, la decisión del 20 de marzo de 1963, siendo po-

Finalmente debe tenerse presente la previsión del artículo 753 del Código de Procedimiento Civil, que dispone: "Si los instrumentos presentados estuvieren en idioma extranjero se mandarán traducir por intérprete jurado". Este precepto constituye consecuencia lógica y natural de haberse declarado el castellano idioma oficial de Venezuela:¹⁶² en tal caso corresponde al solicitante pedir en el juicio de *exequatur* que se ordene la respectiva traducción, pero también debe considerarse satisfecha la exigencia si han sido acompañados los documentos debidamente traducidos por intérprete público.¹⁶³ Sin embargo, y como señala el doctor Ramón F. Feo, en esta última hipótesis no basta acompañar la traducción al castellano del instrumento, sino que es preciso presentar la copia auténtica en el idioma original, pues "los magistrados a quienes se pide la ejecutoria y la misma parte contraria tienen derecho de examinar si la traducción es o no fiel y correcta".¹⁶⁴

nente el doctor Saúl Ron: "Y, finalmente, que la copia de dicho fallo está certificada por los funcionarios competentes de la República de Cuba y debidamente legalizada por las autoridades diplomáticas mexicanas, quienes ejercen la representación de los intereses venezolanos en dicho país, cumpliéndose así las formalidades para que tenga fe pública en Venezuela" (GO, 27.125, del 22 de abril de 1963); y en el fallo del 11 de noviembre de 1963, bajo la ponencia del doctor Alejandro M. Osorio, que admitió la prueba de la reciprocidad a través de la declaración de dos abogados, debidamente legalizada "ante la Embajada de México, encargada de los asuntos de Venezuela en Cuba" (GO, 27.302, del 22 de noviembre de 1963).

162. Artículo 6º de la Constitución Nacional; artículo 13 del Código Civil.

163. El cónsul venezolano, a menos que sea también intérprete público, no está autorizado para efectuar la traducción, pues sus facultades como tal se limitan a legalizar las firmas de los funcionarios extranjeros. En lo que respecta a los Agentes extranjeros acreditados en la República sólo convencionalmente se les ha reconocido la facultad de efectuar traducciones. Así ocurre en el Tratado de Amistad, Comercio y Navegación, suscrito en Madrid el 19 de junio de 1861 entre Venezuela e Italia, cuyo artículo 20, en su último párrafo, dispuso: "Los Cónsules Generales, Cónsules y Vicecónsules respectivos podrán traducir y legalizar todos los documentos, actos y firmas emanados de las autoridades y funcionarios de su país; y estas traducciones y legalizaciones tendrán en el país de su residencia la misma fuerza y valor que si se hubiesen hecho por los funcionarios y autoridades locales" (TPAIV, Tomo I, Caracas, 1951, pág. 258). Precepto este aplicable a otros Países con quienes se hubiere convenido la cláusula de la Nación más favorecida.

164. Feo, *op. cit.*, Tomo III, pág. 211. Igualmente se pregunta el doctor Feo, refiriéndose al instrumento contentivo del fallo: "¿Podrá la parte pedir ante el tribunal extranjero que expide la copia, que se haga allí la versión, y que sea ésta la que se le dé para exhibir aquí? Dependerá de la ley de aquel país, y no dudamos

B I B L I O G R A F I A

- Abzueta, Delicio: *Ejecución de actos de autoridades extranjeras. La ley venezolana podría ser más liberal*, Caracas, 1904.
- Acosta, Cecilio: *Estudios de Derecho Internacional*, en *Obras*, Tomo I, Caracas, 1908.
- Acosta, Julio César y Morris Sierralta: *De los requisitos necesarios en el otorgamiento de poderes ante autoridades extranjeras*, Caracas, 1961.
- Acosta Oropeza, Pedro: *La autoridad de las sentencias extranjeras en la Legislación procesal venezolana*, Caracas, 1925.
- Arcaya, Pedro Manuel: "Proyecto de Ley de Aplicación del Derecho Internacional Privado", en *Gaceta Jurídica* (1912-1914).
- Bar, Ludwig von: *Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts*, Tomo II, Hannover, 1889.
- Bonnemaison W., José Luis: "La aplicación judicial del derecho material extranjero", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Carabobo*, 1963.
- Borjas, Arminio: *Comentarios al Código de Procedimiento Civil Venezolano*, Caracas, 1924.
- Brewer Carías, Allan Randolph: "Consideraciones sobre la distinción entre documento público o auténtico, documento privado reconocido y autenticado y documento registrado", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela*, Tomo 23, 1962.
- Bustamante, Antonio Sánchez de: *Derecho Internacional Privado*, La Habana, 1943.
- Carnelutti, Francesco: *La prueba Civil*, traducción de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires, 1955.
- Cuenca, Humberto: *La Casación Civil*, Tomo I, Caracas, 1962.
- De Nova, Rodolfo: "Current Developments of Private International Law" en *The American Journal of Comparative Law*, Volumen XII, 1964.
- Duncker Biggs, Federico: *Derecho Internacional Privado (parte general)*, Santiago de Chile, 1956.
- Esteves, Temístocles: *Efectos internacionales de las sentencias en materia civil*, Caracas, 1904.
- Feo, Ramón F.: *Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil Venezolano*, Caracas, 1904-1907.
- García Chuecos, Héctor: *Derecho Internacional Privado Venezolano. Notas para una exposición de sus principios*, Caracas, 1932.
- Goldschmidt, Werner: *Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado*, Tomo III, Buenos Aires, 1954.
- Goldschmidt, Werner: "Avances de la extraterritorialidad de la ley en el pensamiento jurídico iberoamericano", en *Revista Española de Derecho Internacional*, 1964.
- Goldschmidt, Werner: "El Proyecto Venezolano de Derecho Internacional Privado", en *Revista del Ministerio de Justicia*, 1964.

que así pueda hacerse; pero no llenará la parte la exigencia de nuestra disposición legal trayendo sólo la traducción, sino que deberá acompañar copia auténtica de la sentencia misma en el idioma en que fue escrita".

- Herrera Mendoza, Lorenzo: "Fundamento de la eficacia extraterritorial de leyes y sentencias", en *Estudios sobre Derecho Internacional Privado y temas conexos*, Caracas, 1960.
- Herrera Mendoza, Lorenzo: "La Escuela Estatutaria en Venezuela y su evolución hacia la Territorialidad", en *Estudios sobre Derecho Internacional Privado y temas conexos*, Caracas, 1960.
- Herrera Mendoza, Lorenzo: "La misión del juez en la aplicación de la ley extranjera", en *Estudios sobre Derecho Internacional Privado y temas conexos*, Caracas, 1960.
- Herrera Mendoza, Lorenzo: "Nociones Preliminares sobre Extraterritorialidad de Leyes y Sentencias", en *Estudios sobre Derecho Internacional Privado y temas conexos*, Caracas, 1960.
- Informe de la Procuraduría de la Nación al Congreso Nacional.**
- Itriago Chacín, Pedro: *Esbozos Literarios y Jurídicos*, Caracas, 1934.
- Loreto, Luis: "Sentencia extranjera de divorcio y solicitud de exequatur", en *Cultura Jurídica*, 1943.
- Loreto, Luis: "La sentencia extranjera en el sistema venezolano del exequatur", en *Studia Iuridica*, Volumen I, Caracas, 1957.
- Martineau Plaz, Eleazar: "Cooperación internacional en materia de Procedimiento Civil", en *Ponencias venezolanas para el VI Congreso Internacional de Derecho Comparado*. Hamburgo, 1962, Caracas, 1962.
- Moncada, Luis Eduardo: *Eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras*, Caracas, 1938.
- Muci Abraham, hijo, José: "Conflicto de Leyes y Juicio de Exequatur", en *Studia Iuridica*, Volumen I, Caracas, 1957.
- Muci Abraham, hijo, José: "La prueba de la ley extranjera en el Derecho venezolano. Medios probatorios y oportunidad", en *Boletín de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela*, Caracas, 1952.
- Muñoz Rueda, J. E.: *Extraterritorialidad de las Sentencias (Derecho Positivo Hispanoamericano)*, Caracas, 1904.
- Niboyet, J. P.: "La notion de réciprocité dans les Traités diplomatiques de Droit international privé", en *Recueil des Cours*, Tomo 52, 1935.
- Padrino, Luis: *El Recurso de Casación Civil en la Casación Venezolana*, 1964.
- Parra Aranguren, Gonzalo: "Prueba de la capacidad matrimonial del extranjero en Venezuela", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello*, 1965.
- Pérez, José Eugenio: *Prontuario de Casación Civil*, Caracas, 1923.
- Pietri, Alejandro: "La Casación venezolana es competente para conocer de la violación de la Ley extranjera", en *Revista de Derecho y Legislación*, Tomo XX.
- Proyecto de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado (1963-1965).**
- Raape, Leo: *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz*, Tomo VI, Munich-Berlin-Leipzig, 1930.
- Rendón, Carlos E.: *Aplicación, prueba y recurso de casación de la ley extranjera*, Caracas, 1934.
- Riezler, Erwin: *Internationales Zivil Prozessrecht und Prozessuales Fremdenrecht*, Tübingen, 1949.

- Rivas, Angel César: "De la observancia de la ley extranjera y su garantía", en *Anales de la Universidad Central de Venezuela*, 1906.
- Rodríguez, Orángel: *Teoría crítica de las bases del Derecho Internacional Privado*, Caracas, 1917.
- Rosenberg, Leo: *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, Munich-Berlin, 1959.
- Salazar Salazar, Luis Beltrán: *Recurso de Casación en materia de Derecho Internacional Privado*, Caracas, 1956.
- Sánchez Covisa-Hernando, Joaquín: *La Eficacia de las Sentencias Extranjeras de Divorcio*, Caracas, 1956.
- Sánchez Covisa-Hernando, Joaquín: "Anotaciones sobre la Competencia Procesal Internacional Indirecta", en *Studia Iuridica*, Caracas, 1957, Volumen I.
- Sánchez Covisa-Hernando, Joaquín: "La Función de la Declaración de Eficacia (Exequatur) y los Efectos de las Sentencias Extranjeras de Divorcio", en *Ponencias Venezolanas para el V Congreso Internacional de Derecho comparado*. Bruselas, 1958, Caracas, 1958.
- Sanojo, Luis: *Exposición del Código de Procedimiento Civil Venezolano con su texto*, Caracas, 1873.
- Sanojo, Luis: *Instituciones de Derecho Civil Venezolano*, Tomo I, Caracas, 1873.
- Seijas, Rafael Fernando: *El Derecho Internacional Hispanoamericano (Público y Privado)*, Tomo I, Caracas, 1884.
- Sierraalta, Morris y Julio César Acosta: *De los requisitos necesarios en el otorgamiento de poderes ante autoridades extranjeras*, Caracas, 1961.
- Troconis Rodríguez, Luis E.: *La prueba de la ley extranjera*, Caracas, 1954.
- Wieczorek, Bernhard: *Zivilprozessordnung und Nebengesetze auf Grund der Rechtsprechung*, Tomo II, Parte I, Berlín, 1957.

NOTAS SOBRE LOS ORIGENES HISTÓRICOS DE LA EJECUCION SINGULAR Y DE LA QUIEBRA

Por el

Dr. HERNAN GIMENEZ ANZOLA

SUMARIO: I. INTRODUCCION. 1. Nociones generales. 2. Antigüedad. II. EJECUCION SINGULAR. Mesopotamia. 3. Leyes de Esnunna. 4. Derecho babilonio. III. EJECUCION SINGULAR. Hebreos. 5. Sagrada Biblia. IV. EJECUCION SINGULAR. Indígenas Sudamericanos. 6. Aztecas, incas, mayas y mwiskas. V. EJECUCION SINGULAR. Roma. 7. Introducción. 8. Antecedentes romanos antiguos. 9. Actio per manus injectionem. 10. Pignoris capio-ley Poetelia Papiria. VI. EJECUCION COLECTIVA. Derecho Romano Clásico. 11. La Bonorum Venditio. Missio in possessionem. 12. Bonorum distractio. 13. Cessio bonorum. VII. EVOLUCION DE LAS IDEAS ROMANAS DURANTE LAS EDADES MEDIA Y MODERNA. 14. Italia. 15. España. 15 bis. La doctrina en España. 16. Francia. 17. Bélgica. 18. Inglaterra. 19. Alemania. 19 bis. Origen del concurso. 20. Venezuela. 20 bis. Legislación Procesal Civil y Mercantil de la época grancolombiana. 20ter. Leyes y Códigos de la República de Venezuela. 21. La doctrina en Venezuela.

I

INTRODUCCION

1. Nociones generales

Es de presumir que en toda época, en la cual hayan existido regulaciones jurídicas y una cierta organización social, se han presentado problemas para solucionar el incumplimiento de las obligaciones a cargo de los deudores. También es de pensar que si el deudor tenía varios acreedores y sus bienes no bastaban para satisfacerlos a todos, han debido existir, siquiera rudimentariamente previsiones legales que contemplaran ese supuesto.

La historia de la quiebra, en tanto ésta no es sino un medio de ejecución contra el deudor insolvente, se confunde un poco

con el desarrollo de los medios ejecutivos contra los deudores en general.¹

A grandes rasgos, la ejecución del deudor y los medios utilizados por el acreedor para lograr el cumplimiento de la obligación de aquél, pueden sintetizarse históricamente así:

a) Inicialmente, y a diferencia de lo que sucedía con los derechos reales, el cumplimiento de las obligaciones dependía de la voluntad del deudor. No se concibe prescindir de la cooperación de dicha voluntad para lograr la satisfacción de la acreencia. Por lo tanto los medios de ejecución tienden, en caso de necesidad, a coaccionar la voluntad del deudor para que éste se vea forzado a cumplir. Dicha coacción se logra con la amenaza de cárcel, destierro, o esclavitud. En esta etapa, el incumplimiento casi constituye un delito o una ofensa y el acreedor o su grupo gentilicio reaccionan contra dicha ofensa principalmente con los medios apuntados. Nace así la prisión por deudas.

La sujeción personal del deudor al acreedor se hace inicialmente por la voluntad privada del acreedor. Posteriormente se requiere la intervención de algún órgano público. Indudable es que al ser reducido el deudor a la esclavitud todo su patrimonio pasa a la disposición del acreedor porque, como esclavo que era, no podía tener propiedad de especie alguna. La utilización del tribunal contra el deudor y la aprehensión de sus bienes servían normalmente de acicate para que el deudor, si podía, cumpliera.

b) El siguiente paso en la evolución se refiere a la aprehensión privada o pública de los bienes del deudor por parte del acreedor. En caso de incumplimiento se aprehendía la totalidad del patrimonio sin tomar en cuenta la posibilidad de que sólo parte del mismo pudiera ser suficiente para satisfacción del crédito. Históricamente, la ejecución colectiva privada apareció primero que la ejecución singular, lo cual puede parecer, hoy día, un tanto extraño.

Como puede observarse, esta toma de posesión de la totalidad del patrimonio del deudor servía también como medio de coaccionar la voluntad del mismo para que éste cumpliera.

c) Un paso posterior se inicia al establecerse la idea de que lo trascendente para el acreedor no es el hecho propio del

1. Sobre el particular dice Alfredo Rocco (*Il Fallimento, Teoria Generale e Origine Storica*, p. 121, Milán, 1962), refiriéndose al derecho romano, que una disciplina jurídica especial de la insolvencia presupone condiciones avanzadas de civilización, un amplio desarrollo del crédito y formas jurídicas perfeccionadas siendo, por lo tanto, natural que en el derecho romano faltasen por largo tiempo normas particulares para la quiebra y que, también, la historia del derecho de quiebra se confunda con la de las normas relativas al cumplimiento de las obligaciones.

cumplimiento por parte del deudor, sino la obtención del equivalente a dicho cumplimiento. Es decir, la obtención de bienes cuyo valor coincida con el monto del crédito. Comienza a desarrollarse la ejecución sobre parte del patrimonio y durante largo tiempo la misma coexiste paralelamente con la colectiva. Sólo después de larga evolución se acude exclusivamente a la ejecución parcial, cuando los bienes aprehendidos resultan suficientes para la satisfacción por equivalente del acreedor. Deja así de ser la ejecución un medio de forzar la voluntad del deudor. No importa que éste no cumpla siempre y cuando el acreedor pueda obtener con la aprehensión y venta de determinados bienes del deudor, el equivalente de la prestación por éste debida.

d) Así las cosas, vuelve a aparecer la ejecución sobre la totalidad del patrimonio, pero ya no en beneficio de un acreedor sino en provecho de la pluralidad de los mismos, cuando por diversos sucesos (fuga, ocultamiento, confesión de insolvencia, rotura del banco en la plaza del mercado, cesación de pagos, etc.), había lugar a presumir que la totalidad de dicho patrimonio era o debía ser insuficiente o impotente para extinguir todas las deudas. Lo anteriormente dicho no implicaba que en caso de necesidad y aun cuando el acreedor fuera uno solo, se acudiese al embargo general del patrimonio del deudor cuando la cuantía del crédito así lo requiriera.

Bueno es destacar que no existe en la historia una absoluta separación en las etapas antes mencionadas. En determinadas épocas, las mismas coexisten y sólo mediante una larga evolución, que culmina en la Edad Media y en diversos países sometidos a la influencia de la legislación romana y de las costumbres de los invasores bárbaros, adquiere particular significación y neta separación la ejecución colectiva hecha en provecho de todos los acreedores y sobre la totalidad del patrimonio del deudor, en aquellos casos en que se podía establecer una crisis de impotencia patrimonial general que legitimaba la apertura del concurso.²

Sintetizada así la evolución de los medios de ejecución, resulta de interés referirse concretamente y en líneas generales a dichos sistemas en la Antigüedad y las edades Media y Moderna.

2. Antigüedad

No se conocen datos precisos sobre ejecuciones colectivas y menos sobre quiebra en los pueblos que se desarrollaron entre

2. No bastaba el incumplimiento por sí solo, pues éste hacía procedente la ejecución singular. Pero el o los incumplimientos servían (y sirven todavía hoy), de indicios para hacer presumir la crisis económica general.

el Tigris y el Eufrates, así como tampoco en Egipto, India, Palestina. Por consiguiente, con anterioridad a Roma y según las investigaciones históricas **actuales**, no hay que ir en busca de antecedentes **directamente** relacionados con la ejecución colectiva con base a insolvencia del deudor común.³

La ejecución singular, en cambio, tiene antecedentes que hacen sospechar la posible existencia de previsiones legales, tal vez rudimentarias, para el caso de insolvencia. Para fines de sistematización se hará breve alusión a dichas formas de ejecución separadamente.

II

EJECUCION SINGULAR MESOPOTAMIA

3. Leyes de Esnunna

Esnunna fue un principado independiente, capital del país Warum, situado en la Mesopotamia, al lado de un afluente del Tigris. Sus habitantes eran de raza acadia y su lenguaje muy parecido al de los babilonios. En las excavaciones comenzadas en 1935 en Tell Harmal, al sur de Bagdad, fueron localizadas dos tablillas, la última en 1947, las cuales se estiman anteriores al Código de Hammurabi, tenido —este último—, como escrito entre 1728-1686, antes de Cristo.⁴ Dichas leyes constan de 59 partes o artículos, según la ordenación de Szlechter, y regulan materias diversas, como las diferentes clases sociales: ciudadanos (**awilum**), esclavos (**wardum**) y súbditos o habitantes no ciudadanos (**mushkenum**); el derecho matrimonial, régimen económico, regulación de precios y salarios, préstamo, interés, depósito, compraventa, alquiler, retención y aspectos penales diversos. Innecesario es decir que las mismas leyes tienen mucha semejanza con las leyes de Hammurabi y que su traducción, en ciertos casos, es objeto de disentimientos.

A la materia de la ejecución singular se refieren concretamente los artículos 6 y 22 a 25. En los mismos se prevén los “embargos” (tomar cuasi en prenda o rehén la cosa, el esclavo, el hijo e incluso la esposa), hechos ilegalmente por no tener

3. Carpentier y Frerejouan Du Saint: *Répertoire Général Alphabétique du Droit Français*, XXII, p. 231, n° 13, París, 1924.

4. Véanse C. V. Ceram: *El misterio de los hititas*, p. 144, 3ª ed., Barcelona, 1958, y Emile Szlechter: *Les lois d'Esnunna, transcription, traduction et commentaire*, pp. 5 y 9, nota 33, París, 1954, de quien he tomado las informaciones sobre dichas leyes. Este no comparte la tesis de la anterioridad, pues considera más avanzadas las regulaciones de dichas leyes respecto al Código de Hammurabi.

crédito existente contra el deudor perjudicado por el "embargo", o por no haber requerido la intervención del funcionario (¿ juez?) competente para la verificación del acto y castiga con penas pecuniarias y también de muerte al embargante sin derecho.⁵

No existe en dichas leyes ninguna previsión para la quiebra ni siquiera en forma lejana o indirecta. Las ejecuciones o embargos se hacían con o sin la intervención de una autoridad, pero en presencia o con la participación del deudor.⁶ No obstante, al igual que en el sistema aludido por las leyes bíblicas (**Deuteronomio**, XVI, 18-22, XVII, 8-13, XXV, 1-4), no es dudoso

5. El texto de dichos artículos es el siguiente:

"Art. 6: Si un ciudadano embarga «de manera ilegal» (?) un navío que no le pertenece, debe pagar 10 siclos de plata".

"Art. 22: Si un ciudadano que no tiene la menor acreencia contra otro ciudadano conserva no obstante como prenda el esclavo de ese ciudadano, el propietario del esclavo prestará juramento delante de Dios «Tú no tienes la menor acreencia contra mí», entonces el detentador del esclavo deberá pagar el dinero correspondiente al valor de éste".

"Art. 23: Si un ciudadano que no tiene la menor acreencia contra otro ciudadano conserva no obstante como prenda el esclavo de este ciudadano y origina la muerte del esclavo que retiene en su casa, debe indemnizar al dueño del esclavo con el valor de dos esclavos".

"Art. 24: Si un ciudadano que no tiene la menor acreencia contra un no ciudadano conserva no obstante como prenda la mujer o el hijo del no ciudadano y origina la muerte de la prenda que conserva en su casa, trátase de un asunto judicial de vida; el acreedor prendario que ha tomado la prenda deberá morir".

"Art. 25: Si un ciudadano intenta una acción contra la casa de su suegro porque éste lo ha ofendido entregando su hija a otra persona, el padre de la hija debe devolver el doble del precio que haya recibido del ciudadano".

Véase Szlechter, *ob. cit.*, pp. 15, 21 y 22. Nótese que las *Tablettes juridiques de la première dynastie de Babylone* conservées au Musée d'Art et d'Histoire de Genève, traducidas al francés y comentadas por Emile Szlechter (dos volúmenes, París, 1958), no contienen disposiciones sobre ejecución individual o colectiva, si bien informan sobre otros muchos aspectos del ordenamiento jurídico de la época, (2067-2025 antes de Cristo). Tampoco las *Tablettes juridiques et administratives de la IIIe dynastie d'Ur et de la Ire dynastie de Babylone*, existentes en varios museos y traducidas y comentadas por el mismo Szlechter (dos volúmenes, París, 1963). Cfr.: Edouard Cuq, *Etudes sur le droit babylonien, les lois assyriennes et les lois hittites*, p. 1, París, 1929.

6. Szlechter, *ob. cit.*, pp. 125 y ss., no se refiere a la intervención de autoridad alguna, sino a la simple presencia o participación del deudor, lo cual debería interpretarse como notificación para que éste pudiera ejercer los reclamos pertinentes, indudablemente ante los funcionarios del rey (*sharrum, ensi*). En cambio, en la *pignoris capio* romana, muy posterior en fecha, se "permitía al acreedor embargar los bienes del deudor sin intervención del tribunal y aun a espaldas de éste (deudor, tribunal, ?) por la propia mano de aquél". H. Cuenca: *Proceso Civil Romano*, p. 110, Buenos Aires, 1957.

que existiesen tribunales organizados. Las leyes de Esnunna son anteriores al **Exodo**, siglo IX antes de Cristo, y al **Deuteronomio**, siglo VI antes de Cristo. No obstante la posterioridad de éstos, sus regulaciones son, en algunos aspectos, menos evolucionadas y más severas (compárense **Exodo**, XXII, 29, con los artículos 54 a 57 de Esnunna). Por consiguiente, es de imaginar que también las últimas organizaron jueces, además de las denominadas "autoridades de la puerta".⁷

Las leyes sumerias (Código de Ur-Nammu, Código de Lipit-Ishtar), así como las asirias, no contienen tampoco disposiciones relacionadas con la ejecución colectiva. Ambos cuerpos de leyes son menos completos que el Código de Hammurabi y también anteriores al mismo.⁸

Tampoco las leyes hititas aluden a ejecuciones diferentes a la personal y singular.⁹

4. Derecho babilonio

Ni el Código de Hammurabi,¹⁰ conjunto de leyes dictadas por el sexto rey de la primera dinastía de Babilonia, ni las otras disposiciones legales que hasta la fecha se han descubierto,¹¹ contienen disposiciones sobre ejecuciones colectivas similares a las leyes romanas.¹² Sólo existen previsiones para regular la ejecución individual tanto sobre la persona como sobre bienes particulares.

7. Puerta del templo, según Cuq, ob. cit., p. 345; Deuteronomio, XXV, 7.
8. C. W. Ceram: **Dioses, Tumbas y Sabios...**, p. 276, 4ª ed., Barcelona, 1956. Sobre el Código de Hammurabi dice (p. 285): "El Estado, y esto es lo «más moderno» del Código esculpido en la estela de Susa, sustituye al individuo como poder encargado de administrar justicia, el único «vengador» legal".
9. Estas leyes datan del reinado de Telebino, 1525-1500 antes de Cristo. Se inspiran en las anteriores, especialmente en las de Hammurabi, pero los castigos son más benignos y "contienen además, tales innovaciones jurídicas que causan admiración". W. C. Ceram, **Dioses...**, p. 124.
10. Mirande: **Le Code de Hammourabi et ses origines, aperçu sommaire du droit caldeen**, París, 1913. Es indudable que el Código tenía numerosas disposiciones relativas al derecho comercial y a actos (considerados hoy) mercantiles. Véanse arts.: 100-108, 120-125, 239, 240, 275-277. Paul Rehme, **Historia Universal del Derecho Mercantil**, p. 42-47, Madrid, 1941.
11. Koudorroux (hitos; grandes guijarros ovoides depositados en el Museo del Louvre y el Museo Británico); fragmentos de Susa y Nipur; la tablilla de Uruk; las tablillas de Kerkouk; las leyes asirias e hititas.
12. El Código de Hammurabi contiene disposiciones análogas a los artículos 22 a 24 de las Leyes de Esnunna. En efecto, los artículos 113 a 119 de Hammurabi regulan también los embargos legales, ar-

a) **Sabatu**

Como procedimiento parecido, ya que no igual, a la *manus iniectio* romana y posiblemente muy anterior al mismo, existía el **sabatu** mediante el cual el actor comunica al demandado su pretensión. Este no podía sustraerse del apremio sino acudiendo a los jueces, quienes si no había arreglo extrajudicial después de conocer sumariamente el problema autorizaban o negaban la apertura de la instancia para que realmente comenzara el proceso. Esta especie de embargo o aprehensión de la persona para llevarla ante la justicia era, por lo tanto, puramente formal. De ahí su diferencia con el procedimiento romano.

b) **Paqaru**

Su efecto y naturaleza era igual al **sabatu** pero se utilizaba cuando se trataba de reivindicar una cosa y no de cobrar una obligación personal.¹³

c) **Prenda**

El estudio de este contrato en la evolución del derecho babilonio y asirio da idea no sólo de las características (avanzadas) del contrato en sí, sino también de los procedimientos que originaba, tales como el embargo del bien, mueble o inmueble, dado en prenda; la naturaleza especial o **general** de la prenda otorgada, pues al igual que en nuestro artículo 1.864 del Código Civil, en Babilonia se podía convencionalmente llegar al mismo resultado, pero sólo para los acreedores que la hubiesen estipulado; la existencia del pacto comisorio que permitía al acreedor apropiarse de la prenda en caso de falta de pago; la posibilidad de dar una misma cosa en prenda a varios acreedores, pero en el entendido que el primero se preferiría al segundo,¹⁴ oponibilidad a terceros del derecho de prenda; imposibilidad de cobrar sobre otros bienes distintos a los dados en prenda a menos que vendidos, su precio no alcanzase para cancelar la deuda y que el acreedor hubiere estipulado una prenda accesoria

bitrarios e ilegales. Cfr.: Szlechter, *Les lois d'Esnunna...*, pp. 124-132.

13. El verbo **sabatu** —dice Cuq—, significa aprehender (*saisir*) y se emplea ordinariamente con un complemento directo que indica la persona que ha sido aprehendida para ser llevada ante la justicia ante quien debían jurar sobre la certidumbre de la reclamación. No debe ser tenida con la forma normal de citar ante la justicia y por ello no se confunde con la in **jus vocatio** romana. Se utilizaba el **sabatu** contra quien retenía indebidamente la cosa de otro y otros casos similares. Cfr.: Cuq, *ob. cit.*, pp. 352, 353 y 397.
14. Hipotecas de primero y ulterior grado del derecho moderno. ¿Origen mobiliario de la hipoteca?

sobre la generalidad del patrimonio;¹⁵ el derecho de retención atribuido al acreedor prendario; la posibilidad de dar en prenda campos, casas, créditos, esclavos, hijos, animales, derechos de paso.¹⁶

d) Prenda Judicial

Mediante un procedimiento parecido a la *pignoris capio* y al *pignus in causa iudicati captum* del derecho romano, así como a la hipoteca judicial prevista en nuestros artículos 1.886-1.889 del Código Civil, los tribunales babilonios podían, para asegurar el cumplimiento de la sentencia que habían dictado, constituir una garantía prendaria a favor del triunfador.¹⁷

e) Conclusión

No se han descubierto hasta hoy regulaciones que prevean concursos originados por insolvencia.¹⁸

III

EJECUCION SINGULAR HEBREOS

5. Sagrada Biblia

La Biblia nos suministra ligeras ideas sobre la ejecución singular en el pueblo judío. La misma dureza que imperaba en Mesopotamia, Egipto, Grecia,¹⁹ India²⁰ y Roma, acaecía también entre los hebreos contra el deudor que incumplía.

Podía ser vendido como esclavo junto con su mujer y sus hijos, preso o entregado a los verdugos para ser torturado.²¹

15. Arts. 1.863 y 1.864 del Código Civil.

16. Cuq, *ob. cit.*, pp. 311, 314, 315, 334-336, 422, 443 y 445.

17. Cuq, *ob. cit.*, pp. 331, 332 y 336. Bajo el reinado de Ciro, los jueces declararon a Nabur-erir acreedor de la esposa de Esaggil-belit y le dieron como garantía de la ejecución del fallo una hacienda situada en el distrito de Babilonia, cerca de la puerta principal de Zamama. El acreedor quedó como propietario del fundo después de haber devuelto al anterior propietario 10 siclos de plata.

18. Cfr.: G. R. Driver y J. C. Miles: *The Babylonian Laws*, 2 tomos, *Legal Commentary*, 1952, *Transliterated texts*, 1955; G. Boyer: *Contribution a l'histoire juridique de la première dynastie babylonienne*, París, 1928; L. Waterman: *Business documents of the Hammurabi period from the British Museum*, London, 1916.

19. Los egipcios y los griegos abolieron en la antigüedad la prisión por deudas.

20. Bühler: *The laws of Manu*, p. 200-285, Oxford, 1886.

21. Evangelio de San Mateo, XVIII, 25, 30 y 34. El texto es el siguiente: "...y como éste no tuviera con qué pagar, mandó su señor que

Se regulaba el modo de tomar prenda sobre los bienes del deudor renuente.²²

Algunos bienes eran intomables en prenda (inejecutables, inembargables) y si se tomaban era a título simbólico pues había que restituirlos.²³

Las deudas, prendas y secuestros sobre bienes y personas cesaban el año del jubileo. Los deudores en esclavitud regresaban a su familia con ocasión de dicha solemnidad.²⁴ Y, como ya se ha dicho, estaban organizados juzgados y tribunales en todas las ciudades de la nación judía.²⁵

IV

EJECUCION SINGULAR

INDIGENAS SUDAMERICANOS

6. Aztecas, incas, mayas y mwiskas

Entre los aztecas, el comercio estuvo grandemente desarrollado. Los comerciantes formaron una clase social poderosa que

fuesen vendidos él y su mujer y sus hijos con toda su hacienda, y se pagase así la deuda... El, empero, no quiso escucharle, sino que fue y le hizo meter en la cárcel hasta que le pagase lo que le debía... E irritado el señor, le entregó en manos de los verdugos, para ser atormentado hasta tanto que satisficiera la deuda toda por entero". El Libro IX de los Reyes, IV, 1, relata: "Vino a clamar a Eliseo la mujer de uno de los profetas, diciendo: Mi marido, siervo tuyo, ha muerto; y bien sabes que tu siervo era temeroso de Dios. Pero ahora viene su acreedor para llevarse mis dos hijos y hacerlos esclavos suyos".

22. El *Deuteronomio*, XXIV, 10, 11, 12, 13 y 17, dice al respecto: "Cuando vayas a cobrar de tu prójimo alguna deuda, no entres en su casa para tomarle prenda; sino que te quedarás afuera, y él te sacará lo que tuviere. Mas si es pobre, no pernoctará la prenda en tu casa, sino que se la restituirás antes que se ponga el sol, para que durmiendo en su ropa, te bendiga, y tengas méritos delante del Señor Dios tuyo... No harás injusticia al extranjero ni al huérfano, ni tomarás a la viuda su ropa en prendas".
23. Véase *Deuteronomio*, XXIV, 6: "No tomarás en prenda muela de molino, sea la de arriba o la de abajo; porque el que esto te ofrece, te empeña lo necesario para su propia vida". Y el *Exodo*, XXII, 26 y 27, prescribía: "Si recibieres de tu prójimo su vestido o manta en prenda, se la volverás antes de ponerse el sol, supuesto que no tiene otro con qué cubrirse y abrigar sus carnes, ni con qué dormir o arrojarse de noche. Si clamare a mí, le oiré porque yo soy misericordioso".
24. Dice el *Levítico*, XXV, 10 y 13: "Y santificarás el año quincuagésimo, y anunciarás remisión o rescate general para todos los moradores de tu tierra; pues es el año del jubileo. Cada uno recobrará su posesión y cada cual se restituirá a su antigua familia... El año del jubileo todos han de recobrar sus posesiones".
25. El *Deuteronomio*, XVI, 18, ordenaba: "Constituirás jueces y ma-

gozaba del privilegio de no cultivar la tierra. Además, tenían sus propios tribunales y es de suponer que un procedimiento judicial diferente al usualmente empleado. Minetti,²⁶ escribe que "dada la importancia y fueros propios alcanzados por los comerciantes, no es posible dudar de la existencia de ese derecho mercantil".

Sin embargo, no se conocen sus leyes sobre ejecuciones y, por consiguiente, si llegaron a organizar siquiera rudimentariamente concursos. Lo mismo hay que decir de los incas, mwiskas y mayas.²⁷

V

EJECUCION SINGULAR

ROMA

7. Introducción

Es común y a mi parecer cierta, la afirmación de que los orígenes de la quiebra se encuentran en el derecho romano.²⁸

-
- gistrados en todas las ciudades, que el señor Dios tuyo te diere, en cada una de tus tribus: para que juzguen al pueblo con juicio recto".
26. Los Aztecas (sus instituciones), p. 40-42 y 50, Montevideo, 1931.
 27. Tulio Febres Cordero: "La Legislación Primitiva de América, Recopilación de Estudios sobre Historia del Derecho Positivo Venezolano", primer volumen, RCADF, año II, N° 6, p. 17-26, Caracas, 5 de julio de 1938; Lisandro Alvarado: Datos etnográficos de Venezuela, Caracas, 1945; Pedro Sarmiento de Gamboa: Historia de los Incas, 2ª edición, Buenos Aires, 1942; Enrique De Gandía: Problemas indígenas americanos, Buenos Aires, 1943; Louis V. Ghesletti: Los mwiskas, una civilización precolombina, dos volúmenes, Bogotá, 1954; Mano Roso de Luna: La ciencia hierática de los mayas, contribución para el estudio de los Códices Anáhuac, Madrid, 1911; Pedro de Cieza de León: Del Señorío de los Incas, Buenos Aires, 1943; Inca Garcilaso de la Vega: Comentarios Reales de los Incas, dos tomos, Buenos Aires, 1943; Joaquín Gabaldón Márquez y Cesáreo de Armellada: Fuero Indígena Venezolano, dos volúmenes, Caracas, 1954.
 28. Sánchez Pacheco: Concepto histórico-jurídico de la quiebra, tesis, Caracas, 1930; Rodríguez: Curso de Derecho Mercantil, II, p. 289, 3ª ed., México, 1957; Encyclopedie Juridique Dalloz, Répertoire de Droit Commercial et des Sociétés, II, p. 9, N° 9, París, 1957; Ramírez: Derecho Concursal Español, La Quiebra, I, pp. 129 y 130, Barcelona, 1959; Francesco Ferrara, Il Fallimento, pp. 47 y ss., Milán, 1959, escribe que no obstante haber nacido la quiebra durante el derecho intermedio asimila principios del derecho romano; Luis M. Jaureguiberry: Antecedentes históricos de la quiebra..., pp. 13-15, Santa Fe, Argentina, 1961; Rocco, ob. cit., pp. 159-164; Carpentier, Frerejout Du Saint, Fuzier Hermann: Répertoire Général Alphabétique du Droit Français, XXII, p. 231, Nos. 13-19, París, 1924; Giorgio De Semo: Diritto Fallimentare..., p. 29, 3ª ed., Padua, 1961; Andrés Barschi: La Quiebra Fraudulenta, p. 24, Cara-

Algunos autores, sin embargo, creen que el derecho romano no reguló en manera alguna la quiebra, pues ésta aparece, por primera vez, en la Edad Media y especialmente en las repúblicas italianas del Medioevo.²⁹

En mi concepto,³⁰ para mejor entender los fundamentos de la quiebra, su evolución general y, sobre todo, las analogías y diferencias entre la ejecución singular ordinaria y la extraordinaria colectiva, universal y general, es conveniente aludir someramente, en primer término, a la evolución de la ejecución en Roma y, en segundo lugar, a las instituciones romanas que constituyen el germen y antecedente remoto del actual derecho concursal en lo que concierne exclusivamente a la quiebra.³¹

8. Antecedentes romanos antiguos

Al igual que en los demás pueblos de la Antigüedad desde el comienzo de la historia, aproximadamente para el año 4000 antes de Jesucristo, fecha de aparición de la escritura,³² la ejecución contra el deudor moroso revestía características privadas y penales. La intervención de la autoridad constituida era casi totalmente nula. Dicha ejecución era un medio o proceso tendiente a lograr coacción y amenaza sobre la persona misma del deudor, e incluso sobre la de sus familiares inmediatos. La ejecución por equivalente sobre el patrimonio del deudor era desconocida por regla general. A esta época pertenecen no solamente las leyes sumero-acadias, asirias, egipcias, hindúes y hebreas de épocas anteriores a Cristo, sino también muchas leyes bár-

cas, 1962; Raymundo L. Fernández: *Tratado teórico-práctico de la quiebra*, fundamentos de la quiebra, p. 221 y nota 2, Buenos Aires 1937, quien cita numerosos autores; Provinciali: *Manuale di Diritto Fallimentare*, pp. 62-65, Nos. 28-30, 4a. ed., Milán, 1962.

29. R. Ríos Arrieta, *Estudios sobre la quiebra, la cesación de pagos*, p. 25, Caracas, 1962; en cierto sentido Rocco, *ob. cit.*, p. 164, quien admite la existencia del concurso en el derecho romano pero destaca el carácter privado de la ejecución y su referencia al deudor solvente (p. 171), por oposición a la intervención estatal en cuanto al insolvente que apareció desde principios del siglo XIII en el territorio de la Italia contemporánea (p. 175-201); pero no obstante acepta que los orígenes están en el derecho romano.
30. A pesar de la diversa y muy autorizada opinión de Provinciali, *Manuale*, I, p. 61, quien sostiene debe prescindirse del derecho romano antiguo en una exposición sobre los orígenes históricos de la quiebra y del derecho concursal.
31. Los antecedentes romanos de nuestro estado de atraso pueden verse someramente indicados en H. Giménez Anzola, *El Juicio de Atraso*, p. 34, Caracas, 1963; J. V. Sajon, *El Concordato Preventivo*, p. 11-13, Buenos Aires, 1957; J. Torres de Cruells, *La Suspensión de Pagos*, p. 66, Barcelona, 1957.
32. Secco Ellauri, *La Antigüedad y la Edad Media*, p. 46, 3ª ed., Buenos Aires, 1958.

baras que, mezcladas con el derecho romano, tuvieron vigencia durante la alta Edad Media. Las coacciones sobre la persona del deudor que incumple, manifestadas por la prisión por deudas, han subsistido hasta finales del siglo pasado.³³

En las referidas legislaciones se preveía a veces también una toma de posesión parecida al embargo actual sobre cualquier bien del deudor, pero el objeto principal era coaccionar al deudor para que personalmente cumpliera, si bien en algunas ocasiones el bien tomado al deudor, o que éste había entregado en garantía, era vendido por el acreedor para lograr un equivalente de la prestación que le era negada.³⁴

El primitivo derecho romano no fue una excepción a la regla antes dicha. En relación con el mismo son de notarse las siguientes instituciones:

9. *Actio per manus iniectioem*

Aproximadamente en los años 451-450 antes de Cristo fue promulgada la legislación contenida en las XII Tabas. Fueron redactadas por diez legisladores, los decenviros, y grabadas en tablas de bronce. Su vigencia constituyó un triunfo popular contra los patricios.

En la Tabla III se regula la ejecución sobre la persona del deudor remiso, quien si no pagaba (o se presentaba otro —*vin-dex*— a pagar por él), era reducido a prisión, encadenado y puesto a disposición del acreedor, quien debía alimentarlo. La *manus iniectio* era precedida por un lapso de treinta días de respiro a

33. En Venezuela desde la Constitución Nacional de 24 de abril de 1864, art. 14, N° 14, 1, quedó abolida la prisión por deudas que no provinieran de delitos y de la cual quedan vestigios en el art. 949 del Código de Comercio, entre otros. Como dato curioso, nuestra Corte Suprema de Justicia dictó, el 1° de octubre de 1844, un acuerdo por el cual "el acreedor debe alimentar a su deudor arrestado" (Sanojo: *Comentarios al Código de Procedimiento Judicial*, p. 126, N° 21). Nótese la analogía con la disposición de la ley de las doce tablas que imponía al acreedor suministrar a su deudor preso, por lo menos una libra de harina al día para proveer a su sustento. (Rocco, *ob. cit.*, p. 123, N° 49). La prisión por deudas fue prohibida en épocas recientes en Inglaterra, Francia (en materia comercial el 22 de julio de 1867, Percerou y Desserteaux, *Des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires*, I, p. 43, N° 27, 2° ed., París, 1935; Lyon-Caen y Renault, *Traité de Droit Commercial*, VII, p. 18, 4° ed. París 1914), España, Italia, Alemania, Estados Unidos, Rusia. Raymundo L. Fernández: *Tratado Teórico-Práctico de la Quiebra, Fundamentos de la Quiebra*, p. 46 y nota 33, Buenos Aires, 1937).

34. Véanse: *Répertoire Général*, cit., XXII, p. 231, N° 13; arts. 6 y 22-24 de Eshunna; arts. 113-119 del Código de Hammurabi; Fish: *Catalogue of Sumerian Tablets in the John Rylands Library*, Manchester, 1932 y Cuq, *ob. cit.*, p. 335.

fin de que el deudor procurase hacer el pago. Entregado en rehén (o prenda) al acreedor, permanecía en tal situación durante sesenta días. Si en ese término no pagaba, era publicada la prisión y el monto de la deuda en la asamblea del pueblo y frente al pretor durante tres días. Luego podía ser muerto o vendido como esclavo para servir más allá del Tíber, o sea, en el extranjero. Si había varios acreedores, el cuerpo del deudor pertenecía a todos y en caso de ser ejecutado, se repartían sus restos entre ellos. Se ha dudado,³⁵ acerca de la realidad de esta división del cadáver y la tesis que predomina es la negativa. No había rastros de ejecución sobre el patrimonio, pues es inconcebible que si el deudor podía pagar, no lo hiciera antes de ser ejecutado o vendido como esclavo con destino a tierras extrañas.

La *manus iniectio* en los comienzos solamente procedía contra el deudor condenado por el tribunal o que había confesado su delito; “después —al decir de Humberto Cuenca— se la concedió al fiador que había pagado por el deudor principal, al legatario del legado *per damnationem*, al heredero contra el legatario que hubiera percibido más de mil ases, en contra de la *lex Furia testamentaria*, que limitaba a esta suma lo que podía dejarse a herederos extraños, que no fueran parientes, y por último, al propietario para reclamar los daños y perjuicios que se le hubieren ocasionado”.³⁶

Si el condenado a pagar una suma no lo hace espontáneamente, el actor lo cita ante el magistrado y le recuerda la sentencia. Si el condenado la reconoce, el acreedor puede actuar ejecutivamente contra el deudor. Si el deudor discute, el actor puede solicitar la fórmula llamada *actio iudicati*. La fórmula era: “Si resulta que NN ha sido condenado a pagar a AA 10.000 sextercios y hasta este momento no los hubiere pagado, lo que NN ha negado ante el tribunal, usted, juez, condena a

35. Humberto Cuenca, *ob. cit.*, p. 46, quien escribe: “Algunos autores llegan a dudar de que realmente existiera el derecho de matar al deudor y de repartir pedazos de su cuerpo, si eran varios los acreedores; otros afirman que consagrado por la ley teóricamente, nunca se le llevó a la práctica. Esto último es muy probable; pero sí es cierto que estaba expresamente previsto en las XII Tablas, Tabla 3ª *Tertiis nundinis partis secanto* (Después de tres mercados, córtese en partes). Código bárbaro que, sin embargo, mereció el elogio de Cicerón”. Aulo Gelio: *Noches Aticas*, Capítulos jurídicos, p. 231, Buenos Aires, 1959, afirma también que el despedazamiento del deudor no se realizaba en la práctica y dice: “Diariamente vemos adjudicar y atar; ¿por qué?, porque los malvados no temen a las ligaduras. No he leído ni oído decir que ningún hombre fuese despedazado en la Antigüedad; ¿por qué? Porque no se arrostra semejante castigo”.

36. Cuenca, *ob. cit.*, p. 45.

NN a pagar a AA el doble de lo debido; si no resulta así, abuelve”.

La citación permitía revisar el proceso. Sucedió lo mismo que con la *manus iniectio*. El nuevo proceso de revisión iniciado con la *actio iudicati* correspondía a un juez distinto. Si resultaba otra vez condenado en la revisión, se lo llevaban como esclavo para aprovecharse de sus servicios.³⁷

La extrema dureza de esta ley motivó su derogatoria ante las protestas de la plebe, lógicamente deudora de los poderosos.³⁸

10. *Pignoris capio*-ley *Poetelia Papiria*

Entre las reformas y derogatorias del procedimiento de la *manus iniectio* tienen figuración especial la institución de la *pignoris capio* y la ley *Poetelia*.

La primera permitía al acreedor —siempre como medio de forzar la voluntad del deudor para el cumplimiento—, tomar posesión, sin necesidad de intervención judicial ni de la presencia o intervención del deudor,³⁹ un bien de este último. Se le atribuía al acreedor el poder de retenerlo o destruirlo, pero no el de venderlo para, con su precio, satisfacerse. Permanece, por lo tanto, la institución en el marco de la ejecución personal, penal y privada. Era un recurso de fuerza más y, como se comprende, diferente a nuestros actuales embargos, pero semejante a la prenda por la retención que permitía, posiblemente para usar y aprovecharse del bien (esclavo, animal... etc.), mientras el deudor cumplía.⁴⁰

37. José Santa-Cruz Teijeiro: *Principios de Derecho Procesal Romano*, pp. 95-98, Valencia, España, 1947.

38. Rocco, *ob. cit.*, pp. 121-164, cuya magistral exposición sigue ampliamente. También a Cuenca, *ob. cit.*, quien tiene el mérito de ser el primer autor venezolano que ha escrito sobre proceso civil romano y el primero que, en forma orgánica y rigurosamente científica, ha tratado la casación civil.

39. Véanse arts. 113 del Código de Hammurabi y 22 a 24 de las leyes de Esnunna; Szlechter, *ob. cit.*, pp. 124-132. Cuenca, *ob. cit.*, pp. 48-49, quien enseña que no se conoce la ley de la cual provino y que era una verdadera expropiación privada autorizada por la ley.

40. Andrés Barschi, *ob. cit.*, p. 24, escribe que de la ejecución personal contra el deudor se pasó a la ejecución colectiva mediante la *bonorum venditio*. A mi parecer, tal afirmación no es rigurosamente cierta, pues entre ambas figuras hubo otras de transición, como las que se analizan en este aparte. Además, la *bonorum venditio*, según se verá más adelante, procedía no sólo en caso de insolvencia, sino también de fuga, ocultamiento, ausencia del deudor, pues en estos casos no podía recibir aplicación la *manus iniectio*, dada la imposibilidad de verificar el *obtoro collo*, referido por Cuenca, *ob. cit.*, p. 45.

Véase Rocco, *ob. cit.*, pp. 131-137, en sentido contrario a la opinión

La ley *Poetelia Papiria* fue una de las reformas obtenidas por la plebe contra el sistema de las XII tablas. Tuvo por objeto atenuar el rigor de éstas, aumentando la intervención del Estado y eliminando el carácter penal de la ejecución. Prohibió utilizar la *manus iniectio* contra el no confeso o juzgado y atenuaba el rigor del *nexum* establecido entre acreedor y deudor como fuente de obligaciones. Subsiste incluso después de haber sido dictada esta ley, la ejecución personal mediante la *manus iniectio*.⁴¹

VI

EJECUCION COLECTIVA DERECHO ROMANO CLASICO

11. La *bonorum venditio*. *Missio in possessionem*

Introducida por el pretor Rutilio Rufo,⁴² constituye el comienzo de la ejecución sobre los bienes. Tenía también carácter de medio de coacción sobre la voluntad del deudor y predominaba el carácter privado con escasa intervención estatal. Probablemente no fue obra exclusiva del pretor mencionado. Tal medio ejecutivo originaba un embargo general del patrimonio, aunque el acreedor instantáneo fuese sólo uno. Por consiguiente, el rigor seguía siendo excesivo, pues "la falta de pago de una sola deuda acarrea consigo la quiebra de todo el patrimonio".⁴³

citada, Jaureguiberry, *ob. cit.*, pp. 9-13, tampoco hace referencia a la *pignoris capio* si bien alude a la ley *Poetelia* de 326, antes de Cristo.

41. Cuenca, *ob. cit.*, p. 219; Bonfante: *Storia del diritto romano*, I, 4ª ed., Roma, 1934. De Semo, *ob. cit.*, p. 28, quien afirma que la ley *Poetelia* inició la ejecución sobre el patrimonio mediante la *missio in bona*, criterio este combatido, en cierto modo, por Rocco, *ob. cit.*, pp. 129-131, quien escribe que no se suprimió la ejecución personal pues la misma se observa "en épocas muy posteriores así como también en la época de la jurisprudencia clásica". Ríos Arrieta, *ob. cit.*, p. 25, afirma tener una concepción del derecho mercantil (¿cuál?), que le permite prescindir de investigar si el derecho romano contuvo o no los gérmenes de la quiebra. En cambio, Cuenca, *ob. cit.*, pp. 117 y 172, entre otros, coincide con el parecer de la mayoría (véase nota 28), al cual me adhiero.
42. En el año 114 antes de Cristo, según Jaureguiberry, *ob. cit.*, p. 12. Probablemente en el 117 (636 de Roma), según Rocco, *ob. cit.*, p. 131.
43. Cuenca, *ob. cit.*, p. 115; Fernández, *ob. cit.*, p. 226, nota 7, último aparte; Santa Cruz Teijero, *ob. cit.*, pp. 95-98, afirma que con la *missio in possessionem* uno de los acreedores elegidos por el pretor hacía las funciones de *curator bonorum*. Los bienes eran vendidos por un *magister* nombrado por los acreedores. El *magister* notificaba la venta inminente de los bienes poseídos y las condiciones de la venta (*lex venditiones*). Transcurrido un plazo de diez días, si

Para preparar y hacer posible la venta en bloque de los bienes, se requería proceder a la *missio in possessionem* de los mismos bienes. Esta era la entrega, envío, o puesta en posesión⁴⁴ del patrimonio en su conjunto en manos del acreedor o de un curador especial nombrado por los acreedores, si éstos eran varios y reclamaban al mismo tiempo. No existe todavía la idea del concurso organizado a favor de acreedores que no hayan actuado. Dicha *missio* era la autorización para tomar posesión de una cosa o un patrimonio e indudablemente, un medio de ejecución.⁴⁵

Frente al deudor que se fugaba, ausentaba u ocultaba,⁴⁶ y frente al confeso o condenado, o que llamado a juicio no se defendía, el o los acreedores podían solicitar del pretor la *missio*, la cual, por lo tanto, constituye el origen de nuestros embargos y secuestros preventivos.⁴⁷ Al comienzo, el poseedor de los bienes objeto de la *missio* los administraba pero no podía venderlos; luego, al reunirse la *bonorum venditio* con la *missio*, pudo el *bonorum emptor*, sucesor del deudor, vender en bloque los bienes (como si el obligado hubiese muerto), para así satisfacer a los acreedores. Esta ficción de muerte explica la nota de infamia inherente al procedimiento y la sustitución, a los fines de la ejecución, de un nuevo deudor —*bonorum emptor*— respecto al primitivo.

Los acreedores, mediante la *missio*, no obtenían la propiedad ni una verdadera posesión jurídica, sino la guarda, custodia y administración de los bienes. La ejecución seguía tenien-

era una persona viva, o de cinco, si eran bienes de un muerto, adjudicaba los bienes en conjunto a quien ofreciera pagar a la masa de acreedores representada por el *magister* el precio más elevado sobre los créditos. El adquirente, *bonorum emptor*, es sucesor universal del deudor. El *bonorum emptor* tenía el *interdictum possessorium* para obtener la posesión de los bienes comprados y podía actuar contra los deudores del deudor ejecutado, si éste vivía aún, con la *actio rutiliana*. Si el deudor había muerto, utilizaba la *actio serviana*. El *bonorum emptor* debía pagar el porcentaje de los créditos que había ofrecido satisfacer. Y los acreedores podían perseguirlo. Se admitía la compensación si el deudor del deudor, perseguido por el *emptor*, tenía un crédito correlativo.

44. Cuenca, *ob. cit.*, p. 349; Jaureguiberry, *ob. cit.*, p. 11.

45. Rocco, *ob. cit.*, pp. 132-137; Cuenca, *ob. cit.*, pp. 349-350, sostiene la tesis contraria (en lo cual lo apoya R. Von Mayr, *Historia del Derecho Romano*, I, p. 407, 2ª ed., Barcelona, 1930), y divide la *missio* según los bienes sobre que recayese en *missio in bona* (sobre la totalidad del patrimonio) y *missio in rem* (sobre cosas aisladas).

46. Ver el texto del art. 441 del Código de Comercio francés de 1807 y los arts. 938, 949 y 950 de nuestro Código de Comercio, así como el art. 636 del Código de Procedimiento Civil.

47. Cuenca, *ob. cit.*, p. 349.

do carácter esencialmente privado no obstante que también los libros, papeles y demás documentos del deudor eran también objeto de la entrega en posesión. Los acreedores podían celebrar contratos respecto a los bienes “embargados” por medio de la persona (curador, síndico), que escogiesen y si no podían llegar a un acuerdo para la nominación, la selección era atribuida al pretor⁴⁸

Especialmente la fuga (ocultación, ausencia) del deudor y la consiguiente imposibilidad de aplicarle la ley Poetelia y la **manus iniectio**, fue la que originó el nacimiento de la ejecución patrimonial (subsidiaria en sus comienzos) y los primeros rasgos de la actual ocupación judicial, desapoderamiento, designación de un curador que administraba los bienes y su subsiguiente liquidación para el pago de los acreedores quienes, como sucede también hoy, participan en la liquidación si intervienen en el proceso (pidiendo la calificación de sus créditos) y podían liquidar mediante persona escogida por el pretor o mediante persona designada por ellos mismos.⁴⁹

De lo expuesto, a mi entender, se deduce que el origen remoto (e imperfecto) de la quiebra, se encuentra ya en la **missio in possessionem** general (**missio in bona** según von Mayr y Cuenca), junto al paso posterior de la **bonorum venditio**.⁵⁰

48. Ver arts. 937, 960 y 967 del Código de Comercio Venezolano; art. 1.068 del Código de Comercio español y art. 1.346 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española.

49. Véanse los arts. 960-966 del Código de Comercio.

50. Conforme con lo expuesto: Barschi, *ob. cit.*, p. 26, quien dice: “Como vemos, en la institución romana (**bonorum venditio**), se encuentran en germen los principales elementos de las quiebras del derecho moderno: despojo (*sic*) del deudor, nombramiento de un curador, designación de un *magister*, junta de acreedores, etc.”. En contra: Ríos Arrieta, *ob. cit.*, p. 25, pero sin argumentos convincentes, a mi juicio. Es inentendible la referencia a que “en el derecho romano, ni en ningún otro, el convenio entre el deudor con (*sic*) sus acreedores comporta ordinariamente una cesación de pagos o existencia de un estado de quiebra y esto suele omitirse”. Estimo que si el deudor no es insolvente y tiene cómo pagar y cumplir, no tendrá —razonablemente— para qué acudir a celebrar convenios que de hecho suponen su cesación de pagos, insolvencia, crisis patrimonial, como se la quiera llamar. Desempeñado de deudas, ¿para qué acudir a la **cessio bonorum** o al **pactum ut minus solvatur**? A mayor abundamiento, la regulación de la **cessio bonorum** en el derecho justiniano era tan completa y parecida a nuestra quiebra, que sólo con fuertes razones —no suministradas ni siquiera remotamente por Ríos Arrieta—, podría admitirse a discusión su tesis, en cuyo apoyo no menciona ninguna autoridad, pues los que cita (Percerou, Thaller, Pipia y Rocco), son —precisamente— contrarios a la idea de desvinculación total de la actual quiebra respecto a la “razón escrita”. Brunetti: *Tratado de Quiebras*, pp. 15-18, México, 1945, apoya a Ríos Arrieta. En el sentido del texto: Ferrara, *ob. cit.*, p.

Dentro del procedimiento de la **bonorum venditio** es indudable que los acreedores tenían la administración del patrimonio todo del deudor. Y que tenían derecho a designar una persona encargada de tales funciones, salvo en caso de desacuerdo, pues en tal supuesto era el pretor quien designaba el administrador.

La administración se hacía pública mediante la **proscriptio**, que consistía en la fijación de avisos en los sitios más públicos de la ciudad, con el objeto de lograr la concurrencia de todos los acreedores y, en caso de ausencia del deudor, permitirle a terceros interesados que interviniesen a favor del mismo, lo cual, según Rocco,⁵¹ es índice evidente del carácter de medio de coacción de la voluntad, característico de todo el procedimiento. Transcurridos quince o treinta días, el pretor convocaba a los acreedores, quienes designaban un **magister** para la venta. La venta era hecha a quien ofrecía el más alto porcentaje y, como se ha dicho, el adquirente se reputaba sucesor a título universal del deudor, ya que se presumía la muerte de este último y de ahí la nota de infamia característica del procedimiento. El **bonorum emptor** no adquiría la propiedad **quiritaria** de los bienes, sino “una simple propiedad **pretoriana** defendida por el **interdictum possessorium**”.

Es de destacar que, a semejanza de nuestra cesión de bienes, la **bonorum venditio** romana no liberaba al deudor, quien permanecía obligado por la diferencia no satisfecha, pues de ordinario, para no decir siempre, el precio que pagaba el **bonorum emptor** no alcanzaba para satisfacer a los acreedores. Señala Rocco que, al lado del procedimiento indicado, el derecho pretoriano creó una serie de medios destinados a proteger a los acreedores contra las disminuciones fraudulentas del patrimonio de su deudor, entre las cuales merece mención aparte la acción pauliana, “acción personal, de carácter penal, ejercitable tanto contra el **fraudator** como contra el cómplice del fraude”.⁵²

También existía el denominado **interdictum fraudatorium**, destinado a extender el procedimiento de la toma de posesión a aquellos bienes del deudor fraudulentamente excluidos de su patrimonio personal. Es también indiscutible que la voluntad

47. Además, una cosa es que en Roma no haya existido la quiebra en su plenitud y como es regulada hoy, y otra que en la misma hayan existido antecedentes y gérmenes de procesos de ejecución generales, universales y colectivos que al menos de hecho y por aplicación de la ley del mínimo esfuerzo, suponían incapacidad del deudor para pagar, o sea, su insolvencia.

51. Ob. cit., p. 141.

52. Rocco, ob. cit., p. 146.

de la mayoría de los acreedores se imponía con fuerza vinculante a la minoría disidente, en algunos aspectos relacionados con la ejecución en el derecho romano. Efectivamente, dentro del período clásico es de recordar el concordato de mayoría nacido con ocasión de los conflictos suscitados entre los acreedores de una herencia insuficiente para el pago y el titular de la herencia. El poder del pretor era tan extenso, que del mismo se derivaba la obligatoriedad para la minoría de lo resuelto por la mayoría, cuya fuente debe verse en la adaptación de la vieja legislación a las nuevas necesidades surgidas con ocasión del desarrollo de la sociedad romana y de las nuevas necesidades económicas y jurídicas que tal desenvolvimiento imponían. Se evitaban leyes nuevas gracias al poder pretoriano que, en ciertas ocasiones, equivalía al de legislar. Situaciones nuevas no contempladas por la legislación vigente eran reguladas por el pretor, con base a la equidad y a los principios generales del derecho. De ahí la importancia que debe asignarse a las decisiones y órdenes de los mismos y la trascendencia que el poder pretoriano tuvo para el desarrollo general del derecho romano.⁵³

La voluntad de la mayoría resultaba también vinculante para la concesión de esperas o moratorias, con o sin quita de interés o capitales.⁵⁴

12. **Bonorum distractio**

Paralela o posteriormente a la **bonorum venditio**, surgió la posibilidad de que la venta no fuese hecha en bloque sino por partes, lo cual ha debido permitir a veces pagar al o los acreedores presentes en el juicio y dejar un remanente que volvía a la disponibilidad del deudor. Esa posibilidad es el germen del retorno de la ejecución colectiva a la individual, pero ya no principalmente sobre la persona, sino sobre algunos de sus bienes.

La **bonorum venditio** y la **bonorum distractio** no ofrecen relación de sucesión excluyente, pues coexistieron y el acreedor podía optar entre ambas. Sin embargo, cuando el deudor era una **clara persona** (ciudadano esclarecido), no podía usarse en su contra la **venditio**, para evitarle la infamia que comportaba.⁵⁵

53. Es de observar que esa tendencia romana, si bien no es seguida hoy día ampliamente por los países de régimen capitalista se nota, por el contrario, en un alto grado, en el derecho de los países regidos por el sistema socialista. El juez ruso, por ejemplo, tiene poderes muy parecidos a los del pretor romano.

54. H. Giménez Anzola, *ob. cit.*, pp. 34 y 35; Luciani: *Trattato del Fallimento*, I, pp. 12 y 13, N° 6, 2ª ed., Roma, 1898.

55. Las opiniones de Percerou y Desserteaux, *ob. cit.*, I, p. 8, N° 8. Según Santa-Cruz Teijero, *ob. cit.*, pp. 95-98, "este procedimiento

13. *Cessio bonorum*

La ley Julia,⁵⁶ fue la que inició verdaderamente el principio de la ejecución patrimonial mantenido desde entonces hasta hoy, inclusive con el mismo nombre de cesión de bienes en los casos de concursos civiles.⁵⁷

El objeto fundamental de la *cessio bonorum* radicaba en suprimir la ficción de muerte, evitando de paso la infamia y la ejecución personal. El deudor condenado a pagar o *confessus in iure*, siempre que la causa de su insolvencia no se debiere a culpa grave, dolo o fraude, solicitaba que los acreedores tomaran posesión mediante el representante que designaban, de todo su patrimonio, con el objeto de que lo vendieran en bloque o por parte (*bonorum distractio*) y de tal modo satisficieran, de ordinario parcialmente, sus créditos.

Se discute todavía hoy día si dentro del procedimiento de la *cessio bonorum*, se requería o no de la *missio in possessionem*. La opinión predominante es que se requería de la *missio*, pero la misma era profundamente diferente a la *missio ordinaria*, pues en materia de cesión de bienes con tal entrega en posesión no se buscaba principalmente coaccionar la voluntad del deudor, sino que se trataba, fundamentalmente, de un medio ejecutivo del cual deriva el actual embargo general de los bienes del fallido que se denomina ocupación judicial.⁵⁸

Con la *cessio bonorum* surge la sustitución de la ejecución personal por la ejecución sobre el patrimonio, así como también la noción de embargo y de actuación de los acreedores sobre la totalidad o determinados bienes del deudor para satisfacer su crédito. Sin embargo, en el procedimiento de la *cessio bonorum* el embargo era todavía general y no se preveía un embargo parcial cuando la situación del deudor no era de incapacidad de

—*bonorum distractio*— de excepcional que era se convierte en ordinario pero conciliando mejor los intereses de los acreedores con los del deudor ejecutado”.

56. Del año 16 antes de Cristo, 737 de Roma, denominada *lex Iulia de bonis cedendis*, fue probablemente sólo un capítulo de una ley judicial del emperador Augusto, quien gobernó desde su triunfo sobre Antonio (31 antes de Cristo), hasta el año 14 de nuestra era. Rocco, *ob. cit.*, p. 156; Secco Ellauri, *ob. cit.*, pp. 175 y 240; R. Von Mayr: *Historia del derecho romano*, I, p. 405, 2ª ed., Barcelona, 1930.

57. Arts. 1.934-1.949 del Código Civil y 617-641 del Código de Procedimiento Civil.

58. Rocco, *ob. cit.*, pp. 156 y ss.; Cuenca, *ob. cit.*, p. 110. Es de señalar que según criterio de Rocco, la puesta en posesión de los acreedores tenía lugar sin necesidad de decreto alguno del magistrado.

pago general, cuestión esta última que surgió con el procedimiento de ejecución especial denominado **pignus in causa iudicati captum**.⁵⁹

Es de señalar que al deudor de buena fe cuyos bienes se remataban mediante la **cessio bonorum**, se le dejaban algunos para que viviera en forma modesta junto con sus familiares. Este beneficio se denominaba **beneficium competentiae**, del cual provienen, sin duda, los artículos 1.950 y 1.951 del Código Civil.

Dentro de la **cessio** tenían lugar asambleas de acreedores, admisiones o impugnaciones de créditos por parte de los mismos acreedores, designación de un representante de la masa de los mismos y, de manera general, los rasgos fundamentales del actual procedimiento de quiebra.

Como es lógico, el procedimiento suponía: a) Falta de coacción sobre el deudor, pues era éste quien acudía a ofrecer sus bienes; b) El inventario y avalúo de los bienes; c) El establecimiento de la realidad de los créditos concurrentes;⁶⁰ d) Su graduación; e) La posibilidad de reintegrar al patrimonio lo que mediante fraude hubiese salido del mismo;⁶¹ f) La posibilidad de venta parcial de los bienes (**bonorum distractio**); g) La transformación de la **missio in possessionem** en medio de conservación del patrimonio,⁶² y h) La consignación de cualquier remanente en la liquidación en la iglesia para satisfacer a los acreedores tardíos.

Lo anteriormente dicho demuestra, sin lugar a la más mínima duda que, la institución romana de la **cessio bonorum**, nacida de la insolvencia del deudor⁶³ y con miras de liquidación total y reparto igualitario del patrimonio entre los acree-

59. Santa-Cruz Teijero, *ob. cit.*, pp. 95-98, dice que proviene de un rescripto de Antonino Pío, del siglo II, después de Jesucristo.

60. Rodríguez: *Curso de Derecho Mercantil*, II, p. 290, 3ª edición, México, 1957, opina que el derecho romano no conoció el concurso de acreedores, lo cual no es exacto.

61. Mediante la *restitutio in integrum*, el *interdictum fraudatorium* y la *actio pauliana*. Girard: *Manuale elementare di diritto romano*, pp. 436-442, Milán, 1909; Cuenca, *ob. cit.*, pp. 238-241, 350-355; Rocco, *ob. cit.*, pp. 145-152.

62. Obsérvese la analogía con la ocupación judicial o embargo general del patrimonio del quebrado dictada como medida preventiva, prevista facultativa u obligatoriamente en el art. 932, primero y segundo apartes, del Código de Comercio.

63. Si el deudor era solvente el derecho romano de la época imperial preveía el **pignus in causa iudicate captum**, que evitaba el concurso y la ejecución colectiva permitiendo aprehender (embargar), uno o varios bienes aislados para la satisfacción del o los acreedores-demandantes. Ferrara, *ob. cit.*, p. 50, N° 34; Rocco, *ob. cit.*, pp. 159-164; Cuenca, *ob. cit.*, p. 119.

dores, con la desposesión operada a favor del *curator bonorum*,⁶⁴ quien vendía en bloque⁶⁵ o al detal y por partes los bienes del deudor, previa autorización del juez y bajo la supervisión y vigilancia de los acreedores, constituye precedente y origen del actual proceso de quiebra, cuya diferencia fundamental con la *cessio bonorum* radica sólo en el predominio actual del interés público sobre el privado y esto no en forma absoluta pues todavía en ciertos países,⁶⁶ y aun entre nosotros (quiebra liquidada por los acreedores), subsisten rasgos de la privacidad original del concurso romano nacido de la *missio in possessionem*, de la *bonorum venditio* y de la *cessio bonorum*.⁶⁷

Nacía así la quiebra en el derecho romano. La misma alcanzó su pleno desarrollo, como se verá posteriormente, durante la época medieval y no solamente en Italia, como usualmente se afirma, sino, paralela y simultáneamente, en aquellas regiones de intenso tráfico mercantil, cuyos regímenes jurídicos estaban inspirados y derivaban del derecho romano.

64. Origen de nuestros síndicos.

65. Véase sentencia de la Corte Superior Segunda en lo Civil y Mercantil, de 10 de junio de 1963, ponencia de Germán Sánchez Piña, en la revista Estrados, año I, N° 4, pp. 138-140, Caracas, julio de 1963.

66. España, por ejemplo.

67. Es por lo anterior que no comparto la tesis que desvincula de Roma el origen de la quiebra como lo sostiene Ríos Arrieta, *ob. y p. cit.* en nota 50. Dice el mismo que como la finalidad de la *cessio bonorum* era evitar la prisión o la infamia, no puede conceptuársela como origen y antecedente de la quiebra. A lo anterior podría replicarse que si el deudor era solvente y no había incurrido en cesación de pagos (incumplimientos, fuga, ocultación, condenado a pagar no lo hacía ni se le conseguían bienes), ¿por qué acudiría a ceder sus bienes y a organizar un concurso? Si era solvente, bastaba al acreedor embargar bienes y pagarse preferentemente con ellos, desde la creación pretoriana del *pignus in causa iudicati captum*, ¿por qué iría el acreedor a aplicar la *manus iniectio*, la *pignoris capio*, la *missio in possessionem* o la *bonorum venditio*? Es timo que la lógica y el interés de los acreedores y del deudor imponen pensar en la insolvencia como presupuesto de hecho del concurso romano previsto en la *cessio bonorum*. Al respecto, dice Rocco, *ob. cit.*, p. 161: "El *pignus in causa iudicati* llenaba verdaderamente una laguna del derecho anterior. La *missio in bona*, procedimiento de ejecución general y universal, era particularmente apta para garantizar los derechos de los acreedores en caso de insolvencia; pero como procedimiento en caso de solvencia, se revelaba absolutamente inadaptada al objeto. Dirigida a vencer la obstinación del deudor que incumplía y a procurar la satisfacción del acreedor, actuaba con una fuerza excesiva y con medios desproporcionados. En donde hubiera bastado quitar al deudor uno o más bienes singulares, lo despojaba de todo el patrimonio, arruinándolo económicamente; donde estaba en juego el interés de un solo acreedor, organizaba un complicado e inútil concurso. El *pignus in causa iudicati* evitaba estos inconvenientes y proveía óptimamente a la realización

VII

EVOLUCIÓN DE LAS IDEAS ROMANAS DURANTE
LAS EDADES MEDIA Y MODERNA

14. Italia

No obstante que en Roma se regulaba el concurso, no llegó nunca a precisarse legislativamente que la apertura del mismo debía tener siempre como base la insolvencia. De hecho así debería haber sucedido, pero la realidad es que también en caso de solvencia del deudor se podía, teóricamente, abrir el concurso. Por consiguiente, un paso de avance en el desenvolvimiento de la quiebra ocurre en las Ciudades-Estados de la Italia medieval. Dedicados sus habitantes al comercio y gobernados a veces también por comerciantes, era lógico que se desarrollaran las instituciones legales destinadas a proteger a los acreedores contra la insolvencia del deudor común.

El concurso derivado de la *cessio bonorum* y de la *missio*, fue desarrollado y perfeccionado en los estatutos italianos. La autoridad pública intervino más activamente en la regulación del concurso y el procedimiento tenía un marcado carácter penal.

Las hipótesis de apertura, inclusive de oficio, del concurso, eran más o menos las mismas que en el derecho romano. La fuga, ocultación, la confesión del deudor, la imposibilidad de localizar bienes para embargar, el simple incumplimiento, la pública notoriedad de la insolvencia. Todas esas manifestaciones eran tomadas como indicio de insolvencia y originaban el concurso.

En los estatutos de las ciudades italianas al quebrado se lo denominaba, indiferentemente, *fuggitivi*, *aggravanti di debiti*, *cessanti*, *rotti* o *rompentì*, *falliti* o *fallentes*.

Rasgos característicos de los mismos eran la extensión de la quiebra a los parientes próximos del deudor, a sus socios y auxiliares, así como la imposibilidad de retrotraer los efectos de la quiebra a períodos anteriores a su constatación judicial.⁶⁸

Es sólo en 1262 cuando en el Constituto de Siena se habla de cesación de pagos para expresar, no la causa general de la quiebra, sino uno de los casos en que se podía iniciar el concur-

del crédito en caso de solvencia del deudor. Se comprende, en consecuencia, por qué se convirtió pronto en el medio normal de ejecución...

68. Cesare Pagani: "Fallimento", *Il Digesto Italiano*, XI, parte prima, p. 71, N° 2, Turín, 1895.

so. En dicha ley se denominaba al fallido cesante y en el capítulo LXXIV, II, se le imponía como sanción la pérdida de la ciudadanía y de cualquier oficio en la comuna.⁶⁹

El origen de la ejecución colectiva en el Medioevo se ha querido situar en el secuestro o en la dación en pago.⁷⁰ La primera solución es seguida por Seuffert y hasta cierto punto por Provinciali.⁷¹ La segunda por Rocco y Ferrara.⁷²

A favor del secuestro se dice que fue el paso de avance lógico del embargo contenido en el *pignus*. Este se usaba cuando el deudor era solvente y a objeto de lograr el pago. El secuestro se utilizaba como providencia cautelar cuando se sospechaba la insolvencia por la fuga o el ocultamiento del deudor. "Según la doctrina acreditada —dice Provinciali—,⁷³ la ejecución colectiva de la quiebra procede del instituto del secuestro: y en realidad los anillos de la cadena presentan una secuencia impresionante. Del embargo privado deriva el secuestro; del secuestro la quiebra; base común de uno y otro es la fuga del deudor (sospechada en el secuestro, realizada en el embargo)".

A favor de la *datio in solutum* se afirma que la quiebra se desarrolló antes que el secuestro general de los bienes del deudor, cuestión que también pone en duda Provinciali y que, al

69. Rocco, *ob. cit.*, p. 197; Fernández, *ob. cit.*, p. 230, N° 106; idem, *La cesación de pagos en el derecho argentino y universal*, p. 61, N° 44, Buenos Aires, 1939; y Granchet, *La notion de cessation des paiements dans la faillite et le règlement judiciaire*, p. 16, Paris, 1962; Bonelli, *ob. cit.*, I, pp. 81, 82 y 91, nota 2; y Apodaca: *Presupuesto de la Quiebra*, pp. 55 y 68, México, 1945, se equivocan al atribuir al estatuto de Florencia de 1415 el haber sido el primero que utilizó la palabra cesante (cesación) para, junto a otras manifestaciones como la fuga, definir la existencia de la quiebra.

70. La misma equivale a la *cessio bonorum* y es de origen romano no obstante la opinión contraria de Rodríguez, *ob. cit.*, II, p. 290.

71. Seuffert: *Zur Geschichte und Dogmatik des Deutschen Konkursrechts*, pp. 49 y ss., 1888; *Deutsches Konkursprozessrecht*, p. 2, 1899, citado por Rocco, *ob. cit.*, p. 178; Provinciali: *Manuale...*, p. 69, N° 32. Advierte Provinciali que no hay seguridad sobre el origen. Entre nosotros, la acoge Barschi, *ob. cit.*, p. 29, quien dice fue el derecho germánico el que introdujo el embargo y la retención. Sigue así una común y errónea opinión que olvida la existencia en Roma de la *missio in possessionem*, la *pignoris capio* y el *pignus in causa iudicati*, y que el embargo y la retención son muy anteriores al mismo derecho romano como se ha dicho al estudiar las leyes de Esnunna, el derecho babilonio y el *Deuteronomio*. Jau-reguiberry, *ob. cit.*, p. 15, sostiene también equivocadamente que "el derecho germano aportó a la ejecución forzosa las figuras de la prenda y del desapoderamiento". Ambas figuras estaban ya en el derecho romano mucho antes de ocurrir las invasiones bárbaras.

72. Rocco, *ob. cit.*, pp. 179-182; Ferrara, *ob. cit.*, p. 51, N° 36.

73. *Manuale*, p. 69.

igual que la *cessio bonorum*, la quiebra deriva de la propia actividad del deudor quien, para evitar sanciones penales, pone a disposición de sus acreedores el conjunto de su patrimonio. Se citan en apoyo normas estatutarias italianas de 1224 y 1262 y se sostiene, a mi entender, con mucha fuerza convincente, que la dación en pago hecha por el juez en caso de fuga del deudor,⁷⁴ tenía, por fuerza, que ser una dación general, pues no se sabía quiénes podían ser todos los acreedores del fugitivo por insolvencia. Los partidarios de la *datio* agregan que el secuestro se unió después para contribuir a reforzar el desarrollo de la quiebra cuando se trataba, no de un deudor fugitivo, sino de un sospechoso de haberse ocultado o fugado.

El origen del procedimiento concursal debe buscarse en la dación en pago general que el insolvente hacía espontánea o coactivamente. Si se fugaba o escondía, dicha dación la realizaba la autoridad judicial. Como se comprende, en esos casos no se sabía a ciencia cierta quiénes eran los acreedores y por ello el carácter de interés general y colectivo de la aprehensión del patrimonio cuando en casos de fuga u ocultamiento el juez tomaba posesión del patrimonio. Al comienzo se aplicó la *missio in possessionem* romana.⁷⁵ y se nombraba un defensor de los bienes aprehendidos o, en su defecto, un curador, quienes inventariaban, administraban y, en caso de necesidad, vendían. Paralelamente se podía también acudir al secuestro de los bienes, por lo que se explica que las opiniones sobre el origen del concurso se dividan y opinen unos que el mismo estriba en dicho secuestro antes que en la dación en pago.⁷⁶

Pero sea cual fuere el verdadero origen, lo importante es que de la evolución anotada surge en Italia el concepto moderno de la quiebra aplicado en caso de insolvencia o cesación de pagos a toda especie de deudores.⁷⁷

74. Para poder comprender bien la razón de la importancia de la fuga en los orígenes de la quiebra, hay que recordar la dureza de las penas contra los quebrados. Véase hoy el art. 949 del Código de Comercio venezolano vigente, igual al art. 7, Ley III, Título I del Libro IV, del Código de Comercio de 15 de febrero de 1862.

75. Lo cual confirma el origen romano de la quiebra.

76. Rocco, *ob. cit.*, pp. 178-184. La influencia de las opiniones que ven el origen en el secuestro, ha originado que, visto el desarrollo operado sobre el mismo, se diga comúnmente que "el derecho germano aportó a la ejecución forzosa las figuras de la prenda y el desapoderamiento" (Jaureguierry, *ob. cit.*, p. 15), lo cual no es exacto, pues los mismos también derivan del derecho romano. (Rocco, *ob. cit.*, pp. 156-164; Planitz, *ob. cit.*, p. 32, II, 1 y 2, y pp. 201-203, I, c y II, 1 y 2). Véanse también las referencias a la Biblia y al derecho de Mesopotamia.

77. Relación de numerosos estatutos italianos pueden verse en Rocco, *ob. cit.*, pp. 172-201. Los propios autores alemanes, Planitz: Prin-

Resumiendo las características de la quiebra en la Italia medieval, diremos que son:

- a) Embargo general del patrimonio por obra del juez.
- b) Efectos ejecutivos y penales sobre la persona del fallido.
- c) Nombramiento de un *curator bonorum* para inventariar, avaluar, administrar, vender y repartir el patrimonio entre los acreedores.
- d) Presunción de insolvencia como origen del concurso.
- e) Aplicación general a deudores civiles y mercantiles.
- f) Llamamiento a los acreedores para que concurran al proceso.

El proceso colectivo nace en las comunas italianas no como un sistema de ejecución especial para los comerciantes, sino como simple aplicación de normas y sistemas generales que podrán aplicarse también a deudores civiles.⁷⁸

La evolución de la quiebra alcanza en Italia, por obra de las legislaciones particulares de sus Estados independientes y de sus reputados autores, un nivel muy alto.

Obtenida la unidad política se dicta el Código de Comercio de 1865 al que sigue el de 1882. Luego, en 1942, se regulan conjuntamente el derecho civil y el mercantil. La quiebra es objeto de nueva sistematización por decreto de 16 de marzo de 1942.⁷⁹ Este texto ha tenido la fortuna de ser comentado y estudiado por distinguidos y capaces juristas, a la cabeza de

cipios de derecho privado germánico, p. 201; Barcelona, 1957, consideran que la sustitución de la responsabilidad personal (jurídico-penal) por la patrimonial, ocurre a partir del siglo XII, época para la cual estaba en pleno desarrollo la ejecución patrimonial en Italia y España. El origen del secuestro general en el Medioevo remonta a Roma y no a Alemania, particularmente. En este país también influyó notablemente el derecho romano a partir de la recepción. Cfr.: Planitz, *ob. cit.*, pp. 1 y 6-8, quien dice: "La legislación imperial de los monarcas carolingios y alemanes no contenía nada de derecho privado", y que "la bibliografía del derecho privado alemán surge en el siglo XIII...". Y entre los principios de derecho germánico no incluye el estudio del secuestro general de los bienes del deudor, lo cual es muy significativo dada la autoridad y conocimientos del profesor Planitz.

78. Leyes de Venecia de 27 de marzo de 1395, abril de 1425 y 12 de marzo de 1611; estatutos de Florencia de 1415; estatutos de Padua de 1420; estatutos de Milán de 1341; estatutos de Vercelli de 1226. Rocco, *ob. cit.*, pp. 185-187; Provinciali: *Manuale*, I, pp. 72 y 73, N° 34. En contra, pero sin ningún argumento: Jaureguiberry, *ob. cit.*, p. 19. No es exacto decir que la palabra cesante se utilizó en la Edad Media sólo para referirse al estado de insolvencia de los comerciantes, pues también se aplicaba a los deudores civiles.

79. Para el análisis de la legislación italiana véase Vivante: *Tratado de Derecho Mercantil*, I, pp. 47-53, Madrid, 1932.

los cuales figura Provinciali, sucesor de Bonelli en la primacía en el derecho concursal italiano.

15. España

Influida, al igual que Italia, por el derecho romano, en España se desarrolla la quiebra simultáneamente con Italia. Innegable es el hecho de que la labor legislativa fue más abundante en Italia y que igual predominio existe en la bibliografía sobre la quiebra.⁸⁰ Por lo tanto, no son admisibles por su absolutismo ni la tesis italiana,⁸¹ que atribuye todo el mérito de la originalidad en el desarrollo mundial del instituto a las legislaciones estatutarias italianas, así como tampoco la española,⁸² que sostiene la absoluta independencia del desarrollo de la quiebra en España respecto de Italia.

Ambas posiciones, por extremas, son viciosas. Por una parte, es indudable la primacía temporal italiana en muchos aspectos y, por la otra, también es cierto que España con su monumental Código de las Siete Partidas reguló en lo esencial el instituto de la quiebra ya para mediados del siglo XII.⁸³

El predominio de la actividad comercial italiana y la originalidad de sus concepciones y regulaciones en tal materia, es cuestión fuera de toda duda.⁸⁴

Por lo que no puede admitirse a discusión siquiera la tesis de la **autonomía** del derecho español de quiebras, influenciado al igual que el de muchos otros países y regiones, por las regulaciones medievales italianas.⁸⁵

80. Ramírez, *ob. cit.*, I, p. 188.

81. Su principal exponente es Rocco, *ob. cit.*, pp. 200-201. Y como la mejor bibliografía latina sobre la quiebra es la italiana, no es de extrañar que la tesis se haya difundido y sea repetida por numerosos autores.

82. Sus principales exponentes son: José de Benito: *La doctrina española de la quiebra*, p. 80, Madrid, 1930; Francisco Apodaca y Osuna: *Presupuesto de la Quiebra*, pp. 58-69, México, 1945; y Joaquín Rodríguez Rodríguez: *Curso de Derecho Mercantil*, II, pp. 290-294, 3ª ed., México, 1957.

83. Los estatutos de Milán, 1215; Siena, 1262; Venecia, 1242; Vercelli, 1226; Venecia, 1244, son anteriores a la terminación de la redacción de las Partidas, pues éstas se escribieron entre 1256 y 1263. Es de lamentar la poca difusión de las mismas entre los juristas extranjeros y no sólo entre los comercialistas, sino también los civilistas y procesalistas, pues las Partidas contemplan todas esas ramas del derecho.

84. Rehme: *Historia Universal del Derecho Mercantil*, pp. 73, 76, 77, 107, 119, 126, 139, 141, 145, 167, 169-172 y 181 y ss., entre otras, Madrid, 1941.

85. En contra y con evidente exageración, Apodaca, *ob. cit.*, p. 61: "Una cosa es indiscutible, y es ésta: que España creó y estructuró su propio derecho sobre la quiebra". Una cosa es la existencia de las Par-

A) Fuero Juzgo

Antes del **Liber iudiciorum** o **Fuero Juzgo** rige por entero en España el derecho romano, hasta el año 415, época de la invasión visigoda, quienes desde el 418 se ponen al servicio de Roma. Después, aunque los invasores-aliados "no muestran repugnancia por el derecho romano", es de pensar que aportan su derecho consuetudinario máxime después de la caída del imperio de occidente y la independencia del reino visigodo, entonces bajo Eurico, en España. Este dicta hacia 475 un extenso Código de unos 400 capítulos redactados por juristas romanos. Aparece luego el Breviario de Alarico II o **Lex romana Visigothorum**, el cual deroga el Código de Eurico. Leovigildo restablece, completándolo, este último, entre 572 y 586 y se aproxima todavía más al derecho romano.

Es entonces cuando en 654 el rey Flavio Recesvinto promulga el **Fuero Juzgo** bajo el nombre de **Liber Iudiciorum** o **Codex Visigothorum**, el cual fue revisado por el mismo Recesvinto, Wamba y Ervigio, siendo éste quien lo promulga completado, en 681. Esta versión es modificada de hecho por obra de los prácticos y aparece una nueva redacción, la más conocida, denominada **vulgata**. En esta última aparece la ley V, Título VI (De los pennos e de las debdas), Libro 5º (De las evenencias e de las compras), la cual, según Apodaca,⁸⁶ supone la quiebra, criterio no compartido por Ramírez.⁸⁷ Ante esas autorizadas y contradictorias opiniones me atrevo a pensar que, vista la vigencia del derecho romano y su influencia preponderante aun bajo Eurico, Leovigildo y Recesvinto y el texto de la ley del **Fuero Juzgo** mencionada, es cierta la opinión de Apodaca y para la regulación detallada del concurso había que acudir al procedimiento de la **cessio bonorum**. Además, es innegable que se preveía la incapacidad de solventar todas las deudas, la insolvencia, así como la calificación y graduación de los créditos que se alegasen contra el deudor.⁸⁸

tidas y otra, que Italia no haya influido en el desarrollo concursal español.

86. Ob. cit., p. 58.

87. Ob. cit., I, pp. 144-145.

88. El texto de la ley del **Fuero Juzgo** es: "Si algún omne es tenuto de muchas debdas o de muchas culpas, aquel omne que primeramiente ge lo demandare, o mostrare por iuyzio, o por prueva, o por su confesión, a aquél deve primeramiente fazer paga. E si vinieren muchos demandares de so uno, deve fazer paga a cada uno segund quel deve; e si non, sea siervo de todos, hy el Juez deve saber a quién devie mas, o a quién menos; e segund aquel o faga pagar a cada uno, e daquello que fincar faga, pagar a los otros cuemo viere. E si non oviere onde pague a los otros debdores, deve seer siervo daquellos por la debda" (Los códigos españoles concordados y ano-

Por lo tanto, me permito opinar que en nuestra Madre Patria,⁸⁹ bajo el influjo del derecho romano y de las leyes dictadas después de las invasiones bárbaras, se desarrolló y reguló, en forma parecida a la ocurrida en Italia y también bajo influencia de la misma, el procedimiento a seguir contra el deudor insolvente con pluralidad de acreedores, y ello aunque no se haya utilizado la palabra quiebra hasta 1299, en la Ley de las Cortes de Barcelona.

B) Fuero Real

En la etapa alfonsina, a partir de 1252, inspirándose en el Fuero Juzgo y en el de Soria, es redactado, por autor o autores desconocidos, entre 1252 y 1255, el Fuero Real, también conocido como Fuero del Libro, Libro del Fuero de las leyes, Fuero castellano, Libro de las flores o Flores de las leyes. Contiene cuatro libros y está escrito en castellano. El derecho romano influye en él por medio del Fuero Juzgo.

Las leyes 12ª y 17ª del Título XX, Libro 3º, se refieren lejanamente a procedimientos concursales para establecer cómo debía ser pagado el primer acreedor y un privilegio para el acreedor que primeramente hubiere aprehendido al deudor.⁹⁰

tados, I, pp. 146-147, 2ª ed., Madrid, 1872; y Ramírez, *ob. cit.*, I, p. 144, nota 61).

89. Cuyo derecho y evolución histórica inexplicablemente ignoramos por haberse suprimido la cátedra de Derecho Español Antiguo y es tanto más de extrañar la supresión cuando del somero examen de las Siete Partidas, para no referirnos a otras fuentes, se concluye que los orígenes de muchas de nuestras leyes civiles y procesales derivan de las mismas si bien a primera vista parece que las hubiéramos tomado de códigos y leyes francesas e italianas. Tampoco ninguno de nuestros académicos de historia y ciencias políticas se ha preocupado de estudiar la íntima conexión del derecho codificado en Venezuela, desde 1836 hasta hoy, con las Partidas y no obstante haber regido las mismas, como fuente supletoria, hasta hace apenas 91 años, cuando el 27 de abril de 1873 se dictó nuestro tercer Código de Procedimiento Civil.
90. La ley 17ª dice: "Si alguno fuere deudor a muchos, primeramente debe pagar a aquel con quien fizo el primero deudo; y dé sí a los otros, según que cada uno fue fecho primero en las deudas; e si el postrimero dellos, o algunos dellos quisiere pagar al primero, sea apoderado de los bienes del deudor, fasta que sea entregado del deudo, y de lo que pagó al primero; e si los bienes no cumplieren, sea apoderado del cuerpo del deudor, así como manda la ley". La ley 12ª del propio tit. XX, Lib. 3º, titulada Como el acreedor que hubiere primero a su deudor, es más privilegiado que los otros primeros, preceptuaba: "Si home que es deudor a muchos huyere de la tierra ante que pague, e alguno de aquellos que debe lo fuere a buscar, e le truxere, aquel sea primeramente entregado del cuerpo de las cosas que truxere, maguer que el su deudo no sea lo primero: mas de las cosas que se fallaren en otra parte, que le no truxere, sean entregados aquellos a quien debiere, o es deudor, cada uno

C) Las partidas

Comenzadas por Alfonso X, son modificadas y reelaboradas tres veces, por lo que no es exacto atribuir la redacción actual exclusivamente a éste. Inicialmente fueron redactadas entre 1256 y 1258 (ó 1260). Luego, la primera modificación es terminada para 1263 ó 1265. Otra modificación ocurre probablemente entre 1295 y 1312 y la última hacia 1325. Al decir de Alfonso García-Gallo,⁹¹ "en cualquiera de sus redacciones, pero especialmente a partir de la tercera, las **partidas** constituyen un tratado completo de todo el Derecho, fundamentalmente del común, como no hay otro en todo el mundo. Por su intención, su magnitud y su perfecto conocimiento de la materia, pueden en cierto modo compararse en el campo del Derecho con lo que representa la **Suma de Santo Tomás** en el de la Teología."⁹²

Es en las Partidas donde, simultáneamente con la mayoría de los estatutos italianos y a veces poco antes o después de los mismos, recibe reglamentación el concurso o ejecución colectiva que debe verificarse cuando el deudor no tiene **poderío de fazer la paga**, regulación opuesta a la establecida para los deudores que las han poder fazer, como se dice en el preámbulo del Título XV de la Partida V.⁹³

Según el texto de dicho Título y en opinión de Apodaca,⁹⁴ Rodríguez,⁹⁵ Jaureguiberry,⁹⁶ Garrigues,⁹⁷ y Malagarriga,⁹⁸ en

según que el deudo fue primero. E otrosí, sean entregados del cuerpo del deudor, e de las cosas que truxo, después que aquel que lo truxo fuese entregado de lo suyo, maguer que lo haya trahido asegurado a él, y sus cosas de los otros; pero si el que lo truxo lo embiare, o lo defendiere, no sea tenuto de responder a los otros por él, si él no lo embió, o no lo defendió, debe dándogelo el Alcade" (Ramírez, *ob. cit.*, pp. 144-145, nota 62). La regulación es, como se ve, menos completa y sugestiva, respecto a la quiebra, que la contenida en el *Liber iudiciorum*. Cfr.: *Los códigos españoles...*, I, pp. 405 y ss.

91. *Manual de Historia del Derecho Español*, I, p. 371, N° 743, Madrid, 1959. Para la exposición de historia lo seguimos ampliamente.

92. Ciertamente maravilla la calidad y perfección del Código cuyo examen debería hacerse en cada tema universitario agregando una sección histórica que lo comprenda.

93. Véase la ley alemana de quiebras de 1898.

94. *Ob. cit.*, pp. 67-69.

95. *Ob. cit.*, II, pp. 290-291.

96. "Esta fuente troncal del derecho español, inspirada en el derecho visigodo (?), imprimía al concurso un carácter intervencionista en contraposición al voluntarismo de los estatutos italianos" (*ob. cit.*, p. 26).

97. "En el antiguo derecho español se advierte el influjo simultáneo del sistema romano y del medieval". Las partidas aumentan la intervención judicial en relación con el derecho romano, influenciadas por

las Partidas se consagraron los principios de oficiosidad y carácter público de la quiebra; se reguló la cesión de bienes, el reparto proporcional (*par condicio creditorum*), la graduación de los créditos, la liberación del deudor mediante la cesión, el convenio judicial y el extrajudicial, la espera, la quita, el régimen de las mayorías, las acciones revocatorias concursales, la integración de la masa, la fuga del deudor, el embargo de los bienes y las convocatorias de acreedores.

La lectura del mencionado Título y su interpretación, dan la razón a los autores citados quienes, sin embargo, deberían haber agregado que la voz quiebra no es utilizada en el mismo.⁹⁹

El secuestro general del patrimonio estaba previsto ya en la ley 41 del Título XV de la Partida V. Si el deudor no hacía cesión voluntaria de **todo** su patrimonio, se le encarcelaba hasta que pagara o entregara sus bienes. Y esta puesta a disposición de los acreedores del patrimonio desposeía al deudor y significaba el secuestro o embargo general del mismo. Por lo tanto, no es absoluto el origen germano de dicho secuestro, pues también en España si el deudor huía se admite el embargo del patrimonio como sustitución de la coacción personal del deudor, hecha imposible precisamente por su fuga u ocultación.

Simplemente por tradición y herencia de Roma, España, en la época del Fuero Juzgo y del Fuero Real, y con mayor razón durante la redacción de las Partidas, tenía su procedimiento ejecutivo patrimonial cuando el deudor huía y no era encontrado.¹⁰⁰

el derecho visigodo (derecho franco, dice Garrigues, quien cita la *Lex Visigothorum*, V. 6, 5. *Curso de Derecho Mercantil*, II, p. 407, 3ª ed., Madrid, 1960).

98. Organizaron un procedimiento colectivo de ejecución (*Tratado Elemental de Derecho Comercial*, IV, p. 6, 2ª ed., Buenos Aires, 1958).
99. De parecer contrario es Ramírez (I, p. 149), pues manifiesta sobre las Partidas que en las mismas no se regula el procedimiento de quiebra ni se habla de ella. Si el mismo autor (p. 145), dice que en la Partida 5ª "se recogen diferentes leyes que regulan instituciones tan esenciales y características de la quiebra como...", las que pasa a enumerar, no entiendo por qué cree que no obstante dichas regulaciones las Partidas no reglamentan la quiebra. Para mí tienen razón Apodaca y Rodríguez.
100. Si era perseguido y hallado por un acreedor, éste se cobraba con privilegio respecto a lo que consiguiese en manos del fugitivo. Ley 10, Título XV, Partida V. Esto significa la negación del concurso al menos para el acreedor que hacía el esfuerzo de localizar al deudor fugitivo o escondido. Véase la ley 17 del Título XX, Libro 3º, del Fuero Real, en nota 90. Sin embargo, dicho privilegio se explica por la huida del deudor y el hecho de no haber dejado bienes por lo que justo era reconocer a quien con diligencia se dedicaba a buscarlo y lo encontraba, que se pagara primero con todo lo que

D) Leyes posteriores a las Partidas

Con posterioridad a las Partidas aparecen otras regulaciones de menor importancia, tales como las dictadas por las Cortes de Barcelona, 1299 y 1493; Lérida, 1301; Gerona, 1321; Montblanch, 1333; Monzón, 1510, y Córdoba, 1570; así como en las Costumbres de Tortosa (siglo XIII) y diferentes pragmáticas cuyos textos pueden ser estudiados en Ramírez,¹⁰¹ Rives y Martí y Saura Juan¹⁰² y Estasen,¹⁰³ a los que remito.

E) Ordenamiento de Alcalá y Fuero Viejo de Castilla

En relación con el Ordenamiento de Alcalá y el Fuero Viejo de Castilla, dice Apodaca:¹⁰⁴ "Todos estos ordenamientos contienen disposiciones, algunos más completas y otros menos, sobre el típico procedimiento concursal español". No estimo exacta esta afirmación, porque la lectura de dichos cuerpos de leyes no suministran datos ni siquiera de mediana importancia en relación con la quiebra.¹⁰⁵

encontrare en manos del deudor, lo cual sería usualmente poco. Pero el eventual remanente iba al concurso. También era posible que el deudor fuese buscado por cuenta y orden de la totalidad o parte de los acreedores, caso en el cual no había privilegio, pues los gastos y gestiones de búsqueda se hacían en comunidad. El texto de la ley últimamente citada puede verse en *Las Siete Partidas del muy noble rey Don Alfonso El Sabio*, glosadas por el Lic. Gregorio López, del Consejo Real de Indias de S. M., II, p. 932, Madrid, 1844. En relación con los procedimientos destinados a prevenir o evitar la quiebra, o el concurso general, obsérvese que las Partidas, refiriéndose a toda clase de deudores, permitían evitar el concurso mediante esperas y quitas, cuestión semejante a lo que ocurre en el concordato preventivo, como puede verse en las Leyes V y VI del Título XV, de la Partida 5^a. Véase el texto de dichas leyes: *Las Siete Partidas*..., II, pp. 928 y 929, Ramírez, *ob. cit.*, I, p. 147; y Apodaca, *ob. cit.*, pp. 64-65. Nótese también la afirmación de Rocco, *ob. cit.*, p. 186, nota 83, y p. 199 y nota 132, de que en los estatutos de Lucca de 1550, refundidos en 1610, preveían el concordato como medio de evitar la declaración de quiebra. Si dichos estatutos constituyen el origen italiano del concordato, es indudable la anterioridad de las regulaciones hispánicas de las Partidas redactadas entre 1256 y 1263.

101. *Ob. cit.*, I, pp. 150-154.

102. *Teoría y práctica de actuaciones judiciales en materia de concurso de acreedores y quiebras con sus preliminares quita y espera y suspensión de pagos*, II, pp. 8-11, 3^a edición, Madrid, 1954.

103. *Tratado de las suspensiones de pagos y de las quiebras*, pp. 51-69, 2^a edición, Madrid, 1908.

104. *Ob. cit.*, p. 61.

105. El Ordenamiento de Alcalá es de 1348. El Fuero Viejo de Castilla de 1356. Los textos pueden leerse en *Los códigos españoles...*, I, pp. 431-487 y 223-303, respectivamente. Tampoco se refieren a la quiebra las Leyes del Estilo o Declaración de las leyes del fuero,

F) Ordenanzas de Bilbao ¹⁰⁶

El estudio de las mismas tiene singular importancia histórica,¹⁰⁷ pues rigieron entre nosotros en términos generales y salvo contadas excepciones, hasta el 5 de julio de 1862, cuando entró en vigencia nuestro primer Código de Comercio.¹⁰⁸ Dichas Ordenanzas fueron una regulación exclusiva para los comerciantes y reglamentaron en detalle diversos aspectos de la quiebra o concurso en general, tales como el desasimiento; la incapacitación del fallido; la prohibición de entregarle mercancías y correspondencia; la convocatoria, calificación y graduación de los acreedores, la administración del patrimonio embargado; la reivindicación de bienes en poder del quebrado; el reparto a prorrata entre los acreedores; la incautación de libros y papeles; la revisión de los libros para cotejar si estaban llevados según la propia ordenanza; los convenios de mayoría con las proporciones establecidas en nuestro artículo 1.014 del Código de Comercio; las revocatorias concursales; la acumulación de todos los juicios al universal de quiebra y los convenios de quita y espera (moratorias).

Como puede observarse, sus 29 capítulos y 723 artículos o números, eran un verdadero Código Mercantil y también de

recopilación de "jurisprudencia de los tribunales supremos del Estado formadas inmediatamente después de la promulgación del Fuero Real, y para entenderle y aplicarle". *Los códigos españoles...*, I, pp. 307 y 309-348.

106. Ramírez, *ob. cit.*, I, pp. 160-173, Apodaca, *ob. cit.*, pp. 73-74. Rives y Martí, y Saura Juan, *ob. cit.*, II, pp. 11-13; Estasen, *ob. cit.*, pp. 70-85; García-Gallo, *ob. cit.*, I, p. 445, N° 877; Minguijon, Adrián: *Historia del Derecho Español*, pp. 396-398, 2ª ed., Barcelona, 1953.
107. Las primeras fueron las de 1494, dictadas para Burgos y extendidas a Bilbao en 1511. Las sucesivas reformas fueron recopiladas en 1560 por Felipe II; luego se añaden otras hasta la redacción de 1737 bajo Felipe V, la cual recoge ideas de las ordenanzas francesas de 1673 y 1681. El Consulado de Bilbao se estableció en 1511. García-Gallo, *ob. cit.*, I, p. 445, N° 877; Estasen, *ob. cit.*, p. 66. El Capítulo XVII, con 61 números de gran amplitud, se refería exclusivamente a la quiebra. El texto completo de dicho capítulo puede verse en Ramírez, *ob. cit.*, I, pp. 164-173.
108. H. Giménez Anzola, *ob. cit.*, p. 52. El Congreso General de la Gran Colombia, en la Ley sobre Procedimiento Mercantil de 10 de julio de 1824, consagró en forma expresa la vigencia de las Ordenanzas de Bilbao, por lo que respecta a la calificación de actividades de comercio o actos mercantiles que regiría dicha ley (arts. 3º y 4º) y al trámite del procedimiento en ausencia de disposiciones expresas (art. 28). *Cuerpo de Leyes de la República de Colombia, 1821-1827*, pp. 207 y 209, Caracas, 1961. También confirma la vigencia de las Ordenanzas de Bilbao nuestro expositor Sanojo, pues al editar sus *Comentarios al Código de Procedimiento Judicial* en el año de 1857, se refiere abundantemente a las mismas como texto legal vigente, cuando de comerciantes se trataba. Véase la obra citada, pp. 91, 93, 95, 99, 147, 148, entre otras.

la quiebra y es indudable su influencia sobre el Código de Comercio francés de 1807, así como sobre nuestro Código de Comercio, derivado en gran parte de aquél.¹⁰⁹

Las Ordenanzas se aplicaron no sólo en Bilbao, sino en toda España y sus colonias, las cuales, todavía después de separadas de la Madre Patria, siguieron rigiéndose en materia mercantil por las mismas.

Las Ordenanzas de Bilbao rigen prácticamente en toda España hasta 1829, cuando el 30 de mayo se promulga el primer Código de Comercio español el cual, en lo relativo a quiebras, se inspiró tanto en dichas Ordenanzas como en el Código francés de 1807.

Luego, en 1830, se dicta la Ley de Enjuiciamiento sobre los negocios y causas de comercio.¹¹⁰

La Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881 regula el concurso para deudores civiles y la quiebra para los comerciantes, siguiendo así la tradición impuesta desde las Ordenanzas de Bilbao y ya existente con anterioridad a éstas.¹¹¹

Posteriormente se dicta el Código de Comercio de 22 de agosto de 1885, actualmente vigente junto a ciertos artículos del Código de 1829.

El 26 de julio de 1922 es promulgada la Ley de Suspensiones de Pagos.¹¹²

15 bis. La doctrina en España

Después del gigantesco esfuerzo que significó la redacción de las Partidas, la legislación hispánica duerme. Sólo la doctrina, en gesto que dará siempre brillo a la época moderna española, produce la monumental obra de Francisco Salgado de Somoza, denominada *Labyrinthus creditorum concurrentium ad litem*

109. Las opiniones sobre las Ordenanzas de Bilbao son un tanto contradictorias. No son un verdadero código de comercio (Rehme, ob. cit., p. 190), a pesar de que constituyen una "nutrida compilación de disposiciones autónomas" (Rehme, ob. cit., p. 148). No obstante, para Minguíjon (ob. cit., p. 397), "constituyen las Ordenanzas de Bilbao un verdadero código mercantil", criterio que comparten Alvarez del Manzano, Bonilla San Martín y Miñana Villagrasa, *Tratado de Derecho Mercantil Español, comparado con el extranjero*, I, pp. 425 y 426, Madrid, 1915.

110. Nótese la prioridad de nuestra ley de 10 de julio de 1824, sobre procedimiento mercantil.

111. Ramírez, ob. cit., I, pp. 161 y 179.

112. J. Torres de Cruells: *La suspensión de pagos*, pp. 93-97, Barcelona, 1957.

per debitorem comunem inter illos causatam, “primera obra sistemática sobre la quiebra escrita hasta entonces”.¹¹³

Con esta obra, el pensamiento jurídico español destaca el principio publicístico de la quiebra, el interés del Estado en su regulación y la no admisión de la autogestión de los acreedores, cuyo interés se subordina al público. Se sistematiza el procedimiento usual en España sobre las quiebras. Su influencia es notable, sobre todo en Alemania, y es de lamentar el desconocimiento de los méritos del ilustre Salgado por parte de escritores obsesionados, tal vez por exagerado patriotismo, en hacer ver que sólo fue Italia con sus regulaciones estatutarias la que de manera exclusiva desarrolló los principios que sirvieron luego de base a las modernas regulaciones sobre la quiebra.¹¹⁴

Garrigues,¹¹⁵ escribe sobre Salgado de Somoza: “Esta es la nota esencial del sistema de Salgado de Somoza: la constante intervención del juez en la quiebra y la subordinación de ésta a embarazosas solemnidades de un verdadero juicio. Los bienes se abandonan a la protección y potestad de la curia; la administración se pone por el deudor en manos del juez, quien designa al administrador; el juez es el subastador de los bienes en representación del deudor; por la autoridad del juez y no por la propia del cedente se hace la distribución entre los acreedores...”.

Los principios intervencionistas reseñados por Salgado han recibido hoy aplicación en las más modernas y completas leyes de quiebra vigentes, tales como la francesa de 1955, la italiana

113. Apodaca, *ob. cit.*, p. 70. La obra de Salgado fue publicada en Francia entre 1651 y 1654. Antes, en 1616, se había impreso en Madrid la de Amador Rodríguez: *Tractatus de concursu et privilegiis creditorum in bonis debitorum*... según se afirma, inferior en calidad a la de Salgado, pero con el mérito de haber señalado con la denominación *concurso* la materia relacionada con la quiebra.

114. Entre los detractores de Salgado figuran Rocco, *ob. cit.*, p. 200, N° 78; Provinciali: *Manuale*..., I, p. 79, nota 46, y Kohler: *Lehrbuch des Konkursrechts*, pp. 24 y ss., Stuttgart, 1891, quien a pesar de lamentarse del carácter público que la obra de Salgado imprimió al derecho alemán (tendencia hoy día la más moderna y aconsejable), no deja de reconocer los méritos del libro y su poderosa influencia en Alemania y otros países. En cambio, son más objetivos en sus juicios sobre Salgado: Ferrara: *Il Fallimento*, p. 55, Milán, 1959; Bonelli, *ob. cit.*, I, p. XV; Azzolina, *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, I, p. 14, 2ª ed., Turín 1961, quien afirma la influencia de Salgado en el derecho concursal de Bremen, Hamburgo y Lübeck, así como en el *Codex bavaricus iudiciarius* de 1753; Endemann y Jerónimo Bayer, citados por Alcalá Zamora y Castillo: *Un español mal comprendido*, pp. 54 y 62, Madrid, 1932 y anotados por Apodaca, *ob. cit.*, p. 71.

115. *Ob. cit.*, II, p. 408.

de 1942, la mexicana del mismo año y la alemana de 1898. Lo cual se ha dicho para contradecir las opiniones que le restan méritos a la doctrina y práctica judicial española y, en particular, a quienes de una manera u otra, niegan o disminuyen los innegables méritos del autor hispánico.

Merece también citarse el nombre de Juan de Hevia Bolaños quien en su *Curia Filipica*, trató materias referentes a la quiebra.¹¹⁶

16. Francia

Invadido por germanos el territorio de la actual Francia, el derecho romano que lo regía entró, al igual que lo ocurrido en España, en lucha con las leyes bárbaras. El derecho romano persistió en algunas ciudades pero en definitiva y por lo que concierne a las ejecuciones, se impusieron aquéllas.¹¹⁷

El procedimiento, en sus orígenes, era parecido a la *manus iniectio* romana y al *sabatu* babilonio. Existía la dación en rehén y la prenda sobre la persona del deudor o de sus familiares. Sólo la aplicación de la *cessio bonorum* mitigaba el rigor personal de la ejecución. Aparece otra vez dicha *cessio* en el siglo XII bajo San Luis¹¹⁸ y es comentada por Beaumanoir en las *Costumbres de Beauvoisis*.

Sólo en el siglo XIII se organiza el concurso que supone eliminar el privilegio antes existente para el primer actor o el primer embargante. La primera noción es la de insolvencia civil (*deconfiture*), entendida como superioridad del pasivo sobre el activo. La misma noción se aplicaba a los comerciantes.

Se admite generalmente que el desarrollo francés de la quiebra proviene de la influencia italiana, sin que los autores franceses se hayan creído obligados a rechazar ese origen. No existen en la Edad Media francesa regulaciones legales comparables

116. Véase Ramírez, *ob. cit.*, I, p. 154, nota 81.

117. Henri Mariage: *Evolution historique de la législation commerciale de l'ordonnance de Colbert a nos jours*, 1673-1949, pp. 9-11, París, 1951; Percerou y Desserteaux, *ob. cit.*, I, pp. 9-11, 15-32; Granchet, *ob. cit.*, pp. 14 y 15, 18-27; Alauzet; *Commentaire des faillites et banqueroutes*, I, pp. 11-28, Nos. 2.390-2.399, París, 1879; Thaller y Percerou: *Traité Elementaire de Droit Commercial a l'exclusion du droit maritime*, pp. 1.023 y 1.024, N° 1.695, 7ª ed., París, 1925; *Encyclopedie Dalloz, Répertoire de Droit Commercial et des Sociétés*, I, p. 9, Nos. 9 y ss., París, 1957; Lyon-Caen y Renault, *ob. cit.*, VII, pp. 6-38, Nos. 6-37.

118. La respectiva ordenanza prohibió la prisión por deudas la cual, no obstante, resurgió después en la ordenanza de 1303. Alauzet, *ob. cit.*, I, p. 7, N° 2.387.

a las Partidas. Las ferias de Champagne y de Brie (principios del siglo XIII), así como las de Lyon¹¹⁹ (1419 y 1463), copian los estatutos italianos en la cuestión procedimental y ya para el siglo XV la quiebra en Francia es igual o casi igual a la existente en Italia.

En 1560, 1579, 1609 y 1629, se dictan normas destinadas en lo fundamental a castigar severamente, inclusive con la muerte, a los quebrados fraudulentos.¹²⁰

En 1673, Luis XIV dicta su célebre ordenanza,¹²¹ la cual, como se ha dicho, inspiró en parte las Ordenanzas de Bilbao en su redacción de 1731. Sólo de modo general se reglamenta la quiebra, pues apenas se le dedican trece de los ciento veintidós artículos de que en total constaba la ordenanza, en contraste con otras materias un poco mejor reguladas. Dicha ordenanza originó muchas confusiones en la jurisprudencia y en la doctrina sobre el establecimiento de la abertura de la quiebra, pues sólo se precisaban como causas de quiebra el retiro del deudor (huida, ocultamiento) y la colocación de sellos sobre sus bienes, sin regularse cuando se podían colocar los mismos y si la oposición del deudor la obstaculizaba. El balance de la ordenanza, en su aspecto científico y por lo que concierne a la quiebra,¹²² es negativo.

119. El Reglamento de Lyon, de 2 de junio de 1667, reflejo del derecho ya aplicado en las ferias, fue el primer texto oficial francés que reguló en conjunto la quiebra. Se equivocan los redactores del *Répertoire Dalloz de Droit Commercial et des Sociétés*, I, p. 9, N° 9, cuando dicen que fue la ordenanza de 1673 el primer texto que la reguló en conjunto. Más todavía, se ha sostenido que la ordenanza de Luis XIV es inferior a la de Lyon de 1667 en lo relativo a la quiebra. Cfr.: Percerou y Desserteaux, *ob. cit.*, I, pp. 20 y 21, N° 19. Con anterioridad, las ordenanzas de Francisco I (1536) y Carlos IX (1560), se referían a la quiebra, pero sólo para establecer sanciones penales.

120. Mariage, *ob. cit.*, pp. 46-47. También S. S. el Papa Pío V, en 1570, impuso a dichos quebrados la pena de muerte. Percerou y Desserteaux, *ob. cit.*, I, p. 14.

121. Primera codificación general del derecho mercantil en Francia. Posteriormente y en 1681, se dicta la ordenanza de la marina, bajo la influencia de Colbert. Para la historia del derecho francés en general: Henri Regnault: *Manuel d'histoire du droit français*, 5ª ed., París, 1947. La evolución de la quiebra desde 1673 hasta 1949 puede ser vista en Mariage, *ob. cit.*, pp. 40-48, 100-123, 152-159, 167 y 189.

122. La bibliografía sobre la ordenanza de 1673 es abundante. Cfr.: Granchet, *ob. cit.*, pp. 20-27. No hay duda de que las Ordenanzas de Bilbao de 1737 eran mucho más completas. Lo mismo hay que decir del Derecho Territorial del Estado Prusiano (Ordenanzas Prusianas), de 1794. Estas últimas dedicaron a la materia mercantil 1.990 artículos. Entre la Ordenanza de 1673 y el Código de Comercio

La diferencia entre cesación de pagos y **deconfiture**,¹²³ sólo se precisa doctrinaria y jurisprudencialmente a partir del siglo XVIII y legislativamente desde el Código de Comercio de 1807, máxime cuando la jurisprudencia rechazó las limitaciones que estableció dicho Código para la demostración de la cesación de pagos, lo cual originó la reforma verificada por la ley de 28 de mayo de 1838, consistente, entre otras cosas, en eliminar el texto del artículo 441 del Código de 1807.¹²⁴

El Código de Comercio de 15 de septiembre de 1807, en vigencia desde el 1º de enero de 1808, sustituye a las ordenanzas de Luis XIV de 1673 y 1681 para el comercio y la marina, y es, en propiedad, el primer Código de Comercio del mundo.

Las quiebras reciben especial atención y el propio Napoleón, preocupado por los escándalos originados con ocasión de las mismas, preside las sesiones de 28 de julio, 1º y 8 de agosto de 1807, dedicadas a la discusión del libro III, concerniente a la quiebra. La severidad que impone, a pesar de la oposición de algunos, hace que se aplique poco. "Todo un sistema especial de liquidación del patrimonio de los comerciantes insolventes se había así formado detrás y al lado del Código".¹²⁵ Y muy pronto, en 1838, se modifica profundamente el régimen de quiebras.

No obstante, el mérito del Código es indiscutible por su progreso sobre las leyes anteriores y por haber sentado legislativamente el principio de la cesación de pagos como causa de la declaratoria de quiebra.

La ley de 1838 es un paso más de avance. Reitera el principio de la cesación y elimina las enumeraciones que suministraban ejemplos de la misma.¹²⁶

A la ley de 1838 sólo se le hacen pequeñas modificaciones de detalle por diversas leyes posteriores. Así permanece prác-

francés de 1807, debe consultarse el proyecto Miromesnil de 1782, cuyo título XI se refería a la quiebra en 42 artículos. Mariage, *ob. cit.*, pp. 100-123.

123. La diferencia entre insolvencia civil (**deconfiture**) y quiebra, puede verse en Lyon-Caen y Renault, VII, pp. 33 y 34.

124. Dicho artículo decía: "El tribunal declara la apertura de la quiebra y fija su época (comienzo) sea por la fuga (*retraite*, retirada) del deudor, el cierre de sus almacenes o por la fecha de cualquier acto que constate su rechazo a cumplir o pagar sus compromisos comerciales. Todos los actos anteriormente mencionados no bastarán para la apertura de la quiebra sino cuando, además, exista cesación de pagos o declaración (confesión) del fallido".

125. Percerou y Desserteaux, *ob. cit.*, I, pp. 32-38, Nos. 23 y 24.

126. El art. 441 de 1807 es eliminado y parte de su texto incorporado a los arts. 440 y 441 de 1838. Luis Tripier: *Les Codes Français collationnés sur les textes officiels...*, pp. 629 y 630, 2ª ed., París, 1870.

ticamente intangible hasta el 20 de mayo de 1955, fecha en la cual se dicta el nuevo régimen sobre la quiebra y el arreglo judicial,¹²⁷ pues la ley de 4 de marzo de 1889 se limitó a introducir la liquidación judicial, especie de quiebra atenuada para el comerciante honesto y desafortunado.¹²⁸

17. Bélgica

La regulación de la quiebra en este país tiene también sus orígenes remotos en Roma e inmediatos en la legislación de las comunas italianas del Medioevo.¹²⁹

Antes de la Revolución francesa las regulaciones belgas se encontraban diseminadas en multitud de leyes locales, edictos y costumbres.

A este respecto son de mencionar las costumbres de Amberes, Bruselas, Lovaina, Malinas y Ostende. En algunas regiones, a falta de normas expresas, se aplicaba subsidiariamente al derecho romano; en cambio, en otras, este último constituía la fuente principal y tenía vigencia, salvo expresa derogación por la costumbre.

Dentro del derecho consuetudinario se contemplaban, en general, los procesos ligados al funcionamiento general de la quiebra, como el establecimiento de la masa de acreedores, la desposesión del fallido, cuya situación se asimilaba a la de los menores o entredichos, lo que requería el nombramiento de un curador a quien en algunas costumbres se le designaba tutor, procurador, o síndico.

Es de mencionar el hecho de que el derecho consuetudinario no conocía, en general, los términos de quebrado y quiebra, salvo escasas excepciones.¹³⁰

127. Argenson, Toujas y Dutheil: *Règlement Judiciaire et Faillite, Traité et formulaire*, 3^a ed., París, 1963; Adrienne Honorat: *Les innovations du décret du 20 mai 1955 relatif aux faillites et règlements judiciaires*, París, 1960; Maurice Lagarde y Louis Mejanes: *Traité formulaire de la faillite et du règlement judiciaire...*, París, 1956; Williams: *La nueva legislación francesa sobre arreglo judicial y quiebras*, Buenos Aires, 1959; J. A. Zambrano Velasco: *El nuevo régimen francés de quiebra y arreglo judicial*, Caracas, 1957; Houin, "La réforme de la faillite", artículo en *Recueils Dalloz et Sirey de doctrine, de jurisprudence et de législation*, 1956, *Chroniques*, pp. 7-12, París, 1956.

128. En el curso de este trabajo se aludirá no sólo a la ley de 1955 sino también a la anteriormente vigente, pues ésta es más parecida a nuestro Código de Comercio que aquélla.

129. Louis Fredericq: *Traité de Droit Commercial Belge*, VII, Première Partie, p. 42, N° 3, Gand, 1949.

130. Fredericq, *ob. y tomo cit.*, p. 44.

En Bélgica, al igual que en Francia, tuvieron aplicación hasta 1795 las denominadas *lettres de repit*, por medio de las cuales el deudor de buena fe se sustraía de la acción de sus acreedores conservando su capacidad civil y principalmente su libertad. Equivalían a una moratoria acordada por el soberano. También podía dicho deudor de buena fe hacer cesión de sus bienes cuando no obtenía las "cartas de respiro".

Incorporada Bélgica a Francia el primero de octubre de 1795, el derecho romano y el consuetudinario son sustituidos por la legislación francesa.¹³¹ Reciben aplicación, de tal modo, la ordenanza de Colbert, 1673, y de manera particular el Código de Comercio de 1807. Separada de Francia se dicta la ley de 18 de abril de 1851, inspirada en la ley francesa de 1838. La mencionada ley es la actualmente vigente y está incorporada al Código de Comercio belga en los artículos del 437 al 592. Para el concordato preventivo, deben tenerse en cuenta las leyes de 29 de junio de 1887 y 10 de agosto de 1946. La moratoria (atraso), está prevista en los artículos 593 a 614 del Código de Comercio belga (ley de 18 de abril de 1851).

18. Inglaterra ¹³²

También la influencia italiana se deja sentir en Inglaterra no sólo respecto a la quiebra (*bankruptcy*, bancarrota, *banca rotta*, *bancus ruptus*),¹³³ sino respecto al derecho mercantil en general. Por medio de esa influencia penetra también el derecho romano en la medida en que el mismo había servido de fundamento a los estatutos comunales italianos.

En la evolución del sistema de ejecución personal del deudor se advierten dos etapas: el derecho consuetudinario (*common law*) y el derecho legislado (*statute law*).

A) Derecho consuetudinario

Este no admitía concursos así como tampoco quitas. El deudor tenía que pagar todo cuanto adeudaba. Antes de 1285 el acreedor tenía dos medios para ejercer su derecho sobre bie-

131. La legislación francesa abolió las *lettres de repit* en 1791.

132. Charles del Mármol: *La faillite en droit anglo-saxon, étude de législation et de jurisprudence faite dans le cadre de la loi anglaise de 1914*, París-Bruselas, 1936; Williams: *Law and Practice in Bankruptcy*, 17ª edición, 1958; 3ª impresión, Londres, 1963; Percerou y Desserteaux, *ob. cit.*, I, pp. 106-115; Apodaca, *ob. cit.*, pp. 81-84, Rehme, *ob. cit.*, pp. 61, 117-119, 137, 154, 155, 167 y 190. Sobre el origen italiano de la palabra bancarrota: Lyon-Caen y Renault, *ob. cit.*, VII, p. 3.

133. Bonelli, *ob. cit.*, I, pp. 92-93, N° 52.

nes muebles de su deudor: el writ of fieri facias y el writ of levari facias.¹³⁴ Ambos writ eran mandatos legales dictados en nombre del rey para lograr el cumplimiento. Se había eliminado la prisión por deudas y el encarcelamiento como medio de coaccionar al deudor para lograr el pago. En 1285 se restablece, bajo Eduardo I, de un modo u otro, la prisión por deudas, lo cual condujo a abusos y a resultados nefastos.

La tendencia posterior se orienta a castigar al deudor de mala fe, mientras la protección del deudor de buena fe que por circunstancias ajenas a su voluntad no podía cancelar sus obligaciones, no se desarrolla efectivamente.¹³⁵

B) Legislación

En la edad Media inglesa no se dicta ley alguna, pues la primera es de 1543, bajo Enrique VIII.¹³⁶

Toda evolución de la quiebra es jurisprudencial y con base en la costumbre.¹³⁷ Este sistema fue el que predominó prácticamente en todo lo referente al derecho mercantil, salvo las materias referentes a quiebras, bancos, sociedades, transportes, ferrocarriles, telégrafos, seguros y cambios.¹³⁸

La doctrina inglesa en la Edad Media aporta al derecho mercantil un texto, denominado *Fleta* y redactado hacia 1290, el cual demuestra la existencia de numerosas reglas consuetudinarias mercantiles para la época, que fueron luego recogidas en 1354, en el *Statute of Staple*.¹³⁹

Modificaciones al régimen establecido en 1543 ocurren en materias no trascendentales mediante las leyes dictadas en 1571, 1604 y 1623. La primera ordena que la quiebra no se aplique sino a los comerciantes, cuestión que permaneció en vigor hasta

134. También la ley vigente alude a éste. Ver sección 50, Williams, *ob. cit.*, p. 388.

135. Mármol, *ob. cit.*, pp. 7 y 79, de quien tomo las informaciones.

136. Esta ley contempló la designación del liquidador, el interrogatorio del deudor, penas para acreedores y deudor fraudulentos y anulación de transacciones hechas en perjuicio de los acreedores. Mármol, *ob. cit.*, pp. 12 y 13; Rehme, *ob. cit.*, pp. 155.

137. La Carta Magna de 1215 preveía la libertad de comercio. En 1283, 1285, 1302, 1312 y 1354 se dictan leyes mercantiles que según parece no contenían alusiones de importancia a la quiebra. En 1556 se funda la Bolsa de Londres. Rehme, *ob. cit.*, pp. 61, 117 y 155.

138. Rehme, *ob. cit.*, p. 190.

139. Rehme, *ob. cit.*, p. 119. Las leyes no se improvisan. Surgen de las necesidades sociales, causa y motivo de aquéllas. Por lo tanto, cuando aparece una ley, es porque la práctica evidencia su necesidad y la costumbre está, en principio, de acuerdo con los principios que se consagran como ley. Rehme, *ob. cit.*, p. 104.

1861. La modificación fundamental de 1571 consiste en la especificación de los hechos que daban origen a la quiebra (**acts of bankruptcy**). En 1623, se introduce el principio que consagra la igualdad de los acreedores. El régimen continuaba siendo de gran severidad y para atenuarlo un tanto aparecen las modificaciones de 1670 y 1678.

En 1705, y siempre tratando de disminuir la severidad del procedimiento contra los quebrados, se faculta al deudor para, con el consentimiento de la mayoría de los acreedores, obtener de los oficiales de la quiebra un certificado de conformidad similar a la cesión de bienes pero diferente de ésta en cuanto el mismo liberaba al quebrado de las deudas que había contraído con anterioridad a la quiebra por las cuales no podía ser en lo sucesivo molestado. A semejanza de la cesión, el deudor debía ser honesto y de buena fe. Los acreedores intervenían en la deliberación y el certificado no se entregaba si uno cualquiera hacía oposición basada en causa justa. Este último requisito fue suprimido en 1843 por los abusos a que dio lugar por parte de acreedores empeñados en impedir que sus deudores obtuviesen dicho certificado.¹⁴⁰

Reformas parciales ocurren por las leyes de 1706 y 1732. En esta última ley la quiebra es concedida como asunto de interés público y se da carácter oficial a la administración de la quiebra”.¹⁴¹

La ley de 1825 recoge y ordena las disposiciones legales anteriores e introduce innovaciones tendientes a beneficiar al deudor permitiéndole, si no pedir directamente su propia quiebra, entrar en tratos con un acreedor a fin de que éste la solicite y en el curso de la misma obtener el certificado de conformidad creado por la ley de 1705. Asimismo, se regulan los arreglos privados entre acreedores y deudores. La posibilidad de obtener el certificado de conformidad por iniciativa del propio deudor constituye la implantación en Inglaterra de un remedio preventivo de la quiebra. Es de notar que ya en Francia los títulos IX y X de la ordenanza de 1673 y en España el Título XV de

140. Blackstone, *Commentaires sur les lois anglaises*, III, pp. 519 y 523, París, 1822, citado por Mármol, *ob. cit.*, p. 20, N° 11, confirma el origen romano y particularmente derivado de la *cessio bonorum* de los certificados de conformidad previstos por esta ley.

141. Mármol (*ob. cit.*, p. 23 y nota 39), dice —siguiendo a Hardwick—, que las modificaciones realizadas en Inglaterra con los certificados de conformidad y el carácter oficial dado a la administración de la misma guardan estrecha relación lógica para equilibrar los intereses del fallido y de sus acreedores. Los derechos de los acreedores de aprovecharse de la ley y recibir una justa parte y los del quebrado de ser liberado, son correlativos, paralelos y proporcionales.

la Partida V, Leyes V y VI, habían regulado con mucha anterioridad tanto los convenios entre acreedor y deudor como el remedio preventivo de la moratoria, que conducía usualmente a la celebración, dentro de la misma, de una quita.

La ley de 1831 aumenta la intervención oficial.

La ley de 1849 puede considerarse como la primera regulación inglesa sobre la quiebra en su conjunto.¹⁴²

La ley de 1861, al establecer la quiebra para toda clase de deudores, eliminó el procedimiento de concurso que existía desde 1830 para todos los deudores incluyendo, por supuesto, los civiles. La ley de 1869, introduce una modificación sustancial al suprimir toda idea de interés público en la regulación y administración de la quiebra. La considera como un negocio exclusivamente privado, lo cual origina abusos sin fin por parte de los acreedores. Y para evitar los mismos se dicta la ley de 1883, la cual retorna a la idea del carácter público de la quiebra que ya antes habían establecido las leyes anteriores, especialmente la de 1831. Desde esta época en adelante, invariablemente, la quiebra ha tenido en Inglaterra un acentuado matiz público, diferenciándose por esta sola característica de las leyes norteamericanas a partir de la de 1898. En 1887 se dicta una ley sobre convenios privados a la que siguen las leyes de quiebras de 1890, 1913 y 1914, modificada esta última en 1926, que es la ley vigente. También en 1914 se dicta una nueva ley sobre convenios privados que también se encuentra en vigor.

Las reglas procedimentales vigentes son de 1952.¹⁴³

142. Recuértese que Francia la tuvo en 1667; España desde el siglo XVII y especialmente a partir de la última redacción de las Ordenanzas de Bilbao, en 1737, y Austria, en 1734. La intervención oficial aumentó especialmente en lo relativo a los certificados de conformidad disminuyéndose el poder de los acreedores. Al mismo tiempo se reglamentan los convenios judiciales y los arreglos privados como "medios destinados a evitar al deudor el deshonor de la quiebra". La ley de 1861 permite declarar en quiebra a los no comerciantes, sustituye los certificados de conformidad por una orden de descargo, otorga mayores facilidades para lograr convenios o arreglos y refuerza los derechos de los acreedores en la gestión de administración de la quiebra. De esas modificaciones —dice Mármol—, sólo la primera perdura, constituyendo una de las características principales de las legislaciones anglosajonas (ob. cit., p. 28, N° 19).

143. Amplias informaciones sobre el derecho vigente pueden verse en Williams, ob. cit., y para un estudio detallado de la evolución histórica de la quiebra en Inglaterra y Estados Unidos: Mármol, ob. cit., pp. 7-86; Tibor Nicolás Leh, *La faillite dans le droit européen continental, comparaison des principales lois des groupes latin et germanique présentée dans le cadre de la plus récente loi européenne d'ensemble (loi yougo-slave de 1929)*, pp. 3-10, París, 1932. Un re-

19. Alemania

Toda la concepción jurídica germana en la Antigüedad y hasta los siglos XII y XIII, estuvo dominada por el predominio de la colectividad y dentro de la misma, de la asociación personal familiar denominada *Sippe*.¹⁴⁴

Posteriormente se modifican parcialmente los principios y se recibe el derecho romano, inicialmente bajo el reinado de Otón III, nieto de Otón el Grande (siglo X), luego con la obra de los glosadores y postglosadores, hasta llegar a la ordenanza de 1495, que lo impone como fuente subsidiaria. Dicho derecho rige casi durante tres siglos, pues es sólo a partir de 1756 cuando comienza la reacción contra el mismo, especialmente con la promulgación en 1794 del "Derecho territorial general para los Estados prusianos",¹⁴⁵ el cual lo suprimió como fuente jurídica.¹⁴⁶

La protección de los derechos se verificaba inicialmente mediante la *autoayuda*, la cual suponía una no intervención del Estado en el cumplimiento de las obligaciones. Se permitía el embargo por autoridad privada en caso de recaer sospechas sobre el deudor. Posteriormente se regulan ambas instituciones e interviene el Estado para hacerlo menos duro y arbitrario. No obstante, persiste la autoprotección, prácticamente hasta 1495 y termina solamente después de la recepción del derecho romano.

Se distinguía entre deuda y responsabilidad. La primera es el deber de realizar una prestación y su violación produce consecuencias penales a menos que se hayan dado al acreedor garantías especiales como la prenda o un rehén. La responsabilidad "es la sumisión o sujeción al poder jurídico del acreedor". Si el deudor incumplía se exponía no a una verdadera ejecución sobre su patrimonio, sino a la venganza o a la acción del acreedor en reclamo de una especie de multa (*Busse*).

Entre los germanos si alguien se negaba a cumplir la sentencia tenía lugar la pérdida de la paz, lo cual exponía al re-

sumen sobre la legislación comercial inglesa: Lyon-Caen y Renault, *ob. cit.*, I, pp. 72-75, N° 70. La ley vigente hace incidentales referencias a la "person unable to pay his debts as they become due". Cfr.: Williams, *ob. cit.*, p. 355. Lo mismo sucede en la ley canadiense. Cfr.: Granchet, *ob. cit.*, p. 52.

144. Véase Planitz: *Principios de Derecho Privado Germánico*, pp. 3 y ss., Barcelona, 1957.

145. Julius Von Gierke: *Derecho comercial y de la navegación*, I, p. 19, Buenos Aires, 1957.

146. Planitz, *ob. cit.*, p. 8. Obsérvese no obstante que no se toma en cuenta la vigencia que pudo tener desde el citado Otón III, sino únicamente desde la fecha de la ley de 1794.

niente a la venganza privada e incluso a que los miembros de la *sippe* contraría lo encarcelaran o le infligieran heridas o la muerte. Quien perdía la paz no era solamente la persona sino también su patrimonio. Por eso se permitía también la toma extrajudicial de prenda como expresión de la autoayuda e incluso de la enemistad con fines de venganza (*faida*). Al acreedor o a su *sippe* les estaba permitido inclusive causar perjuicios y daños a la casa o en general a la propiedad del deudor. Por la institución de la pérdida de la paz y su comparación con lo anteriormente dicho respecto a los medios de ejecución en Babilonia, se comprende que los pueblos que habitaron en las proximidades del Tigris y del Eufrates estuvieron más adelantados que los germanos.¹⁴⁷

El derecho franco, incluso bajo los merovingios, introduce el embargo practicado por el conde o por sus funcionarios,¹⁴⁸ lo cual eliminó la toma de prenda extrajudicial. La ejecución global se desarrolla fundamentalmente bajo los carolingios.

A partir del período franco se introduce la posibilidad de ejecución por parte del tribunal, pero siempre domina el elemento punitivo en dicha ejecución. La responsabilidad es eminentemente personal, sólo corresponde a la persona del deudor. Se dividía en responsabilidad jurídico-penal y responsabilidad contractual. Sobre la segunda, únicamente se admitía mediante dación en rehén o empeñamiento de prenda. En ambos casos había que entregar al acreedor el rehén o la prenda. Después del siglo XII, la responsabilidad jurídico-penal desaparece para ser sustituida plenamente por la responsabilidad patrimonial. Desaparece también la dación en rehén.¹⁴⁹ "La vanguardia de esta evolución corresponde también al derecho de las ciudades".¹⁵⁰

El *Liber Iudiciorum* promulgado en 654 por Flavio Recesvinto (*Lex Visigothorum*, *Fuero Juzgo*) aplicado en España después de la invasión visigoda tanto a germanos como a hispanorromanos¹⁵¹ y un expediente o legajo de Pipino del año 782, regulaban el embargo por autoridad privada del acreedor¹⁵² y hablaban de una *consuetudo pignorandi*.¹⁵³

147. Brunner y Von Schwerin: *Historia del Derecho Germánico*, p. 27, Barcelona, 1936.

148. Brunner y Von Schwerin, *ob. cit.*, p. 82.

149. Equivalente al "ostaggio" mencionado por Rocco, *ob. cit.*, p. 125, nota 6.

150. Planitz, *ob. cit.*, p. 201.

151. Minguíjon, *ob. cit.*, pp. 49-51; García-Gallo, *ob. cit.*, I, pp. 323-324, Nos. 644-647.

152. Recuérdense las leyes de Eshnunna, el Código de Hammurabi, las regulaciones bíblicas y las leyes de Manú.

153. *Provinciali: Manuale*, I, p. 66 y nota 12.

Sin embargo, durante la Edad Media persisten las ejecuciones sobre la persona del deudor no obstante darse el embargo judicial, pues podía suceder que el deudor fuere insolvente y careciese de bienes. En este caso, el deudor podía ser entregado en posesión al acreedor, perpetuamente al comienzo y con posibilidad de redención después; podía ser arrestado o expulsado de la ciudad o región correspondientes.

19 bis. Origen del concurso

En el antiguo derecho alemán se comenzó a pensar en la protección igualitaria de los acreedores en caso de insolvencia del deudor común y ello dio origen a normas primitivas de derecho concursal. Ese derecho debe haber recibido, por otra parte, el influjo poderoso de las repúblicas italianas y, posteriormente, el doctrinario español mediante la obra de Salgado de Somoza.¹⁵⁴

A lo ya dicho sobre las legislaciones antiguas, incluyendo la romana en todas sus etapas, y sobre la evolución de las ideas romano-germanas en Italia, Francia y España, debe agregarse que en Alemania originalmente la evolución fue parecida. La pérdida de la paz, la faida y la autoayuda al dirigirse contra la persona, incluyen también su patrimonio todo.¹⁵⁵ Luego la ejecución se individualiza y pierde su carácter penal y de medio de coacción de la voluntad. La neta distinción entre la deuda y responsabilidad se atenúa. Aparece la afectación de personas o cosas al poder del acreedor y se admite que si el deudor debe, también es responsable porque ha entregado su cuerpo o el de otro en rehén o una cosa en prenda. En la concurrencia de acreedores y si los derechos son iguales, es mejor la condición del que previene, actuando primero contra el deudor común. No obstante "el Derecho antiguo intentó ya una nivelación de los derechos concurrentes" y apareció el concurso.¹⁵⁶ Bajo los carolingios, después del siglo VIII, vuelve a aparecer la ejecución colectiva sobre muebles e inmuebles¹⁵⁷ y con ella el germen del concurso que se perfecciona bajo la influencia y la comunicación con Italia, España y Francia (siglos XIII y XIV). Ocurred la recepción del derecho romano (1495), la evolución del concurso es análoga a la de los países que se habían desarrollado bajo su influencia, lo que no implica la desaparición de algunas ideas o instituciones netamente germánicas.

154. Rehme, *ob. cit.*, p. 107; Azzolina, *ob. cit.*, I, p. 14, N° 10; Ferrara, *ob. cit.*, p. 55, N° 40.

155. Planitz, *ob. cit.*, pp. 32, 195, 196, 199, 200, 201 y 272. Brunner y Von Schwerin: *Historia del Derecho Germánico*, pp. 27 y 82, Barcelona, 1936.

156. Planitz, *ob. cit.*, p. 32.

157. Brunner y Von Schwerin, *ob. cit.*, p. 82.

También y durante la Edad Media el derecho Alemán autóctono aporta al derecho mercantil general figuras y regulaciones propias, pero fundamentalmente y en lo relativo a quiebras, la influencia predominante es la italiana.

Las ferias italianas y francesas se expanden a Alemania. En las ciudades se desarrollan las gildas y la Hansa teutónica adquiere predominio en Europa.

Al decir de Percerou y Desserteaux,¹⁵⁸ "En Alemania, «el derecho de concurso» de Lübeck presenta analogías sorprendentes con los estatutos italianos; asimismo sucede con los de Bremen y Hamburgo". Estas regulaciones concursales alemanas datan de 1405 y 1445 para Lübeck y de 1753 para Hamburgo.

Es interesante señalar que los tribunales especiales en lo mercantil nacen en Alemania como tribunales de quiebras, tal como el de Nuremberg de 1621, transformado en 1697 en tribunal mercantil general y, por supuesto, también de quiebras.

Para 1630 y 1681 se crean los tribunales de feria de Bozano y Braunschweig.

Como obra monumental de codificación general, comprensiva del derecho mercantil, figura el Derecho Territorial del Estado Prusiano, con 1.990 artículos dedicados a dicho derecho especial, pero su articulado, a diferencia de las ordenanzas francesas de 1673 y bilbaínas de 1737, no regulaba la quiebra.¹⁵⁹

Curioso es observar que al igual que en nuestra ley gran-colombiana de 10 de julio de 1824, los tribunales mercantiles alemanes nacen como una reacción contra las demoras y farragosas complicaciones del proceso civil romano-canónico implantado en Alemania desde la recepción.¹⁶⁰

158. Ob. cit., I, p. 15, N° 15 y notas 2 y 3.

159. Rehme, ob. cit., pp. 76, 160 y 191; Julius Von Gierke, ob. cit., I, pp. 15-21, Buenos Aires, 1957; Jaeger, Lent y Weber: *Kommentar zur Konkursordnung*, I, Einleitung, Nos. 14 y ss., 8ª ed., Berlín, 1958.

160. Rehme, ob. cit., p. 160. Es de notar que el deseo de brevedad en lo mercantil, expresado por nuestros legisladores en 1824 y reiterado por la opinión pública venezolana desde 1834 hasta hoy, no ha cristalizado, pues todavía están vigentes las frases de Diego Bautista Urbaneja, quien como Ministro del Interior decía en 1834 al Congreso: "No es posible que en el extremo a que han llegado las cosas en esta materia, haya un solo diputado a quien no afecte el asombro público por la perpetuidad de los pleitos, por las sinuosidades del procedimiento, por la inseguridad consiguiente de las propiedades, por la falta de confianza que esto produce y por la fuerza con que esta rémora detiene el movimiento nacional y la prosperidad". Véase a Nicomedes Zuloaga, *Datos históricos sobre la codificación en Venezuela; códigos leyes y decretos de Venezuela*, p. V, Caracas, 1896. A lo anterior hay que agregar que para 1964 hay

En Alemania, antes de 1794 existen solamente leyes aisladas que regulan algunos aspectos del derecho mercantil, como, por ejemplo, la letra de cambio, el seguro, el derecho marítimo, el contrato de corretaje.¹⁶¹

El 10 de febrero de 1877 se dicta la primera ley de quiebras (*Konkursordnung*) que establece como requisito esencial para la procedencia de la quiebra la imposibilidad de pagar, concepto igual al indicado en el preámbulo del Título XV de la Partida V¹⁶² y que equivale al verdadero concepto de cesación de pagos tal y como lo expresó la Exposición de Motivos de dicha ley,¹⁶³ con el apoyo de la doctrina más autorizada.

La ley fue modificada por la de 17 de mayo de 1898 a la que se agregan la de 5 de julio de 1927 sobre el concordato, modificada por la ordenanza de 26 de febrero de 1935. Esta última se refiere al concordato judicial preventivo de la quiebra, como lo dice el artículo 1º, por lo que resulta errónea la opinión de Jaureguiberry,¹⁶⁴ de que en el derecho alemán "no existe otro concordato que el resolutivo". La ordenanza alemana de quiebras es de las más completas y científicas y ha influido notablemente en la ley italiana de 1942, por lo que la influencia de Salgado de Somoza ha llegado a una de las más modernas leyes de quiebra como la italiana mencionada,¹⁶⁵ la cual caracteriza el proceso como de evidente interés público y atribuye la suma de los poderes al Estado, siguiendo así la orientación histórica española ampliamente desenvuelta por Salgado.¹⁶⁶

20. Venezuela

Durante el lapso en el que fuimos una colonia de España, se aplicaron, como es lógico las leyes hispánicas y, en materia de quiebra, especialmente las Ordenanzas de Bilbao. Es sólo a partir de 1821 cuando el Congreso General de la Gran Colombia y desde 1836 el Congreso de Venezuela, se ocupan muy ligera e indirectamente de la quiebra. Es necesario llegar a 1862 para

recursos de casación pendientes de resolución por la Corte Suprema de Justicia desde 1956. Y si esto acontece en nuestro máximo tribunal, ¿qué es de esperar en los demás?

161. Von Gierke, *ob. cit.*, I, p. 23.

162. "...queremos aquí decir de los otros que desamparan sus bienes, quando non han poderio de fazer la paga".

163. Fernández, *ob. cit.*, pp. 188-191, notas 6 y 7.

164. *Ob. cit.*, p. 22.

165. El texto de las ordenanzas sobre quiebra y concordato preventivo puede verse en Doucet: *Code de Commerce allemand et autrichien*, pp. 523-578 y 579-618, París, 1949.

166. Apodaca, *ob. cit.*, pp. 88 y 89; Provinciali: *Manuale...*, I, pp. 50-52; De Semo: *Diritto Fallimentare*, p. 6, nota 7, 3ª ed., Padua, 1961.

conseguir la primera regulación venezolana de la quiebra en su conjunto.

Seguidamente se analizarán separadamente y en forma cronológica las leyes relativas a quiebra o procedimiento mercantil dictadas por el Congreso General de la Gran Colombia y luego por el Congreso de la República, a partir de la separación.

20 bis. **Legislación Procesal Civil y Mercantil de la época gran-colombiana**¹⁶⁷

A) **Resolución de 10 de septiembre de 1821**

Prohibió a los magistrados de la república la concesión de moratorias en perjuicio y contra la voluntad de los acreedores. Al negarles el legítimo ejercicio de esa facultad, indirectamente sancionó con nulidad las que se hubiesen podido conceder.¹⁶⁸

B) **Ley de 12 de octubre de 1821**

Organizó los tribunales de la República. Estableció el juicio oral para asuntos menores de cien pesos (art. 72).

En el artículo 73 dispuso: "Quedan extinguidos los tribunales especiales de comercio. Los jueces y tribunales ordinarios conocerán de estos negocios en la forma y términos que lo hacían antes de la creación de los consulados".¹⁶⁹

C) **Decreto de 28 de julio de 1823**

Autorizó al Poder Ejecutivo para que, durante la guerra de Independencia y dos años después de su conclusión, concediera esperas o moratorias a los **deudores del Fisco Nacional** siendo requisitos indispensables: a) Que los **atrasos del deudor** no di-

167. Los datos se toman del *Cuerpo de Leyes de la República de Colombia, 1821-1827*, publicados en 1961 y en Caracas por el Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico de la Universidad Central de Venezuela; pp. 47, 103-114, 155-156, 206-209, 225-233, 334-352, 352-371 y 482-486.

168. H. Giménez Anzola: *El Juicio de Atraso*, pp. 35 y 36, nota 39, Caracas, 1963.

169. Mediante Real Cédula de 3 de junio de 1793, se organizó y estableció en Caracas un tribunal especial de comercio igual al existente en Bilbao y denominado Consulado. Su jurisdicción, finalidades, atribuciones y organización fueron analizados por Eloy G. González: *Historia de Venezuela desde el descubrimiento hasta 1830*, I, pp. 309-313, Caracas, 1930; Rafael María Baralt: *Resumen de la historia de Venezuela...*, I, pp. 334-338, Brujas-París, 1939; Guillermo Morón: *Historia de Venezuela*, pp. 201 y 202, 3ª ed., Caracas, 1961; J. M. Siso Martínez: *Historia de Venezuela*, pp. 173-176, 6ª ed., México, 1962.

manen de su propio abandono o disipación culpable de sus bienes; b) Que el deudor diere fianza a satisfacción del Poder Ejecutivo; c) Que se obligara a pagar intereses a la tasa legal corriente en el país y, en fin, d) Que el nuevo plazo de espera no fuere mayor de dos años.

D) Ley de 10 de julio de 1824

Ante las quejas por la atribución a la jurisdicción ordinaria, lenta y complicada, de las causas de comercio y por la eliminación del consulado, efectuada en la ley de 12 de octubre de 1821, se crearon tribunales especiales de comercio y se reguló su funcionamiento y organización. Por vez primera una ley procedimental de la Gran Colombia estableció que las quiebras eran actos de comercio cuyo conocimiento correspondía a la jurisdicción especial mercantil. Se otorgó vigencia a las Ordenanzas de Bilbao para atribuir carácter mercantil a todos los actos, negocios y contratos mencionados en las mismas (art. 4º) y al derogar el artículo 73 de la ley de 12 de octubre de 1821, se reiteró la derogatoria que ya antes se había hecho respecto de las cédulas de creación de consulados de comercio, sustituidos por los tribunales creados por la nueva ley.

Se estableció que en los pleitos mercantiles se procedería “siempre a estilo llano, verdad sabida y buena fe guardada” (art. 18), como se decía en la cédula de creación del Consulado de Caracas, de 3 de junio de 1793.

La demanda era verbal, los términos de prueba cortos, no se concedía apelación si el asunto no pasaba de quinientos pesos y la sentencia de primera instancia podía ser ejecutada de inmediato, previa fianza prestada por el victorioso si el afectado por el fallo apelaba o pedía la nulidad del mismo (arts. 18, 22 y 25).

E) Ley de 28 de julio de 1824

Uniformó los derechos arancelarios a cobrar en los tribunales y juzgados de la República y los fijó minuciosamente. Se previó la exoneración de los aranceles para los pobres de solemnidad, quienes sólo pagarían si llegaban a mejor fortuna.

F) Ley de 11 de mayo de 1825

Reorganizó los tribunales y derogó la de 12 de octubre de 1821, cuyo artículo 73 había sido ya derogado por la ley de 10 de julio de 1824. También derogó las otras leyes que fueran opuestas, incluyendo las recopiladas de Castilla e Indias y las cédulas particulares que establecieran facultades de consejos y audiencias. Se mantenía en vigencia la ley especial de tribunales y procedimientos mercantiles.

G) Ley de 13 de mayo de 1825

Es la primera ley orgánica sobre procedimiento civil en general.¹⁷⁰

En sus 180 artículos fijó las reglas que habrían de observarse **provisionalmente** en el proceso civil y mientras se dictaba otra ley o código más completo y detallado.

Determinó el orden de observancia de las leyes en sentido igual al que posteriormente utilizó la ley de 3 de mayo de 1838.¹⁷¹

A pesar de imponer la conciliación previa, la eliminó, entre otros casos, en los **concursos** de acreedores (art. 4).

El procedimiento era oral si el interés del juicio no excedía de cien pesos. En caso contrario, escrito.

Se contemplaba ya la redacción de "un código completo sobre el procedimiento civil" (art. 180).

H) Ley de 17 de mayo de 1826

Su promulgación se debió a defectos apreciados en el funcionamiento de las leyes de 11 y 13 de mayo de 1825.¹⁷²

Derogó las disposiciones de la ley de 13 de mayo de 1825, que se opusieran a las de la que se comenta.¹⁷³

170. Al estudiarla nuestro sabio procesalista Loreto ("Estado actual del derecho procesal civil en Venezuela", *Estudios de Derecho Procesal Civil*, p. 7, Caracas, 1956), dijo: "Se trata del primer ensayo realizado en América por una nación independiente para regular la administración de la justicia civil".

171. El texto del Título I es: "Del orden en la observancia de las leyes. Art. 1º El orden con que deben observarse las leyes en todos los tribunales y juzgados de la República, civiles, eclesiásticos, o militares así en materias civiles como criminales es el siguiente: 1º Las decretadas o que en lo sucesivo decretare el Poder Legislativo. 2º Las pragmáticas, cédulas, órdenes, decretos y ordenanzas del gobierno español sancionados hasta el 18 de marzo de 1808 que estaban en observancia bajo el mismo gobierno español en el territorio que forma la República. 3º Las Leyes de la Recopilación de Indias. 4º Las de la nueva Recopilación de Castilla, y 5º Las de las Siete Partidas. Art. 2º En consecuencia, no tendrán vigor ni fuerza alguna en la República las leyes, pragmáticas, cédulas, órdenes y decretos del gobierno español posteriores al 18 de marzo de 1808; ni las expresadas en el artículo anterior en todo lo que directa o indirectamente se oponga a la constitución o a las leyes y decretos que haya dado o diere el Poder Legislativo".

172. La ley de 17-5-1826 las cita por las fechas de aprobación por el Congreso: 30 de abril y 1 de mayo de 1825. *Cuerpo de Leyes...*, pp. 482, 352 y 371.

173. También ha debido decirse lo mismo respecto a la de 11 de mayo de 1825, pues ambas se contemplaron en el considerando que precede a la ley. *Cuerpo de leyes...*, pp. 486 y 482.

Tanto esta ley como las dos reseñadas inmediatamente antes, en opinión de nuestro ilustrado Cuenca,¹⁷⁴ “forman un código de procedimiento, tanto orgánico como procesal, de vasta y bien cohesionada estructura, donde se corregían innumerables vicios que la rutina comercial había tendido sobre el antiguo derecho castellano y se hacía recepción también, de valiosas instituciones del viejo derecho español”.

20ter. Leyes y Códigos de la República de Venezuela

A) Ley de Procedimiento en las causas mercantiles y organización de los tribunales de comercio, de 2 de mayo de 1836

Establecía dicha ley la jurisdicción mercantil para (art. 16), las entregas de balances y libros de comerciantes fallidos y la legitimación y comprobación de los créditos; las aprobaciones y convenios entre el fallido y sus acreedores; todo concurso de acreedores, cesión de bienes, juicios de espera y quitamiento, aunque los concursados no sean comerciantes, ni agricultores, ni criadores.

El procedimiento era oral para la demanda y la contestación y no se admitían —en dichos actos— “escritos ni memoriales” (art. 21). Sin embargo, se dejaba constancia escrita de lo sucedido (art. 30). No había consulta de asesor (art. 50), ni tercera instancia o cualquier otro recurso como el de nulidad o restitución *in integrum* (art. 48). Privaba la celeridad y se mandaban a observar “las Ordenanzas de Bilbao, y en su defecto las leyes comunes, en cuanto no se opongan unas y otras a las que haya dado o diere el Congreso”. Esta ley derogó la de 10 de julio de 1824.

B) Ley sobre tribunales y el procedimiento en las causas mercantiles de 8 de marzo de 1839

Derogó la anterior, pero mantuvo en sustancia lo previsto por la misma.

El artículo 17, número 16, atribuía a la jurisdicción mercantil, no las “aprobaciones”, como decía la ley de 1836, sino las “transacciones” (ver art. 16, N° 16, de la ley de 1836).

Derogó esta ley el principio —que parece hoy un tanto absurdo—, de que se daba apelación si el interés de la demanda era inferior a 800 pesos y no se concedía dicha apelación si el valor era superior (arts. 41 y 42 de la ley de 1836, junto a los arts. 47 y 48 de la de 1839). Tanto esta ley como la de 1836,

174. El Derecho Procesal en Venezuela, p. 19, Caracas, 1956.

regulaban con cierto detalle el procedimiento a seguir en los juicios de espera y quitamiento y en los concursos voluntarios o necesarios (arts. 58 y 52 de 1839 y 1836, respectivamente).

El procedimiento era más rudimentario pero también más expedito. Continuaban en aplicación las Ordenanzas de Bilbao, pero se hablaba ya de redactar un Código de Comercio (art. 79).

C) Ley de procedimiento mercantil y organización de los tribunales de comercio, de 2 de marzo de 1841

Iguales orientaciones a las ya descritas privan en la ley de 2 de marzo de 1841. Esta ley derogó la de 1839 y mantenía la vigencia de las Ordenanzas de Bilbao (art. 79).

D) Ley sobre tribunales de comercio, de 26 de mayo de 1846

La ley IV, artículo 1º, Nº 11, contiene una alusión fundamental, pues declaró acto de comercio que somete “a la jurisdicción de los tribunales mercantiles a cualquier clase de personas... Todo lo que concierne al procedimiento en las quiebras de los comerciantes”. Esta innovación supuso, a mi entender, que los concursos de acreedores y juicios de espera y quita de no comerciantes serían conocidos por la jurisdicción civil y no por los tribunales especiales mercantiles previstos y regulados en esta ley. Se concedió la apelación sin limitación de cuantía (art. 7, ley IV), pero se reguló el monto del cual podía conocerse en primera instancia (arts. 5 y 6 de la Ley IV, Título I). Las quiebras se reputaban de mayor cuantía y correspondían siempre al tribunal mercantil (Ley IV, Título I, art. 6).

El artículo 10 de la ley única del Título II, es antecedente inmediato de nuestro actual artículo 1.113.

Se prohibió la tercera instancia, pero se reconoció la posibilidad de reposición o invalidación (Título II, ley única, art. 16).

Fue derogada la ley de 2 de marzo de 1841. Nada se dijo sobre la vigencia de las Ordenanzas de Bilbao, pero es obvio que continuó su vigencia, máxime cuando se remitía al procedimiento ordinario en lo previsto especialmente (Título II, ley única, art. 1º), por lo que era de atender a la ley de 3 de mayo de 1838, integrada en el Título XII, ley única del Código de Procedimiento Judicial de Aranda.¹⁷⁵

Es de observar que si el juicio era de menor cuantía, la competencia correspondía a los tribunales ordinarios, salvo si se trataba de quiebra (Título I, Ley IV, art. 6).

175. Sanojo: *Comentarios al Código de Procedimiento Judicial de Venezuela*, p. 204, Caracas, 1857.

E) Ley sobre Tribunales Mercantiles, de 18 de abril de 1849

Derogó la anterior y suprimió los tribunales de comercio. Las causas que cursaban en ellos pasaron a los tribunales ordinarios (art. 1º). Dichos tribunales especiales no fueron restablecidos sino en el Código de Comercio de 15 de febrero de 1862, que entró en vigor el 5 de julio del mismo año y el cual fue derogado pronto por el Código de Comercio, promulgado el 29 de agosto de 1862.¹⁷⁶

F) Ley sobre cesión de bienes de 15 de junio de 1861

Prohibió a los comerciantes la cesión de bienes, pues éstos quedaban “sujetos a las leyes mercantiles sobre quiebra”. Y como no había jurisdicción mercantil especial por la eliminación de los tribunales de comercio hecha por la ley de 18 de abril de 1849, el conocimiento de las quiebras correspondía a los juzgados ordinarios.¹⁷⁷

G) Códigos de Comercio de febrero y agosto de 1862 ¹⁷⁸

Las características principales de la quiebra en los Códigos de Comercio de 15 de febrero y 29 de agosto de 1862 (sustancialmente idénticos), son:

- a) Restablecimiento de los tribunales mercantiles con competencia para conocer de “todo lo que concierna al procedimiento en las quiebras de los comerciantes...”
- b) Prolongación del procedimiento establecido pues se permitió la tercera instancia (prohibida en las leyes de 1836, 1839, 1841 y 1846), según lo indicado en el Libro Quinto, Título I, Ley I, art. 3º, de ambos Códigos.¹⁷⁹

176. Para el primer Código de Comercio que tuvimos véase a Sanojo: *Código de Comercio explicado y comentado*, Caracas, 1862, quien inserta y estudia su texto completo. Sobre la derogatoria del mismo véase la disposición final del Código de Comercio de 29-8-1862, publicado en *Leyes y Decretos Reglamentarios de los Estados Unidos de Venezuela*, IV, p. 491, Caracas, 1943. En dicha obra se advierte que el Código de Comercio de 15-2-1862 “no aparece publicado en la *Gaceta de Venezuela* ni en la *Recopilación de Leyes y Decretos de Venezuela*”. Las leyes del Código de Aranda y las de 3-5-1838, 5-5-1841, 9-4-1849, 27-5-1850, 6-7-1860, relacionadas con quita y espera y cesión de bienes, no se incluyen en este estudio, pues guardan más relación con el atraso que con la quiebra. Cfr.: H. Giménez Anzola, *ob. cit.*, pp. 35-42.

177. Recuérdese que tuvimos una completa regulación de la quiebra civil mientras estuvo vigente el Código de Procedimiento Civil de 2 de marzo de 1863. H. Giménez Anzola, *ob. cit.*, p. 43.

178. Véase *Proyecto de Código de Comercio de Venezuela*, Libro IV y último, Caracas, 1844.

179. La tercera instancia existente desde la colonia, la época grancolom-

- c) Continuó la regulación de competencia en razón de la cuantía para los tribunales de comercio disponiéndose se siguiera el procedimiento ordinario (civil), cuando el asunto —no obstante ser comercial—, por su monto, fuere tramitado por los jueces ordinarios. Se exceptuó el trámite de los juicios de quiebra, pues se ordenó aplicar lo dispuesto en el Libro Cuarto del Código¹⁸⁰ (Libro Quinto, Título I, Ley IV, arts. 5 y 6).
- d) No se preveía la ocupación judicial, pues se la denominaba (lo cual es acertado), simplemente “embargo de todos los bienes del fallido” (Libro Cuarto, Título I, Ley III, arts. 1, 2, 4, 6, 10 y 11).
- e) El inventario, a diferencia de lo previsto en el artículo 957 vigente, lo hacía el tribunal (Libro Cuarto, Título I, Ley VI).
- f) Se preveían cuatro clases de quiebra: simple, culpable, fraudulenta y por alzamiento.¹⁸¹
- g) A los acreedores hipotecarios, prendarios o con privilegio sobre determinados bienes (preferencia), se les admitía por la porción insatisfecha siempre que tuviesen documento público. No se les denominaba, en ese caso, quirografarios, por lo no satisfecho sino “escriturarios”.¹⁸²
- h) No se preveía liquidación por los acreedores, modalidad introducida en 1904.¹⁸³

La orientación del primer Código de Comercio que tuvimos es, en materia de quiebra, marcadamente francesa y española; en él influyen las Ordenanzas de Bilbao, el Código de Comercio español de 1829 y el Código de Comercio francés.¹⁸⁴ Es una mezcla de todas esas fuentes y en propiedad no puede afirmarse que

biana y el código arandino (1836), fue suprimida para los procesos civiles, mercantiles y penales por la reforma.

- 180. Para facilidad me referiré al texto del Código de Comercio de 29 de agosto de 1862, más asequible y salvo indicación contraria.
- 181. El Código de Comercio de 15-2-1862 sólo preveía tres: simple, culpable y fraudulenta.
- 182. La palabra quirografario proviene del griego y significa documento escrito, lo cual justifica el lenguaje usado por el Código de Comercio de 1862.
- 183. Arts. 916 a 922 del Código de Comercio de 8-4-1904, que empezó a regir el 19 de abril del mismo año.
- 184. Al libro diario se lo denominaba “jornal” (sic), pésima traducción del francés *journal*, lo cual evidencia la copia. No se tuvo en cuenta a Italia porque ésta, para la fecha, no tenía código para toda la nación.

en él domine uno más que otro, salvo la orientación general bilbaína y francesa.

El Congreso de 1835 ordenó la redacción de un Código de Comercio y nombró una comisión al efecto, la cual nada hizo sobre la materia. El Congreso de 1840, a instancia del Ejecutivo designó otra comisión integrada por Francisco Aranda, Francisco Díaz y Juan José Romero. Estos redactaron un proyecto de código que no llegó siquiera al Senado para su discusión y consideración.

El Ejecutivo, en 1857 ignora el proyecto anterior y designa otra comisión que tampoco trabaja. Igual cosa sucede con la comisión designada en 1860, también por el Ejecutivo.

Pero, al decir de Nicomedes Zuloaga,¹⁸⁵ "en 1861 una junta de comerciantes de Caracas tomó la iniciativa de hacer redactar un Código de Comercio para someterlo a la aprobación del Gobierno, que ejercía entonces el general José Antonio Páez, con facultades dictatoriales; el Gobierno acogió la idea y por resolución de octubre de ese año, nombró a la misma comisión que habían elegido los comerciantes, compuesta de los señores doctor José Reyes, Isaac J. Pardo, Fernando Antonio Díaz y Modesto Urbaneja... La Comisión redactora del Código de Comercio, presentó su proyecto que no fue otro que el mismo de 1844 de los señores Aranda, Díaz y Romero, revisado. El gobierno lo aprobó y por decreto de 29 de agosto de 1862, lo mandó ejecutar".¹⁸⁶ Tal fue el origen de nuestro primer Código Mercantil firmado por Páez el 15 de febrero de 1862 y no el 29 de agosto del mismo año, como señala Nicomedes Zuloaga. Con el mismo se inicia nuestra plena independencia respecto a las leyes de la Gran Colombia, las Ordenanzas de Bilbao, las Leyes de Indias, las de la Nueva y Novísima Recopilación,¹⁸⁷ así como también

185. De quien tomamos los datos: *Códigos, Leyes y Decretos de Venezuela*, prólogo, pp. VI-VIII, Caracas, 1896.

186. Obsérvese que Zuloaga no menciona el Código de 15 de febrero de 1862, mandado a ejecutar por decreto de 27 de junio de 1862 que dispuso entrara en vigencia el 5 de julio de 1862. La "disposición final" del Código de 29 de agosto de 1862, citado por Zuloaga como el primero que tuvimos dice: "Se deroga el Código de Comercio de 15 de febrero del corriente año...", lo cual demuestra el lapsus del autor citado cuyo error puede haber sido producto de la dificultad de conseguir el texto de nuestro primer Código de Comercio y de no haber leído dicha "disposición final". Roberto Goldschmidt: *Curso de Derecho Mercantil*, p. 39, N° 8, Caracas, 1964, se refiere al Código de febrero de 1862 así como también Pedro Pineda León: *Principios de Derecho Mercantil*, p. 20, 4ª ed., Mérida, 1964.

187. Aun cuando desde la ley de 13 de mayo de 1825, dictada por el Congreso General de la Gran Colombia y la venezolana de 3 de mayo de 1838, excluían la vigencia de las normas jurídicas españolas dictadas con posterioridad al 18 de marzo de 1808, obsérvese que la

del célebre Código de las Siete Partidas (Libro de las leyes), inagotable fuente de sabiduría y previsión legislativa redactado por orden de Alfonso X, el rey sabio, entre 1256 y 1263.¹⁸⁸

Fue, en consecuencia, nuestro primer Código de Comercio, fruto de la iniciativa privada de los comerciantes de Caracas a quienes corresponde, por supuesto, el honor de haber logrado su redacción y promulgación. Dicho Código fue reformado ligeramente por el de 29 de agosto de 1862, el cual estuvo vigente hasta que el 20 de febrero de 1873 fue dictado el que se debe a la iniciativa y tendencia civilizadora de Antonio Guzmán Blanco.¹⁸⁹

Novísima Recopilación fue mandada a imprimir y promulgada en junio de 1805 y —lo que es más importante—, la misma contiene disposiciones, cédulas, pragmáticas, órdenes, decretos y ordenanzas que fueron dictadas con anterioridad, casi todas durante la segunda mitad del siglo XVIII y, además, las disposiciones legales de la Nueva Recopilación, vigentes en España para la fecha de impresión anotada. Por consiguiente, son de tener en cuenta las leyes de dicha Novísima Recopilación durante la época en que no obstante haber alcanzado independencia política no la teníamos todavía jurídica y en plenitud. El suplemento de la Novísima Recopilación, publicado en 1808, no llegó a tener vigencia en Venezuela según la ley grancolombiana de 1825. Véanse: Salvador Minguíjon: *Historia del Derecho Español*, pp. 376 y 377, 4ª ed., Barcelona, 1953; Alfonso García-Gallo: *Manual de Historia del Derecho Español*, I, El origen y la evolución del derecho, p. 374, N° 750, Madrid, 1959; Sanojo: *Comentarios al Código de Procedimiento Judicial*, p. 204, quien cita en su glosa la ley 3ª, título II, Libro 3º de la Novísima Recopilación igual a la ley I, de Toro.

188. Para 1868 y según información suministrada por el periódico *El Federalista*, N° 1.599, de 24 de diciembre del mismo año, no estaba en la práctica afianzada la vigencia del Código de Comercio de 1862. El artículo titulado "Colaboradores", decía: "Cuando a la hora en que escribimos, la autoridad y vigencia de los códigos nacionales es para algunos centros de población un problema, un mito o una superchería; cuando en Caracas rige el de Comercio sancionado el año de 1862, y más allá las Ordenanzas de Bilbao; y a tiempo que el civil impera en varias partes del territorio de la Unión, en otras vecinas no se conoce siquiera su existencia, decidiéndose los litigios por las Partidas y la Recopilación..." Es de advertir que para la época del artículo periodístico, regía nuestro segundo Código Civil de 21 de mayo de 1867, en vigencia desde el 28 de octubre del mismo año, por lo cual se equivoca Alonso Calatrava, cuando afirmaba en 1927 (RCADF, año 2, N° 5, p. 81, Caracas, marzo-abril de 1938), que nuestro primer Código Civil data de 1867. El primer Código Civil promulgado el 28 de octubre de 1862, debía comenzar a regir el 1º de enero de 1863 y fue derogado por decreto-ley de 8 de agosto del mismo año, dictado por Juan Crisóstomo Falcón. Véase a Ricardo Ovidio Limardo: *Legislación Comercial comparada, o sea códigos de comercio de Europa y América comparados entre sí con una introducción y apreciaciones crítico-filosóficas sobre los principios de legislación que les sirven de base*, I, p. 287, París, 1869.
189. El decreto de Falcón, de 8 de agosto de 1863, que anuló las regulaciones legales dictadas con posterioridad al 15 de marzo de 1858,

H) Código de Comercio de 1873

Constituyó un notable avance en relación con los Códigos de Comercio de 1862. Regula en forma más completa y detallada la quiebra y puede decirse que en lo fundamental corresponde a las líneas generales del Código vigente, salvo en lo relacionado con la liquidación por los acreedores, la quiebra de oficio y otros aspectos de menor importancia. Preveía la declaración de quiebra sin previa citación y audiencia del fallido y permitía, por consiguiente, la quiebra de oficio, procedimiento este último que, como luego se verá, no existe hoy día.

Este Código es uno de los más conocidos en materia de quiebra, pues tuvo la fortuna de ser estudiado y comentado por Sanojo y Dominici.¹⁹⁰

La inspiración del mismo es francesa e italiana. La influencia española decae y Guzmán Blanco, amigo de la cultura francesa, no hizo excepción en cuanto a la inspiración que imprimió a su Código de Comercio.

dejó a salvo, por excepción, el Código de Comercio de 29 de agosto de 1862. Nicomedes Zuloaga, *ob. cit.*, p. VIII. Con el Código de Comercio de 1862 logramos independencia mercantil sustantiva respecto a España. La procesal sólo la alcanzamos plena con la promulgación del Código de Procedimiento Civil de 1873. En esta fecha quedamos desvinculados de la abundante legislación española, la cual mereció de nuestro Libertador el siguiente juicio: "Al pedir la estabilidad de los jueces, la creación de los Jurados y un nuevo Código, he pedido al Congreso la garantía de la Libertad Civil, la más preciosa, la más justa, la más necesaria: en una palabra, la única Libertad, pues que sin ella las demás son nulas. He pedido la corrección de los más lamentables abusos que sufre nuestra Judicatura, por su origen vicioso de ese piélago de la Legislación Española que semejante al tiempo recoge de todas las edades y de todos los hombres, así las obras de la demencia como las del talento, así las producciones sensatas, como las extravagantes, así los monumentos del ingenio, como los del capricho. Esta Enciclopedia Judicial, monstruo de diez mil cabezas, que hasta ahora ha sido el azote de los pueblos Españoles, es el suplicio más refinado que la cólera del Cielo ha permitido descargar sobre este desdichado Imperio" (R.D.L., año 51, Nos. 618-619, p. 197, Caracas, noviembre y diciembre de 1962).

190. Véanse: *Exposición del Código de Comercio con su texto*, pp. 315-510, Caracas, 1874 y *Comentarios al Código de Comercio Venezolano*, pp. 563-711, Caracas, 1891, respectivamente. De ambas obras hay reimpressiones hechas recientemente que, por supuesto, no están revisadas ni puestas al día con las nuevas regulaciones. La bibliografía venezolana sobre quiebras es escasa. Nuestros más conocidos mercantilistas no han escrito sobre la quiebra en general. En el curso de este trabajo se reseñarán los artículos de revistas, tesis y ensayos breves que se han publicado y he podido consultar, los cuales sólo se refieren a aspectos singulares del instituto.

El proyecto fue redactado por Manuel Cadenas Delgado¹⁹¹ e Isaac J. Pardo. Según Zuloaga,¹⁹² el Código de Comercio de 1873 es "el mismo de 1863 (se refiere al de 1862, sin duda), o de la dictadura mejorado y ampliado". Estimo, cotejando ambos cuerpos de leyes, que la reforma fue amplia y que el de 1873 es indudablemente más completo y acabado que los de 1862. Aquél regula la quiebra en 149 artículos y éstos en 150, pero existen más detalles previstos y más amplitud de materias tratadas en los 149 artículos de 1873, que en los otros. La continuación del giro del fallido es una de las innovaciones del Código que se analiza. En cambio, los códigos de 1862 no prohibían a las mujeres ser síndicos, cuestión que sí fue contemplada por el artículo 803 del de 1873 y que subsiste todavía hoy, no obstante la evidente inconstitucionalidad de la prohibición, por atentar contra la igualdad, la libertad de trabajo y ser discriminatoria en razón del sexo (arts. 43, 46, 49, 61, 84 y 215, N° 3, de la Constitución Nacional), máxime cuando las mujeres pueden ser y son —ya en apreciable número—, abogados o comerciantes y no están sujetas como antaño al poder tutelar absorbente del marido.¹⁹³

191. Angel Francisco Brice, en artículo publicado en R.D.L., año XXXIX, Nos. 473-475, pp. 236-254, Caracas, octubre-diciembre de 1950, destaca la labor desarrollada por Cadenas Delgado en la reforma del Código de Comercio de 1862. Sobre la materia referente a quiebras dijo Brice: "En cuanto al Libro que versa sobre las quiebras, no se pueden dejar de observar las modificaciones fundamentales que contiene; la reforma (que culminó con el Código de 1873), simplifica las especies de quiebras al agruparlas en tres categorías generales y darles su verdadero nombre, y así, las califica, conforme al concepto moderno, en fortuitas, culpables y fraudulentas, en vez de simples, culpables, fraudulentas y por alzamiento, que traía el Código del 62. Consigna de manera expresa las condiciones requeridas para que pudieran declararse las diversas especies de quiebra; en fin, distribuye las materias bajo un plan más técnico y lógico". Al respecto debe decirse que el Código de Comercio de 15 de febrero de 1862 no contemplaba la quiebra por alzamiento, si bien a la fortuita la denominaba simple. Y en cuanto a los casos de procedencia de la quiebra culpable o fraudulenta, debe también agregarse que los dos Códigos de Comercio de 1862 los especificaban en forma muy parecida al Código de 1873, si bien en otro lugar. Véanse respecto al Código de febrero de 1862: Artículo 2°, Ley 1ª, Título I, artículos 1° y 2° de la Ley 1ª, Título 4° y artículo único de la Ley 2ª del mismo Título 4°, todos del Libro IV, y los respectivos comentarios en Sanojo: *Código de Comercio Explicado y Comentado*, Caracas, 1862.

192. 'Ob. cit., p. XI.

193. La prohibición a las mujeres de ejercer sindicaturas en las quiebras es reminiscencia de las prohibiciones que para ejercer las mujeres la abogacía consagraron: la ley VI, título 4°, libro 2° del Fuero Juzgo; la ley III, título 9°, libro 4° del Espéculo, y la ley III, título VI, de la Partida 3ª Cfr.: *Los códigos españoles...*, I, pp. 119 y 108. Las siete Partidas del muy noble rey Don Alfonso El Sabio, glo-

I) Código de Comercio de 1904 ¹⁹⁴

El 20 de enero de 1904, Cipriano Castro, con facultades dictatoriales —como es usual en nuestra corta historia—, dicta un nuevo Código de Comercio. El “Congreso”, en ley promulgada

sadas por el Lic. Gregorio López, del Consejo Real de Indias de Su Majestad, Tomo II, p. 95, Madrid, 1844. El glosador acotó como evidencia de su temor a la *mulier linguata*: “*Sicut, ascensus arenosus in pedibus veterani, sic mulier linguata homini quieto, Ecclesiastic, cap. 25, vers. 27*”. La prohibición más elocuente es la de la Partida. Dice así: “Quien no puede abogar por otri, e puelo fazer por sí. Ninguna muger, quanto quier que sea sabidora, non puede ser abogado en juyzio por otri. E esto por dos razones. La primera, porque non es guisada, nin honesta cosa, que la muger tome officio de varon, estando publicamente embuelta con los omes, para razonar por otri. La segunda, porque antiguamente lo defendieron los Sabios, por una muger que dezian Calfurnia, que era sabidora: porque era tan desvergonçada, que anojaua a los Juezes con sus bozes, que no podían con ella. Onde ellos, catando la primera razon que diximos en esta ley, e otrosi veyendo que quando las mugeres pierden la verguença, es fuerte cosa de oyrlas, e de contender con ellas; e tomando escarmiento, del mal que sufrieron de las bozes de Calfurnia, defendieron que ninguna muger non pudiese razonar por otri...”. Algunos jueces venezolanos, setecientos años después de redactada la Ley de Partida, parece han experimentado, en ocasiones excepcionales, los hechos referidos por Don Alfonso, sobre Calfurnia, pero sí que “han podido con ella”, pues inclusive ordenaron su arresto. Por contraste, el Fuero Viejo de Castilla, sección II, título I, libro 3º, permitía a la muger ser *bozero*, con el consentimiento de su marido. Cfr.: *Los códigos españoles...*, I, p. 280.

Una vez concluido y entregado el presente trabajo a los fines de su publicación, la Corte Suprema de Justicia resolvió la solicitud de inconstitucionalidad que presentáramos con fecha 30 de setiembre de 1963 para lograr la declaratoria de nulidad del artículo 970 del Código de Comercio, en cuanto prohibía a las mujeres desempeñar funciones de Síndico. Bajo la Ponencia del doctor Carlos Acedo Toro y con fecha 4 de marzo de 1965 dijo nuestro Supremo Tribunal: “No puede haber duda ninguna de que esta disposición, que establece distingo en una situación en la cual hay igualdad entre el hombre y la mujer encierra una discriminación fundada exclusivamente en el sexo, en abierta contradicción con lo preceptuado por el artículo 61 de la Constitución Nacional, en su primera parte...” Y luego de transcribir el texto pertinente, añade: “Cabe agregar que la prohibición de que se trata es manifiestamente anacrónica en esta época que se caracteriza por la activa intervención de la mujer en toda clase de actividades públicas y privadas, científicas, profesionales, comerciales, culturales, etc. Las mujeres son aptas legalmente para desempeñar los más elevados cargos en la Administración, en el Parlamento o en la Judicatura; pueden optar a los más altos títulos científicos; ejercer las profesiones de abogado, médico, ingeniero, etc., sin limitación ninguna; actuar libremente en el ejercicio del comercio, industrias, etc.; y por ello resulta absurdo que no puedan desempeñar el simple cargo de síndico de una quiebra, cuando paradójicamente hasta el mismo Juez que hace el nombramiento de ese funcionario puede muy bien ser una mujer. Finalmente, también choca aquella discrimina-

el 8 de abril de 1904, aprueba el Código y ordena que entre en vigor el 19 de abril del mismo año.

Este Código contiene importantes modificaciones sobre el de 1873. En primer lugar, introduce un proceso preventivo de la quiebra bajo el nombre de estado de atraso.¹⁹⁵ Regula la liquidación de la quiebra por los mismos acreedores en un proceso más simple y menos costoso (arts. 916-922).

No prevé como obligatoria la citación del demandado para el trámite del proceso a petición de acreedor o acreedores (art. 888). Permite la quiebra de oficio (art. 891), e introduce un párrafo de gran importancia al final del artículo 938, del cual se deduce que el síndico requiere de autorización judicial para intentar demandas en interés de la masa de acreedores.¹⁹⁶

Al igual que los códigos anteriores, prevé contra la sentencia declaratoria de quiebra recursos de oposición, primero, y luego de apelación (arts. 892 y 1.015). En lo demás, sigue también las huellas del Código de Comercio de 1873.

El inventario es encomendado al síndico, sin auxilio del juez (art. 913).

J) Código de Comercio de 1919 ¹⁹⁷

El 19 de junio de 1919 es puesto el ejecútase a un nuevo código que empezaría a regir el 19 de diciembre del mismo año y que derogaba el de 1904 junto a otras leyes especiales mercantiles dictadas en el período intermedio entre ambos (art. 1.129).

La tramitación de la quiebra sufrió profundas modificaciones.

Se prohibió declararla de oficio (art. 943), pero no se cuidaron los legisladores de armonizar dicha prohibición con lo pre-

ción contra los principios consagrados en los artículos 45 y 84 de la misma Constitución, que consagran: el derecho que todos tienen al libre desenvolvimiento de su personalidad, sin más limitaciones que las que derivan del derecho de los demás y del orden público y social; y el derecho al trabajo, respectivamente". Por tales consideraciones la Corte Suprema de Justicia declaró la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad solicitada (*Gaceta Oficial* n° 27.699 del 25 de marzo de 1965).

194. Véase *R.D.L.*, II, pp. 78 y 79, Caracas, 1912-1913; Nicomedes Zuloaga: *Historia del Código de Comercio promulgado en 1904*.

195. H. Giménez Anzola, *ob. cit.*; Mora Rencel, tesis de grado.

196. Véase sentencia de Gonzalo Parra Aranguren, de 17-9-1962, proceso seguido por la sindicatura de la quiebra de Luis Argüello contra H. Blohm S. A., sucesora de Altex, reseñada en H. Giménez Anzola, *ob. cit.*, p. 321, nota 416.

197. "El Proyecto de Código de Comercio de 1919 en las Cámaras Legislativas", *R.D.L.*, pp. 105-126 y 127-151, Caracas, 1922.

visto en los artículos 933 y 934, lo cual ha originado confusiones y dudas, por cierto ya superadas, pues es casi unánime la opinión de la inexistencia de la quiebra de oficio, salvo contadas excepciones, principalmente provenientes de la jurisprudencia de nuestros tribunales.¹⁹⁸

Al igual que en el Código de Comercio de 1904, el inventario es encomendado al síndico provisional sin necesidad de que en la realización del mismo intervenga el juez (art. 962).

Se impone la previa citación del demandado para la declaración de quiebra a instancia del acreedor y se regulan las defensas que pueden oponerse a la acción (art. 938). Se introduce la ocupación judicial preventiva (art. 937). Se suprime el recurso de oposición a la petición de revocación contra el fallo declaratorio de quiebra y se concede sólo el de apelación (arts. 1.064 y 941).

Las reformas parciales efectuadas al Código de Comercio de 1919, según las leyes de 30 de julio de 1938, 17 de agosto de 1942, 19 de septiembre de 1945 y 26 de julio de 1955, no se relacionan específicamente con la quiebra, si bien al igual de lo previsto en las leyes de 1836, 1839, 1841 y 1846, no existe posibilidad de una tercera instancia en dicho proceso en razón de haber sido eliminada de manera general la misma por la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 5 de noviembre de 1948.¹⁹⁹

K) Código vigente

El Código de Comercio vigente es sustancialmente el de 1919 con la última reforma parcial efectuada por ley de 26 de julio de 1955.²⁰⁰

198. Esta materia será analizada más ampliamente en su oportunidad. Adelántese que es cuestión diferente a la quiebra de oficio la facultad prevista en el art. 911 del Código de Comercio vigente, pues la petición de atraso confiesa cesación de pagos e implica un pedido condicional de quiebra para el caso de fracaso de la liquidación amigable. H. Giménez Anzola, *ob. cit.*, pp. 111 y 166-168. Contra: sentencia de la Corte Suprema de Justicia, de 10 de marzo de 1964, quiebra de J. Saumell Vía.
199. La Ley Orgánica del Poder Judicial aprobada por el Congreso en 1945 no llegó a tener el ejecutarse como consecuencia del golpe de Estado ocurrido en octubre de dicho año. Ya la misma eliminaba la tercera instancia, lo que origino la reforma parcial del Código de Comercio del mismo año, a la cual sí se le llegó a poner el ejecutarse (1).
200. De esta última nótese, sin embargo, que por la introducción de la sociedad de responsabilidad limitada (poco usada hasta hoy como lo reconoce parcialmente Goldschmidt: *Curso de Derecho Mercantil*, p. 319, N° 130), merecen destacarse, —en conexión con la quiebra—, los siguientes artículos del Código de Comercio vigente (entre pa-

21. La doctrina en Venezuela

Desgraciadamente, en materia de comentarios u obras de otra índole en relación con la quiebra, nuestra producción ha sido muy escasa. Solamente, y eso durante el siglo pasado, se ocupan el licenciado Luis Sanojo y el doctor Aníbal Dominici de escribir sobre la materia en forma completa.²⁰¹

Sanojo. Considerado como uno de nuestros mejores mercantilistas, Sanojo desarrolla, durante el siglo pasado, una labor como proyectista, abogado y escritor de primer orden.²⁰²

Refiriéndome exclusivamente a la materia mercantil,²⁰³ su labor de conjunto comienza en 1862, cuando a escasos meses de haber aparecido nuestro primer Código de Comercio, publica en un volumen su **Código de Comercio explicado y comentado**.²⁰⁴ Luego, en 1874, aparecen sus dos tomos sobre **Exposición del Código de Comercio con su texto**, agotados ya para 1891, al decir de Dominici.²⁰⁵

En Sanojo se advierte una profunda influencia francesa, pues tomó como base de sus informaciones, por lo que a quie-

réntesis y al lado de cada uno, el correspondiente según el texto de 1945): 334 (sin equivalente): 341 (321); 920 (900); 925 (905); y 1.027 (1.007). Goldschmidt: **La reforma parcial del Código de Comercio** de 1955, Caracas, 1957; Gonzalo Parra Aranguren: "Antecedentes históricos del Código de Comercio", artículo en Oscar Lazo: **Código de Comercio de Venezuela...**, pp. 11-18, Caracas, 1963, se refiere a la evolución de nuestros Códigos de Comercio y pasa revista a los trabajos de reforma en curso de estudio por la Comisión Especial de Reforma del Código de Comercio, de la cual forma parte.

201. Sus obras tienen hoy, principalmente, un interés histórico como lo apunta R. Goldschmidt, *Curso*, p. 40, N° 9.
202. Véase sobre Sanojo a Humberto Cuenca: **El Derecho Procesal en Venezuela**, pp. 31 y 33; J. M. Hernández Ron: **Cumbres jurídicas guariqueñas**; Roscio, Sanojo e Itriago Chacín: **RCADF**, año XIV, Nos. 64-66, pp. 127-139, Caracas, julio-diciembre de 1950 y Angel Francisco Brice: "Licenciado Luis Sanojo, sus tiempos, su personalidad, su obra", **RMJ**, año XII, N° 46, pp. 85-124, Caracas, julio-septiembre de 1963.
203. Proyectó el Código de Procedimiento Civil de 1863; escribió comentarios sobre el Código de Procedimiento Judicial en 1876; a la materia civil dedicó cuatro volúmenes en 1873. Loreto lo ha calificado como "uno de los más eminentes jurisconsultos venezolanos del siglo pasado" (*Estudios...*, p. 11).
204. Se refiere al texto de 15 de febrero de 1862 que inserta. Esta obra es poco conocida y rara, como lo reconoce Gonzalo Parra Aranguren, *ob. cit.*, p. 13. Por ello a veces se dice (Antonio Martínez Villasmil: **Invalidez de dos poderes**, p. 84, Caracas, 1964) que el Código de 1862 no tuvo comentaristas, lo cual, como se ve no es exacto.
205. **Comentarios al Código de Comercio Venezolano**, p. XIII, Caracas, 1891.

bras concierne, principal, para no decir exclusivamente, la doctrina y la jurisprudencia francesas.²⁰⁶

Su **Exposición** es la mejor obra sobre derecho mercantil en general²⁰⁷ y sobre quiebra en particular que existe para hoy en Venezuela, y de la misma puede decirse que ha influido notablemente en nuestra jurisprudencia.²⁰⁸

206. Como ejemplo, véase *Exposición...*, II, pp. 341, 348, 360, 361, 369, 370, 371, 420, 448, 450, 453, 456, 460, 507 y 508, en donde cita las siguientes: Alauzet: *Commentaire du Code de Commerce et de la législation commerciale* (1ª ed. 1856, 2ª 1868-1871); Bedazide: *Traité des faillites et des banqueroutes*; Pardessus: *Cours de droit Commercial* (1ª ed., 1814-1816; 2ª, 1821; 3ª, 1826; 4ª, 1831; 5ª, 1841-1842; 6ª y última, 1856-1857), y Renouard: *Traité des faillites et banqueroutes* (1ª edición, 1842, 3ª, 1857).
207. El reciente *Curso de Derecho Mercantil* de R. Goldschmidt, talentoso e infatigable publicista, es indiscutiblemente superior en todo sentido a lo publicado en el presente siglo. No abarca todo el Derecho Mercantil, pues comprende fundamentalmente la materia del Programa de 4º año de Derecho de la Universidad Central (prólogo, p. 9) y, por tanto, no se refiere a la quiebra.
208. Gran parte de la sección relativa a quiebra es traducción al español de obras francesas con las correspondientes adaptaciones a nuestro Código, tal y como lo advierte el propio Sanojo al comenzar su *Exposición*. En 1954 inició Carlos Morales la publicación de sus *Comentarios al Código de Comercio Venezolano*, elementales, de corte exegético y destinados, como lo dice el autor, a solucionar problemas prácticos y a analizar sintéticamente las disposiciones legales. Sólo ha aparecido un volumen que llega hasta el art. 205 del Código de Comercio de 1945. Pedro Pineda León, publicó en 1943 y en Mérida, sus *Principios de Derecho Mercantil*, reeditados por cuarta vez en 1964. Tampoco abarcan todo el derecho mercantil y la quiebra en particular. Aun cuando la obra quedó incompleta, porque sólo llegó hasta el derecho marítimo inclusive, dejando aparte todo lo relativo a quiebra y jurisdicción mercantil, merece ser citado el nombre de Ricardo Ovidio Limardo, quien en 1869 publicó en París un volumen sobre *Legislación Mercantil Comparada*. Después de una introducción de 283 páginas, Limardo incluye en su obra los discursos de los Consejeros de Estado y de los oradores del Tribunal en el cuerpo legislativo de Francia, sobre el proyecto de Código de Comercio de 1807, a los cuales sigue la traducción al español de dicho código, hasta el artículo 436 inclusive. Terminan la obra sus apreciaciones crítico-filosóficas sobre el texto de dicho código (300 páginas), las cuales inicia con la historia interna y externa del derecho mercantil desde la más remota antigüedad hasta 1869, para continuar con interesantes comentarios sobre las materias contenidas en los libros I y II del Código de Comercio francés de 1807, cuyas disposiciones a menudo compara críticamente con el Código español y los de las repúblicas latinoamericanas, en especial el venezolano de 1862, para cuya interpretación tuvo a la mano los comentarios que escribió el mismo año Luis Sanojo. Carlos Felice Cardot: "Evolución de la cultura jurídica larense, discurso de orden pronunciado en la instalación del IV Congreso de Abogados celebrado en Barquisimeto", RCAEZ, año VII, Nos. 73-75, pp. 2.711-2.724, Maracaibo, julio-septiembre de 1941, y RCAEL, 2ª etapa,

Aníbal Dominici. En 1891 se publican sus **Comentarios al Código de Comercio Venezolano**, de corte exegético y muy inferiores en todo respecto a la **Exposición de Sanojo**. La parte dedicada a la quiebra es notoriamente deficiente y parece haber sido redactada con gran apresuramiento. Es difícil obtener ayuda teórica o práctica del contenido de los **Comentarios**.²⁰⁹

A la materia de la quiebra se refieren parcialmente diversas tesis de grado como las elaboradas por Luis Padrino, Luis Cova Arria y José Ignacio Moreno. Dichas tesis de grado no han sido hasta la fecha publicadas, si bien las dos citadas en primer término han sido parcialmente difundidas en nuestros medios judiciales, hasta el punto que las mismas han sido elogiosamente citadas en diversas sentencias de nuestros tribunales de instancia.²¹⁰

Sobre la cesación de pagos, además de la tesis de Padrino, han publicado trabajos Manuel Simón Egaña y Rafael Ríos Arrieta²¹¹ sin que, hasta la fecha, dicha materia haya sido considerada en la forma que su importancia lo amerita y utilizando la jurisprudencia nacional. La obra de Ríos Arrieta no considera, en manera alguna, dicha jurisprudencia y se limita a afirmar

año IV, N° 19-22, pp. 19-28, Barquisimeto, septiembre de 1941-abril 1942; se refiere encomiásticamente a Limardo y aporta, además, interesantes datos de trascendencia nacional y no solamente local, como el nombre del ensayo podría hacer creer. Refiriéndose a Limardo, dijo Cecilio Acosta (**Obras**, V, "Ensayo crítico sobre el primer volumen de la Legislación Comercial Comparada del señor Ricardo Ovidio Limardo", pp. 31-68, Caracas, 1909), que "no se falta a la verdad cuando se asegura que ha presidido a la obra tanto candor como ingenio... Presenta así una enseñanza nada común". El mismo Cecilio Acosta (**Pensamiento político venezolano del siglo XIX**, Tomo IX, Cecilio Acosta, pp. 233-238, 247-265 y 351-353, Caracas, 1961), lo elogia ampliamente en otras oportunidades. En cambio, la obra literaria de Limardo no mereció de Gonzalo Picón Febres (**La Literatura venezolana en el siglo XIX, ensayo de historia crítica**, pp. 50, 53, 54, 126, 127, 198, 203 y 269, Caracas, 1906), sino contados elogios y numerosas críticas. Sobre las obras de Morales y Pineda León véanse las apreciaciones críticas de R. Goldschmidt, **Curso**, pp. 40-41, N° 9.

209. Publicó también entre 1897 y 1905 los **Comentarios al Código Civil Venezolano**, mucho mejores, a mi entender, que el comentario mercantil.
210. Véanse sentencias del extinguido Juzgado de Primera Instancia en lo Mercantil de esta Circunscripción Judicial, de 16 de marzo de 1953, quiebra de Abrisqueta & Cía. y del Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Mercantil de esta Circunscripción Judicial, de 27 de julio de 1964, quiebra —sin lugar—, de Alfredo Sayegh.
211. Véanse: **Revista de la Facultad de Derecho**, Universidad Central de Venezuela, N° 20, pp. 343 y ss., Caracas, 1960, y **Estudios sobre la quiebra, la Cesación de Pagos**, antes citada.

que la misma no existe. Una relación detallada de diversos artículos y monografías relativos a la quiebra puede consultarse en el **Boletín de la Biblioteca de los Tribunales del Distrito Federal**, N° 9, correspondiente a enero de 1959. Como es lógico, a la mencionada lista deben agregarse algunos pocos trabajos aparecidos con posterioridad.

LEGISLACION NACIONAL

LEY DE PARTIDOS POLITICOS, REUNIONES PUBLICAS Y MANIFESTACIONES

EL CONGRESO
DE LA REPUBLICA DE VENEZUELA

Decreta:

la siguiente

LEY DE PARTIDOS POLITICOS, REUNIONES PUBLICAS Y MANIFESTACIONES

Título I

CAPITULO I

De los Partidos Políticos

Artículo 1º La presente Ley rige la constitución y actividad de los partidos políticos y el ejercicio de los derechos de reunión pública y de manifestación.

Artículo 2º Los partidos políticos son agrupaciones de carácter permanente cuyos miembros convienen en asociarse para participar, por medios lícitos, en la vida política del país, de acuerdo con programas y estatutos libremente acordados por ellos.

Artículo 3º Para afiliarse a un partido político se requiere ser venezolano, haber cumplido 18 años y no estar sujeto a inhabilitación política.

Artículo 4º Los partidos políticos deberán establecer en la declaración de principios o en su programa, el compromiso de perseguir siempre sus objetivos a través de métodos democráticos, acatar la manifestación de la soberanía popular y respetar el carácter institucional y apolítico de las Fuerzas Armadas Nacionales.

Artículo 5º Los partidos políticos garantizarán en sus estatutos los métodos democráticos en su orientación y acción política, así como la apertura de afiliación sin discriminación de raza, sexo, credo o condición social; y asegurarán a sus afiliados la participación directa o representativa en el gobierno del partido y en la fiscalización de su actuación.

Artículo 6º Los partidos políticos expresarán en su acta constitutiva que no suscribirán pactos que los obliguen a subordinar su actuación a directivas provenientes de entidades o asociaciones extranjeras.

En ningún caso esta disposición implicará prohibición para que los partidos participen en reuniones políticas internacionales y suscriban de-

claraciones o acuerdos, siempre que no atenten contra la soberanía o la independencia de la nación o propicien el cambio por la violencia de las instituciones nacionales o el derrocamiento de las autoridades legítimamente constituidas.

Artículo 7° Los partidos políticos adoptarán una denominación distinta de la de otros partidos políticos debidamente registrados.

Dicha denominación no podrá incluir nombres de personas, ni de iglesias, ni ser contraria a la igualdad social y jurídica, ni expresiva de antagonismo hacia naciones extranjeras, ni en forma alguna parecerse o tener relación gráfica o fonética con los símbolos de la Patria o con emblemas religiosos.

Los partidos podrán cambiar su denominación de conformidad con las normas fijadas en este artículo y tomándose el acuerdo por la convención o asamblea que señalen sus Estatutos como máximo organismo de decisión.

Deberá darse cuenta dentro de los diez días siguientes a la determinación, al Consejo Supremo Electoral.

CAPITULO I I

De la Constitución de los Partidos

Artículo 8° Los grupos de ciudadanos que deseen constituir un partido político deberán participarlo a la autoridad civil del Distrito o Departamento con indicación de las oficinas o locales que establecerán, en cuyos frentes y en forma visible para el público, colocarán aviso o placa indicativa del nombre provisional con que actúan.

Serán clausurados los locales de asociaciones o grupos políticos que funcionen sin haber cumplido con los requisitos previstos en la primera parte de este artículo. Las asociaciones de ciudadanos que postulen candidatos durante los procesos electorales, en acuerdo con las disposiciones de la Ley Electoral, podrán tener y organizar locales u oficinas como los partidos políticos, mientras dure el proceso electoral, previo cumplimiento de los requisitos establecidos en este artículo.

Artículo 9° Los partidos podrán ser nacionales o regionales.

Artículo 10. Los partidos regionales se constituirán mediante su inscripción en el registro que al efecto llevará el Consejo Supremo Electoral.

Las solicitudes de inscripción deberán ir acompañadas de los siguientes recaudos.

1°) Nómina de los integrantes del partido en número no inferior al 0,5 por ciento de la población inscrita en el registro electoral de la respectiva Entidad.

La nómina especificará sus nombres y apellidos, edad, domicilio y Cédula de Identidad.

2°) Manifestación de voluntad de los integrantes del partido de pertenecer a él.

3°) Tres ejemplares de su declaración de principios, de su acta constitutiva, de su programa de acción política y de sus estatutos.

Uno de estos ejemplares se archivará en el expediente del Consejo Supremo Electoral, otro se enviará al Ministerio de Relaciones Interiores y el tercero será remitido a la Gobernación correspondiente.

4°) Descripción y dibujo de los símbolos y emblemas del partido.

5°) Indicación de los supremos organismos directivos del partido, personas que lo integran y los cargos que dentro de ellos desempeñan.

Parágrafo 1° Los integrantes del partido que aparezcan en la nómina a que se refiere el ordinal 1° de este artículo, deberán estar domiciliados en la respectiva Entidad.

Parágrafo 2° Los directivos del partido autorizarán con su firma las actuaciones precedentes, de acuerdo con sus disposiciones estatutarias.

Parágrafo 3° La solicitud de inscripción podrá ser tramitada por los interesados directamente ante el Consejo Supremo Electoral o por intermedio de la Gobernación de la respectiva Entidad.

Artículo 11. A los efectos del artículo anterior, cuando se tratare de un partido en trámite de organización nacional, podrán presentarse estos recaudos referidos al Partido Nacional, agregando las correspondientes disposiciones transitorias para su actuación regional mientras se cumplen aquellos trámites.

Artículo 12. El Consejo Supremo Electoral al recibir la solicitud de inscripción entregará constancia de ello a los interesados y ordenará su publicación en la *Gaceta Oficial de la República* y en la gaceta de la entidad correspondiente, dentro de los cinco días siguientes.

En dicha publicación se expresará el derecho de cualquier ciudadano para revisar, en la oficina de la Secretaría de Gobierno de la respectiva entidad, la nómina de los integrantes del partido y para impugnar el uso indebido de algún nombre. A este efecto, el Consejo remitirá a la Gobernación la nómina de los integrantes del partido. Esta impugnación la oír, comprobará y certificará el Consejo Supremo Electoral a través de sus delegados o del Secretario de Gobierno con la simple confrontación de su Cédula de Identidad.

Los servicios de la Dirección Nacional de Identificación y Extranjería atenderán cualquier requerimiento que le sea hecho a los fines del cumplimiento de esta disposición.

Cuando la solicitud se haga a través de la Gobernación regional, la Secretaría de Gobierno cumplirá con la tramitación establecida y hará la publicación en la *Gaceta del Estado* en el plazo señalado, remitiendo los recaudos al Consejo Supremo Electoral, con excepción de la nómina de militantes del partido. El Consejo Supremo Electoral podrá designar delegados, al recibir la información de que se ha solicitado el registro de un partido regional, para que supervise o tome a su cargo la tramitación de los recaudos.

Transcurridos treinta días a contar de la fecha de la publicación la Gobernación enviará al Consejo Supremo Electoral la nómina, con las observaciones o impugnaciones que se le hubieren hecho. El Consejo Supremo Electoral, dentro de los quince días siguientes a su recibo procederá a inscribir al partido en su registro si se han cumplido los requisitos legales. En caso contrario, devolverá la solicitud, haciendo constar por escrito los reparos formulados si no se tratare de negativas de la inscripción. Los interesados, dentro de los diez días siguientes, podrán presentar los nuevos recaudos necesarios para formalizar la solicitud y el Consejo resolverá dentro de los diez días, después de haber recibido respuesta a los reparos formulados.

Artículo 13. Hecha la inscripción del partido o negada ésta, el Consejo Supremo Electoral procederá a comunicar su decisión a los interesados y a publicarla en la *Gaceta Oficial de la República* y en la gaceta de la entidad correspondiente, dentro del lapso previsto en el artículo anterior. En caso de negativa de la inscripción, se expresarán las razones que para ello tuvo el Consejo Supremo Electoral.

Artículo 14. El Ministerio de Relaciones Interiores podrá objetar la solicitud de inscripción de cualquier partido ante el Consejo Supremo Electoral, indicando las razones en que se fundamenta de acuerdo con lo prescrito en esta Ley. Si fueren rechazadas, el Ejecutivo Nacional, por órgano de la Procuraduría General de la República, podrá recurrir por ante la Sala Política Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, la cual decidirá en la forma y dentro de los lapsos establecidos para la negativa de inscripción.

Artículo 15. De la negativa de inscripción se podrá recurrir dentro de los quince días siguientes a la publicación en la *Gaceta*, por ante la Sala Política Administrativa de la Corte Suprema de Justicia.

Este Tribunal decidirá en la décima quinta audiencia siguiente al recibo de las actuaciones, pudiendo tanto el Consejo Supremo Electoral como los interesados, promover y evacuar los alegatos y pruebas que estimen procedentes, dentro de las diez primeras audiencias de aquel plazo.

Cuando la decisión de la Corte Suprema de Justicia sea revocatoria de la del Consejo Supremo Electoral, éste procederá a inscribir al Partido dentro de los tres días siguientes a la decisión de la Corte.

Artículo 16. Los partidos políticos nacionales se constituirán mediante su inscripción en el registro que al efecto llevará el Consejo Supremo Electoral.

La solicitud de inscripción debe ir acompañada de los siguientes recaudos:

1º) Dos ejemplares de su acta constitutiva, de su declaración de principios, de su programa de acción política y de sus estatutos. Uno de estos ejemplares se archivará en el respectivo expediente del Consejo Supremo Electoral y el otro será remitido al Ministerio de Relaciones Interiores.

2º) Constancia auténtica de que el partido ha sido constituido en doce por lo menos de las Entidades Regionales, conforme a las normas de la presente Ley.

3º) Descripción y dibujo de los símbolos y emblemas del partido.

4º) Indicación de los organismos nacionales de dirección, las personas que los integran y los cargos que dentro de ellos desempeñan.

Parágrafo único. Los Directivos del partido, autorizarán con su firma las actuaciones precedentes, de acuerdo con sus disposiciones estatutarias.

Artículo 17. A los efectos del artículo anterior, cuando se tratare de partidos Regionales que hubieren acordado su fusión para constituir una organización nacional, así se expresará en la respectiva Acta Constitutiva, acompañándose constancia fehaciente del voluntario consentimiento expresado por cada una de las organizaciones regionales, de acuerdo con sus Estatutos, para convertirse en Partido Nacional.

Artículo 18. El Consejo Supremo Electoral al recibir la solicitud de inscripción entregará constancia de ello a los interesados y ordenará su publicación en la *Gaceta Oficial* dentro de los cinco días siguientes. En dicha publicación se expresará el derecho de cualquier ciudadano a impugnar la solicitud de inscripción.

Transcurridos treinta días a contar de la fecha de la publicación, si no se hubiere formulado oposición razonada y el Consejo Supremo Electoral considerare que han sido llenados los requisitos legales, procederá a inscribir al partido en su registro dentro de los cinco días siguientes a aquel plazo.

Si hubiere habido oposición, los interesados tendrán veinte días para presentar las pruebas y alegatos que consideren pertinentes y el Consejo Supremo Electoral decidirá dentro de los diez días siguientes.

De la decisión del Consejo Supremo Electoral, los que hubieren hecho oposición o los promotores, podrán recurrir por ante la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa dentro de los diez días siguientes a la fecha de la decisión. Este Tribunal decidirá en la decimaquinta audiencia siguiente al recibo de las actuaciones, pudiendo tanto el Consejo Supremo Electoral como los interesados promover y evacuar los alegatos y pruebas que estimen procedentes dentro de las diez primeras audiencias de aquel plazo.

Artículo 19. Hecha la inscripción del partido o negada ésta, el Consejo Supremo Electoral procederá a comunicarla a los interesados y a publicarla en la *Gaceta Oficial* dentro del lapso previsto en el artículo anterior. En caso de negativa de la inscripción, el Consejo Supremo Electoral expresará las razones que tuvo para ello.

Artículo 20. El Ministerio de Relaciones Interiores podrá objetar la solicitud de inscripción de cualquier partido nacional ante el Consejo Supremo Electoral, indicando las razones en que se fundamente de acuerdo con lo prescrito en esta Ley. Si fueren rechazadas, el Ejecutivo Nacional, por órgano de la Procuraduría General de la República, podrá recurrir por ante la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, en la forma y dentro de los lapsos establecidos en el último aparte del artículo 18.

Artículo 21. Desde la fecha de la publicación de su registro el partido adquirirá personería jurídica y podrá actuar, a los fines de sus objetivos políticos, en toda la República o en todo el territorio de la Entidad Regional según el caso.

Artículo 22. La constitución de las seccionales regionales de un partido nacional, en las entidades donde no se hubiera constituido con anterioridad a su inscripción en el registro del Consejo Supremo Electoral, estará sujeta a lo dispuesto en los numerales 3, 4 y 5 del artículo 10 de esta Ley. Mientras tanto las autoridades partidistas nacionales ejercerán su representación.

Artículo 23. Los grupos de ciudadanos que hubieren presentado planchas de candidatos en las últimas elecciones regionales o nacionales, según el caso, y hubieren obtenido el 3% de los votos emitidos podrán estructurarse en partido y obtener su registro sin cumplir con los requisitos de los numerales 1 y 2 del artículo 10 de esta Ley, pero deberán someterse a los demás requisitos para la constitución de partidos políticos.

Artículo 24. Quienes de alguna manera coaccionen a trabajadores, empleados o funcionarios de su departamento para que se afilien a determinada organización política, serán castigados con multa de quinientos a dos mil bolívars o arresto proporcional.

Si el infractor fuere funcionario público, incurrirá, además en la pena de destitución del cargo sin que pueda nombrársele para desempeñar ninguna otra función pública durante seis meses a contar de la fecha de la sentencia.

CAPITULO III

De las obligaciones de los partidos políticos

Artículo 25. Son obligaciones de los partidos políticos:

1º) Adecuar su conducta a la declaración de principios, acta constitutiva, programa de acción política y estatutos debidamente registrados.

2º) Enviar copia al organismo electoral correspondiente de las modificaciones introducidas en los documentos mencionados en el ordinal anterior, a los efectos de esta Ley.

3º) No mantener directa ni indirectamente, ni como órgano propio ni como entidad complementaria o subsidiaria, milicias o formaciones con organización militar o paramilitar, aunque ello no comporte el uso de armas, ni a permitir uniformes, símbolos o consignas que proclamen o inviten a la violencia.

4º) No aceptar donaciones o subsidios de las entidades públicas, tengan o no carácter autónomo; de las compañías extranjeras o con casa matriz en el extranjero; de empresas concesionarias de obras públicas o de cualquier servicio o de bienes propiedad del Estado; de estados extranjeros y de organizaciones políticas extranjeras.

5º) Llevar una documentación contable en la que consten los ingresos y la inversión de los recursos del partido.

A los efectos de esta disposición, las directivas nacionales de las organizaciones políticas deberán presentar ante el Consejo Supremo Electoral y las Directivas Regionales por ante la Gobernación del Estado, un libro diario, un libro mayor y un libro de inventario, los cuales deberán ser encuadernados y foliados. La autoridad electoral o el Secretario de Gobierno Regional, según el caso, dejará constancia de los folios que éste tuviere, en el primer folio de cada libro, fechada y firmada; y en los siguientes folios hará estampar el sello de su oficina, y devolverá los libros a los interesados en un término no mayor de diez días.

Estos libros de contabilidad y sus respectivos comprobantes deberán ser conservados durante cinco años, por lo menos, contados a partir del último asiento de cada uno de ellos.

6º) Participar por escrito al Consejo Supremo Electoral, en cada oportunidad, los nombres de las personas que integren los supremos organismos directivos del partido y los cargos que dentro de ellos desempeñen. En los Estados, en el Distrito Federal y en los Territorios Federales, esta participación deberá hacerse ante la Gobernación respectiva, la cual remitirá copia al Consejo Supremo Electoral.

Artículo 26. Los partidos políticos nacionales renovarán, en el curso del año en que comience cada período constitucional su nómina de inscritos en el porcentaje del 0,5% en la forma señalada en esta Ley para su constitución.

Parágrafo único. Los partidos que hubieren obtenido en las elecciones nacionales correspondientes el 1% de los votos emitidos, sólo tendrán que presentar una constancia de la votación que obtuvieron, debidamente certificada, por el respectivo organismo electoral.

Esta norma se aplicará igualmente para los partidos regionales.

CAPITULO I V

De la cancelación del registro y disolución de los partidos políticos

Artículo 27. La inscripción de los partidos políticos se cancelará:

- a) A solicitud del propio partido, conforme a sus estatutos.
- b) A consecuencia de su incorporación a otro partido o de su fusión con éste.
- c) Cuando hayan dejado de participar en las elecciones, en dos períodos constitucionales sucesivos.

d) Cuando se compruebe que ha obtenido su inscripción en fraude a la Ley, o ha dejado de cumplir los requisitos en ella señalados, o su actuación no estuviere ajustada a las normas legales.

En este caso el Consejo Supremo Electoral, actuando de oficio o a petición del Ministerio de Relaciones Interiores del Ministerio Público o de otro Partido, podrá cancelar su inscripción en el registro, todo ello sin perjuicio del procedimiento establecido en los artículos 14 y 20.

Ninguna revocatoria podrá acordarse sin la previa citación del partido afectado, en las personas que ejerzan su representación de conformidad con sus estatutos, quienes podrán oponerse a ella promoviendo y evaluando las pruebas conducentes y exponiendo por escrito los alegatos que estimen procedentes. Este procedimiento deberá cumplirse dentro del término de treinta días computados a partir de la citación. Transcurrido este término sin que haya habido oposición, quedará definitivamente cancelado el registro y se publicará la decisión en la *Gaceta Oficial*.

Si hubiere habido oposición, de la decisión recaída podrá recurrirse ante la Sala Política Administrativa de la Corte Suprema de Justicia en la forma señalada para la negativa de inscripción, y en tanto no recaiga sentencia definitivamente firme el partido podrá continuar sus actividades ordinarias.

Artículo 28. El Consejo Supremo Electoral publicará en la *Gaceta Oficial* y en los demás órganos de publicidad que crea necesario el respectivo asiento de cancelación de un partido, excepto cuando lo fuera por sentencia de la Corte Suprema de Justicia.

Artículo 29. La Corte Suprema de Justicia, a instancia del Poder Ejecutivo Nacional, conocerá y decidirá sobre la disolución del partido político que de manera sistemática propugne o desarrolle actividades contra el orden constitucional.

CAPITULO V

De la propaganda política

Artículo 30. Las asociaciones políticas tienen el derecho de hacer propaganda por cualquier medio de difusión del pensamiento, oral o escrito, con las limitaciones establecidas por la Constitución y las Leyes.

Artículo 31. La propaganda política mediante altavoces instalados en vehículos o transportados por cualquier otro medio, podrá hacerse previa participación a la autoridad civil correspondiente a los fines de invitar a la ciudadanía a reuniones públicas o a manifestaciones. Quedan a salvo las disposiciones de la Ley Electoral durante los procesos electorales.

Artículo 32. La fijación de carteles, dibujos y otros materiales de propaganda política podrá hacerse en edificios o casas particulares, previa autorización de los ocupantes. No se permitirá en edificios o monumentos públicos, ni en templos.

Se prohíbe el uso de los símbolos de la patria y de los retratos o imágenes de los próceres de nuestra Independencia en la propaganda de los partidos.

Artículo 33. Los infractores de las disposiciones contenidas en los dos artículos anteriores serán sancionados con arresto de uno a quince días sin perjuicio de las acciones a que dichos actos pudieran dar lugar.

Artículo 34. No se permitirán las publicaciones políticas anónimas, ni las que atenten contra la dignidad humana u ofendan la moral pública, ni las que tengan por objeto promover la desobediencia de las Leyes, sin que por esto pueda coartarse el análisis o la crítica de los preceptos legales.

Toda publicación de carácter político debe llevar el pie de imprenta correspondiente.

Las autoridades policiales deberán recoger toda propaganda o publicaciones hechas en contravención de este artículo, sin perjuicio de las responsabilidades en que puedan incurrir sus autores.

Artículo 35. Las publicaciones radioemisoras, televisoras y demás medios oficiales de cultura y difusión, no podrán ser utilizados por ningún partido político para su propaganda.

Título II

CAPITULO I

De las reuniones públicas y manifestaciones

Artículo 36. Todos los habitantes de la República tienen el derecho de reunirse en lugares públicos o de manifestar, sin más limitaciones que las que establezcan las leyes.

Artículo 37. Las reuniones privadas no están sujetas a las disposiciones de esta Ley.

Artículo 38. Los organizadores de reuniones públicas o manifestaciones deberán participarlo con veinticuatro horas de anticipación, cuando menos, por escrito duplicado, en horas hábiles, a la primera autoridad civil de la jurisdicción con indicación del lugar o itinerario escogido, día, hora y objeto general que se persiga.

Las autoridades en el mismo acto del recibo de la participación deberán estampar en el ejemplar que entregan a los organizadores, la aceptación del sitio o itinerario y hora.

Artículo 39. Cuando hubiere razones fundadas para temer que la celebración simultánea de reuniones públicas o manifestaciones en la misma localidad pueda provocar trastornos del orden público, la autoridad ante quien deba hacerse la participación que establece el artículo anterior podrá disponer, de acuerdo con los organizadores, que aquellos actos se celebren en sitios suficientemente distantes o en horas distintas. En este caso tendrán preferencia para la elección del sitio y la hora quienes hayan hecho la participación con anterioridad.

Artículo 40. A los efectos de los dos artículos precedentes la autoridad civil llevará un libro en el cual irá anotando en riguroso orden cronológico, las participaciones de reuniones públicas y manifestaciones que vaya recibiendo.

Artículo 41. Los Gobernadores de Estado, del Distrito Federal y de los Territorios, fijarán periódicamente mediante resoluciones publicadas en las respectivas gacetas, los sitios donde no podrán realizarse reuniones públicas o manifestaciones, oyendo previamente la opinión de los partidos.

A solicitud de las asociaciones políticas, la autoridad civil podrá autorizar reuniones públicas o manifestaciones en aquellos sitios prohibidos, cuando no afecten el orden público, el libre tránsito u otros derechos ciudadanos.

Parágrafo único. Durante los procesos electorales se aplicarán con preferencia las disposiciones de la Ley Electoral.

Artículo 42. Las autoridades velarán por el normal desarrollo de las reuniones públicas y manifestaciones para cuya realización se hubieren llenado los requisitos legales. Quienes interrumpan, perturben o en alguna forma pretendan impedir u obstaculizar su celebración, serán sancionados con arresto de uno a treinta días.

Artículo 43. Se prohíben las reuniones públicas o manifestaciones de carácter político con uso de uniformes. Los infractores serán sancionados con arresto de quince a treinta días, sin perjuicio de las acciones a que dichos actos pudieren dar lugar.

Artículo 44. Las autoridades competentes deberán tomar todas las medidas preventivas tendientes a evitar las reuniones públicas y manifestaciones para las cuales no se haya hecho la debida participación o las que pretendan realizarse en contravención a las disposiciones de la presente Ley.

Los infractores serán sancionados con arresto de quince a treinta días sin perjuicio de las acciones a que pudiera haber lugar. En la misma pena incurrirán los que hayan tomado la palabra.

Los directores de imprenta, periódicos, radioemisoras, salas de cine y cualesquiera otras empresas u órganos de publicación no serán responsables por la propaganda política que se efectúe bajo la responsabilidad de los partidos, con excepción de aquella propaganda que anuncie reuniones públicas o manifestaciones para las cuales la autoridad civil, anuncie públicamente que no se han sometido a los requisitos de esta Ley. En este caso serán sancionados con multa de 500 a 5.000 bolívares o arresto proporcional.

Artículo 45. De cualquier determinación tomada por la primera autoridad civil de la Jurisdicción que fuere considerada como injustificada por los organizadores de reuniones públicas o manifestaciones, podrá recurrirse por ante el Gobernador del Estado, Distrito Federal o del Territorio, el cual estará obligado a decidir durante las cuarenta y ocho horas siguientes. De esta decisión se podrá apelar por ante el Consejo Supremo Electoral, quien decidirá con preferencia.

Artículo 46. Las autoridades procederán a disolver las aglomeraciones que traten de impedir el normal funcionamiento de las reuniones de los cuerpos deliberantes, políticos, judiciales o administrativos. Así como también aquellas que traten de fomentar desórdenes u obstaculizar el libre tránsito. Los aprehendidos infraganti serán penados con arresto de quince a treinta días, sin perjuicio de las acciones a que pudiere haber lugar.

Título III

CAPITULO I

De los procedimientos

Artículo 47. Todo agente de la autoridad que intervenga en algún procedimiento de los señalados en esta Ley, está obligado a identificarse debidamente ante los Directivos del Partido o personas afectadas por el procedimiento.

Artículo 48. Las sanciones a que se refieren los capítulos V del Título I y I del Título II, serán impuestas por los jueces de Municipio, Distrito o Departamento que ejerzan jurisdicción en el lugar donde el hecho fuere cometido, previo juicio que se sustanciará y decidirá en la forma establecida en los artículos 444 y siguientes del Código de Enjuiciamiento Criminal; y la apelación de las sentencias que se dicten se oirá dentro de los tres días siguientes por ante el Tribunal de Primera Instancia en lo Penal, de la jurisdicción sin perjuicio de las sanciones en que hayan incurrido por falta o delito previstos en el Código Penal.

CAPITULO I I

Disposiciones transitorias y finales

Artículo 49. Los Partidos Políticos debidamente legalizados que concurren en alianzas o separadamente a las elecciones del 1° de diciembre de 1963 y que obtuvieron representación en el Congreso Nacional en esas elecciones, podrán seguir funcionando con el requisito de su registro en el Consejo Supremo Electoral durante los 60 días siguientes a la promulgación de esta Ley, bastando para ello la simple solicitud de inscripción por parte de su organismo regional o nacional de dirección, cumpliendo solamente con los requisitos contenidos en los ordinales 3, 4 y 5, del artículo 10 para los partidos regionales; y en los ordinales 1, 3 y 4 del artículo 16 para los partidos nacionales, y en el artículo 22 de esta Ley.

Esta misma disposición se aplicará a los partidos políticos arriba comprendidos y que hubieren adoptado posteriormente una denominación distinta, lo que deberán hacer constar ante el Consejo Supremo Electoral.

Artículo 50. Las asociaciones de ciudadanos que se encuentren en la situación planteada en el artículo 23, en relación con las elecciones del 1° de diciembre de 1963, podrán registrar el partido en los términos allí expresados.

Artículo 51. En aquellas entidades donde la Gaceta Oficial no tenga circulación periódica o conveniente a los lapsos establecidos en esta Ley, las publicaciones podrán hacerse en los periódicos de circulación en la respectiva entidad o, en su defecto, en hojas impresas que se colocarán en los sitios usuales para publicaciones similares.

Artículo 52. Dentro de los tres meses siguientes de la promulgación de esta Ley, los Gobernadores cumplirán con la disposición establecida en el artículo 41.

Artículo 53. Se deroga el decreto 120 del 15 de marzo de 1951, emanado de la Junta de Gobierno de los Estados Unidos de Venezuela, sobre garantías de asociación y reuniones, publicado en la Gaceta Oficial N° 23.507 de la misma fecha.

Dada, firmada y sellada en el Palacio Federal Legislativo, en Caracas, a los once días del mes de diciembre de mil novecientos sesenta y cuatro. Año 155° de la Independencia y 106° de la Federación.

El Vicepresidente del Congreso
Encargado de la Presidencia,
(L. S.)

Héctor Santaella.

El Vicepresidente del Senado
Encargado de la Vicepresidencia
del Congreso,

Andrés Roncayolo B.

Los Secretarios,

Antonio Hernández Fonseca.

Félix Cordero Falcón.

Palacio de Miraflores, en Caracas, a los quince días del mes de diciembre de mil novecientos sesenta y cuatro. Año 155° de la Independencia y 106° de la Federación.

Cúmplase,
(L. S.)

RAUL LEONI

Refrendado
El Ministro de Relaciones Interiores,
(L. S.)

Gonzalo Barrios.

Refrendado
El Ministro de Justicia,
(L. S.)

Ramón Escovar Salom.

LEGISLACION EXTRANJERA

LA CORTE CONSTITUCIONAL ITALIANA

Por el profesor

F. RUBIO LLORENTE

(Del Instituto de Estudios Políticos)

SUMARIO. I. La jurisdicción constitucional. II. Génesis de la Corte Constitucional italiana. III. Naturaleza, composición y prerrogativas de la Corte. IV. Competencia. A) Controversias relativas a la legitimidad constitucional de las leyes y actos con fuerza de ley del Estado y de las regiones: a) Caracteres generales del control de constitucionalidad; b) Normas sometidas a control; c) Impugnación de normas en vía incidental; d) Impugnación directa de las normas; e) Procedimiento; f) Decisión de la Corte; modalidades y efectos. B) Conflictos de atribuciones: a) Conflictos entre poderes del Estado; b) Conflictos entre el Estado y las Regiones (o Provincias) o de éstas entre sí; c) Procedimiento; d) Sentencias. C) Acciones contra el Presidente de la República y los miembros del Gobierno. D) Impugnación de leyes regionales por razones de oportunidad. E) Referéndum derogatorio.

I. LA JURISDICCION CONSTITUCIONAL

Aunque la Corte Constitucional creada por la Constitución italiana de 1948 no es, como se ha afirmado¹ la primera de su género existente en un país latino (pues no puede olvidarse el Tribunal de Garantías que estableciera la Constitución española de 1931), es innegable que la misma representa un modelo, un ejemplo importante en la evolución del Derecho Constitucional contemporáneo hacia una juridificación progresiva de relaciones entendidas hasta ahora de modo exclusivamente político. Esta tendencia que, si se prescinde del ejemplo americano, nace tanto en el ámbito del Derecho interno como en el del Derecho internacional en la gran crisis de la Primera Guerra Mundial y se ve acrecida después por reacción frente a la tragedia de los irracionalismos políticos, transforma la Constitución en norma

1. Mosler en la presentación del Coloquio sobre jurisdicción constitucional celebrado en Heidelberg en 1961: *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart* (Carl Heymanns Verlag, 1962), pág. IX. La afirmación resulta aún más inexacta si se entienden como "latinos" los países iberoamericanos, en la mayoría de los cuales ha existido desde el momento de su independencia una jurisdicción constitucional.

directamente aplicable y exigible y postula, en consecuencia, un tribunal de justicia constitucional. No se trata, pues, de un "guardián de la Constitución" en el sentido schmittiano,² sino de un órgano de auténtica estructura judicial cuyos inevitables componentes políticos se hallan minimizados y reducidos, casi, a una participación política en la elección de los jueces. Su tarea es la salvaguardia del compromiso elevado a norma en la Constitución frente a los eventuales ataques del poder, especialmente del poder virtualmente más fuerte dentro de las estructuras democráticas occidentales, del poder legislativo.

Su existencia es posible y necesaria en virtud de esta idea típicamente liberal y agnóstica de la Constitución-compromiso, quizás no tan resueltamente opuesta a la idea de decisión, que juega en nuestro tiempo el mismo papel que la creencia en una normación de validez absoluta tuvo en el Medievo. Si esta creencia dio lugar a un gobierno de los jueces,³ la quiebra de la fe en una razón absoluta y la reducción del orden político a un mero compromiso entre razones divergentes lleva inevitablemente a un resultado próximo.

En su forma decimonónica originaria, el liberalismo no alumbró en Europa órganos de justicia constitucional porque en su entusiasmo juvenil creía aún en las posibilidades de perpetuación del compromiso razonable. La soberanía de la ley, no del legislador, era realmente una soberanía de la razón que, aunque meramente ocasional y pragmática, emergía siempre, imponiéndose, a través del choque de las opiniones encontradas. El mito de la voluntad común, aún actuante, hacía impensable una sinrazón del Parlamento, un desacato de éste a la Constitución, cuyo único enemigo potencial estaba en el poder ejecutivo, el Príncipe rousseauniano, siempre tentado de anteponer su voluntad particular a la común. No parece necesario insistir aquí sobre la quiebra de este mito. Basta señalar que hoy no alienta, bien que profundamente modificado, sino en la creencia marxista

2. Si la Constitución es, en su sustancia positiva, una decisión política concreta sobre el modo y la forma de la existencia política, sólo podrá ser guardián de la misma una "alta instancia política" dotada de fuerza especial (vid. C. Schmitt: "Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung", en *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, Duncker und Humblot, Berlín, 1958, pág. 69). Esta instancia fue el propio pueblo en las Constituciones francesas republicanas de 1791 y 1848 y un Senado conservador en las imperiales del año VIII y de 1852. Es clara la diferencia entre esta defensa política de la Constitución y su defensa jurídica, aunque se discute sobre la esencia auténticamente judicial o no del tribunal y aunque en las discusiones de la Constitución de 1947 se lo calificase efectivamente de "guardián de la Constitución".

3. Vid. Schmitt, *op. cit.*, pág. 98.

en una razón absoluta y esencial, que anima el curso de la historia y es cognoscible por los "verdaderos" representantes del proletariado.⁴ Para el pensamiento liberal (considerando como tal simplemente al no marxista) ha cesado toda esperanza de que el equilibrio inicial pueda perpetuarse sin fallas en las discusiones del órgano legislativo. Frente a la eventual ruptura del mismo por obra de mayorías ocasionales que pretenden afirmar la propia razón, es necesaria una garantía jurídica que lo mantenga. Que esta garantía jurídica resulte ineficaz ante los cambios permanentes del equilibrio de fuerzas es cosa evidente por sí misma, pero en ningún caso es lícito extraer de dicha ineficacia en el límite su condenación. La justicia constitucional actúa dentro de una constitución jurídica. El que ésta se transforme siguiendo las mutaciones de la constitución real es un proceso inevitable al que no es posible ni deseable poner puertas. Junto al predominio ejecutivo del presente aparece así, con perfecta legitimidad y como fruto de la misma compleja corriente, el juez constitucional.

II. GENESIS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL ITALIANA

El ejemplo italiano tiene, en este sentido, caracteres casi paradigmáticos. La Asamblea Constituyente, nacida en el mismo momento en que la voluntad popular decide directamente la difícil cuestión institucional, tiene como misión perpetuar el compromiso alcanzado por las fuerzas de la "exarquía"⁵ en su lucha frente al enemigo común, es decir, dar permanencia a un acuerdo que no implica ni más ni menos que una transacción entre seis corrientes políticas profundamente divergentes, pero que es generalmente aceptado porque en la conciencia de todos aparece como la única vía de escape a la guerra civil. Junto a esta razón profunda coadyuvan otras motivaciones —intentos

4. Por esto no es casual ni debido simplemente a motivos de circunstancias el que hayan sido justamente los partidos marxistas, aferrados a la fe en la razón, quienes más resueltamente se han opuesto en la Europa de la postguerra a la creación de tribunales de justicia constitucional, naturalmente inexistentes en los países de obediencia socialista. Ciertamente en esta actitud de la izquierda ha actuado también la enemiga contra la Corte Suprema norteamericana, cuya acción conservadora fue estigmatizada por Lambert en un libro de resonancia europea, pero la identificación de Gobierno de los jueces y conservatismo deriva de la misma fe en la marcha ascendente de la historia siguiendo las vías de una razón que encarna en las masas.

5. Así se llamó el Gobierno de coalición de los seis partidos antifascistas que concentró en sus manos tanto al poder legislativo como el ejecutivo desde el 22 de abril de 1944 hasta la instalación de la Asamblea Constituyente (25 de junio de 1946).

anteriores de la oposición antifascista,⁶ influencia del gobierno militar aliado, especialmente norteamericano, regionalización, etc.— para producir esta “notable innovación, sin precedentes en la tradición constitucional italiana”,⁷ aunque perfectamente congruente con el sentido de nuestro tiempo.

Aunque para el intérprete que, como el búho de Minerva, sólo eleva su vuelo al anochecer, resulte claro el sentido histórico de la institución, éste aparece siempre nebuloso para quienes se enfrentan con la mucho más difícil tarea creadora. Se percibía la necesidad de un tribunal constitucional, pero se discrepaba profundamente en cuanto a su esencia, y hasta tal punto llegaron los titubeos inevitables de su gestación, que a lo largo de ésta se produce una inversión total de criterios y el resultado final, el que responde a las exigencias de la historia, se sitúa en el polo opuesto de los esquemas iniciales.

Así, en las primeras formulaciones elaboradas por la Comisión de los 75, siguiendo los estudios preparados por el Ministerio de la Constituyente,⁸ la Corte Constitucional reviste aún caracteres predominantemente políticos. Los magistrados que la integran son en su totalidad elegidos por la Asamblea Na-

6. Por dos veces se intentó poner coto al desarrollo del régimen fascista creando un tribunal de justicia constitucional. La primera de las propuestas fue formulada por el Procurador General Appiani en su discurso de apertura del año judicial (5 enero 1925). La segunda fue recogida en el artículo 7º del programa común del bloque de oposición (también en 1925) que reclamaba “la creación de un organismo análogo a la Corte Suprema de los Estados Unidos para la anulación de todos los actos de gobierno inconstitucionales”.

7. Vid. P. Calamandrei: “Introduzione storica sulla costituente”, en *Comentario sistematico alla Costituzione italiana, diretto da P. Calamandrei e A. Levi* (G. Barberá, Firenze, 1950), pág. CXXXI.

8. Una vez terminada la guerra y a fin de dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 1 del decreto de 25 de junio de 1944 (según el cual el gobierno establecería el modo de reunión y el procedimiento de la Asamblea Constituyente) fue creado (12-VIII-1945) un Ministerio de la Constituyente que quedó confiado, mientras existió, a Pietro Nenni, y bajo cuyos auspicios se realizaron importantes estudios para la reestructuración del Estado.

La Constituyente, que además de su misión esencial desempeñó también funciones de Parlamento ordinario, nombró de su seno una Comisión de 75 diputados, presidida por el propio Presidente de la Asamblea (Ruini, del Partido Mixto) para la elaboración del Proyecto de Constitución. La Comisión, que comenzó sus tareas en 15-VII-1946, se subdividió en tres subcomisiones. La primera de ellas (presidida por Tupini, demócrata cristiano) se ocupó de las normas sobre derechos y deberes de los ciudadanos; la segunda (presidida por Terracini, comunista), de la organización constitucional del Estado y la tercera (presidida por Ghidini, partido socialista de los trabajadores), de las relaciones económicas y sociales. Una vez elaborado el Proyecto se disolvió la Comisión, que ya en este estado fue sustituida por un Comité de redacción y coordinación.

cional, a semejanza de lo establecido respecto de los magistrados de la Alta Corte de Sicilia (art. 24 del Estatuto Siciliano aprobado por real decreto legislativo N° 455 de 15-V-1946) y la principal forma del control de las leyes consiste en un recurso directo de inconstitucionalidad, auténtica acción popular, abierto a todo ciudadano, con independencia de que exista o no una lesión de derechos subjetivos. Esta acción popular, que sólo podía ejercitarse dentro del año siguiente a la promulgación de la ley, en aras de la seguridad jurídica, respondía, así como la forma del tribunal, a los deseos de los comunistas que, sin entusiasmo alguno por la institución, exigían para aceptarla que ésta emanase de la voluntad popular, convirtiéndola con ello en un órgano de carácter político en el que apenas quedan vestigios judiciales y dejando, de otra parte, sin protección alguna los intereses y derechos lesionados por leyes no atacadas dentro del plazo brevísimo que consentía el recurso directo. Para atender a este último inconveniente, sin embargo, ya desde el primer momento se complementó dicho recurso con una posibilidad de impugnación en vía incidental, extrañamente limitada también temporalmente a un plazo de dos años, cuya existencia, aunque necesaria, no parece totalmente conciliable con el sentido de la estructura prevista.

Los defectos de este sistema, expresivo por lo menos de una ausencia manifiesta de criterio definido,⁹ son patentes. La brevedad del plazo abierto para la acción en vía incidental no asegura de manera ni aproximadamente suficiente la tutela de derechos e intereses legítimos y, al propio tiempo, el recurso directo configurado como acción del ciudadano aislado resulta claramente ilusorio en un momento histórico que presencia la eliminación del individuo por el grupo, en lo social, y más especialmente por el partido en lo político.

Consciente de ello, la Comisión de los 75 procede a una nueva redacción. Aunque se mantiene firme en el principio de concentrar en la Corte la jurisdicción constitucional, rechazando la brillante propuesta alternativa de Calamandrei,¹⁰ introduce mo-

9. Azzariti: "Gli effetti delle pronunzie sulla costituzionalità delle leggi", en *Problemi attuali di Diritto costituzionale* (Giuffrè, Milán, 1951), pág. 144.

10. De acuerdo con esta propuesta, el recurso directo de inconstitucionalidad que podría suscitar cualquier autoridad o simple ciudadano, aun en ausencia de lesión, quedaría reservado a la Corte Constitucional, pero el juez ordinario podría también conocer incidenter tantum de la inconstitucionalidad de las leyes con motivo de su ejecución, es decir, cuando lesionasen derechos o intereses legítimos, y esto sin limitación temporal alguna. Cf. Petrucci: "La Corte Costituzionale", en el *Commentario sistematico* citado. vol. II, págs. 453-4.

dificaciones que implican un nuevo alejamiento de la idea originaria en el sentido de una mayor despolitización de la Corte. Si bien se mantiene la competencia de la Asamblea Nacional para la designación de los jueces, la mitad de éstos ha de proceder de la magistratura y una cuarta parte estará integrada por abogados y profesores de Derecho. Comoquiera que los jueces pertenecientes a estas categorías deben ser elegidos de ternas presentadas por la magistratura, el Consejo Superior Forense y los profesores ordinarios de disciplinas jurídicas (art. 127 del Proyecto), sólo la cuarta parte restante resulta de pura designación política. De otra parte, desaparece la limitación temporal para el recurso en vía incidental y el recurso directo se aparta de la forma de acción popular para quedar abierto sólo al Gobierno, a los Consejos regionales, a grupos parlamentarios de al menos cincuenta diputados, a grupos de más de 10.000 electores y a otros entes que la ley constitucional sobre la Corte habrá de determinar (art. 128 del Proyecto).

Aún esta nueva forma resulta, sin embargo, excesivamente "política" para los gustos de la Constituyente. Al abrir la Corte a los recursos propuestos por grupos políticos de parlamentarios o electores, e incluso al propio Gobierno, se está creando la posibilidad de que una minoría pueda torpedear cualquier medida legislativa apelando de ella ante una Corte Constitucional que constituiría en realidad una especie de Superparlamento¹¹ facultado para la *negative Gesetzgebung*. Es cierto que, como antes hemos apuntado, es misión de la Corte la defensa del compromiso constitucional frente a la voluntad política de mayorías ocasionales, pero esta defensa ha de ser lograda, si no se quiere desvirtuar el carácter de la institución, no concediendo a la minoría un instrumento político de apariencia vagamente judicial, sino a través de un órgano tan políticamente neutral en su composición y tan estrictamente judicial en su procedimiento como sea posible conseguir.

Que aún así el control de constitucionalidad de la ley tenga un contenido político y el recurso ante la Corte pueda ser convertido en instrumento político, es cosa por sí misma evidente. Un partido o un sindicato patronal u obrero pueden muy bien valerse de la lesión sufrida, incluso deliberadamente, por uno de sus miembros para intentar una acción política bajo cobertura jurídica,¹² pero este riesgo, en modo alguno exclusivo del procedimiento constitucional, no afecta para nada a su naturaleza

11. Azzariti, *op. cit.*, pág. 148.

12. Esta posibilidad de desvirtuación fue ya advertida por Calamandrei, *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile* (Padua, 1950), pág. 44.

propia, que por el contrario se ve esencialmente alterada cuando se lo convierte en un enfrentamiento directo con el Parlamento.

Fue esta configuración de la Corte Constitucional como instancia política la que suscitó una viva oposición en la Asamblea Constituyente, que rechazó el proyecto presentado por la Comisión, aun después de haber sido éste edulcorado por el Comité de redacción, y remitió a una posterior ley constitucional la regulación de "las condiciones, formas y términos de proponibilidad de los juicios de legitimidad constitucional, así como de las garantías de independencia de los jueces de la Corte" (art. 137 de la Constitución), limitándose a establecer en la Constitución misma los principios básicos de competencia de la Corte (art. 134), y el principio de la eficacia *erga omnes* de sus sentencias (art. 136), que constituye el más importante residuo de su carácter original. Sobre la única cuestión que se adoptó una solución definitiva fue sobre la composición del Tribunal, despolitizado al máximo, pues además de encomendar a organismos judiciales el nombramiento de un tercio de los magistrados, se limita la libertad de elección de las instancias políticas (Parlamento y Presidencia de la República), que sólo puede recaer sobre juristas que reúnan determinadas condiciones (art. 135).

Promulgada la Constitución el 27 de diciembre de 1947 (entró en vigor de acuerdo con su disposición transitoria n° XVIII, el 1° de enero de 1948), la Corte fue objeto no de una, sino de dos leyes constitucionales (9 de febrero de 1948 y 11 de marzo de 1953)¹³ y de una extensa ley ordinaria (ley n° 87 de 11 de marzo de 1953). Sin embargo, en las mismas Cámaras en donde fue posible hallar una mayoría, incluso mayoría calificada, para aprobar los textos que habían de regir el funcionamiento de la Corte no hubo medio de lograr un acuerdo sobre las personas que deberían integrarla aunque fuesen sólo cinco los jueces de designación parlamentaria.¹⁴ Esta lucha por las personas, probablemente muy expresiva de la vida política italiana, que al demorar la instalación de la Corte causó algún perjuicio a la democracia, no pudo ser resuelta hasta diciembre de 1955, fecha en la cual unas nuevas Cámaras dieron por fin término a la difícil tarea y pudo entrar en funcionamiento la Corte. Todavía con posterioridad a esta fecha ha sido aprobada la ley de 25 de febrero de 1962, sobre los juicios de acusación contra el

13. Aunque la ley constitucional n° 1 de 9-II-1948 dispone en su artículo 4 que la misma entrará en vigor al día siguiente de su publicación, no tuvo eficacia práctica hasta años después. Se habló de ella, en consecuencia, como de "ley olvidada".

14. Calamandrei ha hablado al respecto de una "oposición de la mayoría".

Presidente de la República y los ministros, previstos en el artículo 127 de la Constitución que, junto con alguna otra norma legal de menor importancia (ley nº 265 de 18 de marzo de 1958) y las dos disposiciones reglamentarias dictadas por la propia Corte,¹⁵ viene a completar casi ¹⁶ la panoplia normativa requerida por el funcionamiento pleno del control de constitucionalidad. Este control, **centralizado, incidental y general**, en la terminología de Calamandrei, ha venido funcionando desde entonces con resultados en general satisfactorios. Tratándose de una institución nueva y de actividad muy intensa, era inevitable que se produjeran fricciones entre el Tribunal Constitucional, de una parte, y el Gobierno o las Cámaras,¹⁷ de la otra. No obstante, ni estas fricciones, ni las críticas de que algunos de sus fallos han sido objeto han disminuido, sino más bien acrecido, la autoridad del Tribunal, que hoy está ya integrado como uno de los engranajes fundamentales en el aparato estatal italiano.

III. NATURALEZA, COMPOSICION Y PRERROGATIVAS DE LA CORTE

Un control de constitucionalidad de carácter acentuadamente judicial, como el instaurado en Italia no postula necesariamente la unicidad del tribunal competente para ejercerlo. En cualquier ordenamiento apoyado sobre una Constitución rígida es competencia del juez ordinario aplicar al caso contravertido la ley válida y, en consecuencia, negar aplicación a las leyes que modifican normas constitucionales sin observar los requisitos para ello establecidos. Tal era el caso, según opinión general, en la propia Italia desde el momento en que la ley nº 2.693 de 9-XII-1928, creadora del Gran Consejo del fascismo, estableció

15. Normas integrativas para los juicios ante la Corte Constitucional, de 16-III-1956, y Reglamento general de 22-IV-1958.

16. No han sido aún dictadas las normas que deben disciplinar la función de la Corte en los referenda derogatorios.

17. Por razones obvias, los roces han sido más frecuentes con las Cámaras legislativas que con el Gobierno y se han generado, en la mayoría de los casos, en torno a la cuestión del lugar que corresponde, dentro del Estado italiano, a la Corte Constitucional. Así, por ejemplo, frente a las famosas declaraciones hechas al semanario *Vita* (18-II-1960) por el Presidente de la Corte, G. Azzariti, en las que se afirmaba que ésta, por sus funciones moderadoras e impulsivas de las Cámaras, estaba fuera y por encima de éstas, se alzó el Presidente del Senado, Merzagora, para sostener que, sin perjuicio "de la deferente y alta consideración que la Corte merece por su poderoso y docto trabajo como órgano de suprema justicia", en una República democrática y parlamentaria los pilares sobre los que la Constitución se apoya son, ante todo Parlamento y Gobierno (Actas del Senado, sesión de 25-II-1960, recogidas en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1960, págs. 454-5).

en su artículo 12 la necesidad de oír la opinión de este cuerpo en todas las cuestiones de carácter constitucional que el mismo artículo determinaba, transformando así en Constitución rígida el Estatuto Albertino. Y ésta era también la situación allí existente, aún después de entrada en vigor la actual Constitución, mientras no fue instaurada la Corte Constitucional. Incluso se ha sostenido que la sustitución de este control difuso por una forma centralizada implica nada menos que una negación del Estatuto de Derecho.¹⁸ Sin entrar a discutir esta tesis, parece lícito en vista de la práctica reciente asumir la opuesta y aceptar la legitimidad de un control judicial de constitucionalidad encomendado a un órgano único. Aunque muy probablemente la razón de esta unicidad en la estructura italiana hay que buscarla en el carácter político que originariamente se atribuyó a la justicia constitucional, no faltan razones de técnica jurídica (señaladamente la de evitar, en materia tan importante, jurisprudencia contradictoria) que la aconsejen. De otra parte, lo que singulariza a la Corte Constitucional italiana no es tanto su condición de tribunal único, pues en definitiva es siempre el tribunal más alto quien en cualquier sistema decide sobre la constitucionalidad de la ley, como el hecho de ser un tribunal distinto con competencias específicas de índole constitucional y la eficacia **erga omnes** de sus sentencias cuando éstas aprecian la existencia de ilegitimidad constitucional.

Si basándose en estas razones hay aún quien atribuye a la Corte Constitucional el carácter de órgano legislativo, por cuanto se considera como rasgo principal y definitorio de su función la eficacia **erga omnes** de las sentencias derogatorias y, en general, el carácter dispositivo y no meramente declarativo de las decisiones,¹⁹ la opinión de la propia Corte y, en particular, la de Azzariti que como primer Presidente de la misma, encargado de enrumbar la institución en sus comienzos, tiene especial relevancia, resultan poco definidas. Niegan el carácter de órgano judicial a la Corte, aun reconociendo que su función se desarrolla según modalidades procesales, pero su postura es mucho menos clara cuando se trata de determinar cuál sea la naturaleza de esta paradójica Corte cuya índole judicial se rechaza.

18. Así, por ejemplo, C. Schmitt, op. cit., págs. 65 y ss., quien, por lo demás, sigue en esto la opinión de Hugo Preuss y F. Morstein Marx expresada en obras que allí se citan.

19. Así, muy señaladamente, Calamandrei: "La Corte Costituzionale apparirà nella opinione pubblica come una specie di superparlamento sovrapposto alle Camere legislative, le cui decisioni saranno considerate non come pareri giuridici meramente dichiarativi, ma come espressione di una autorità superlegislativa capaci di sovrapporsi a quella degli stessi organi legislativi". *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile* (Padua, 1950), pág. 57.

Azzariti, para quien la posibilidad de dictar decisiones con eficacia *erga omnes* es sólo secundaria y ocasional,²⁰ ve en ella una innovación de más relevancia teórica que práctica, pues aun si tal eficacia no existiera hay que pensar que, o bien el Parlamento derogaría por sí mismo la ley declarada inconstitucional o bien ésta, pese a su subsistencia formal, quedaría privada de eficacia práctica porque, al no ser aplicada por los jueces, nadie la consideraría ya como existente.²¹ Una vez que se invirtió el criterio originario y que la impugnación directa fue, en consecuencia, sustituida por la impugnación en vía incidental, "son los efectos propios y normales de la decisión judicial, acorde con el sistema procesal ordinario, los que tienen preeminencia" y por esto "se puede reconocer carácter jurisdiccional a la decisión de la Corte".²² Una cosa es, sin embargo, el carácter de la función y otra, al parecer bien distinta, la naturaleza del órgano, y Azzariti rechaza vivamente, como antes decíamos, que ésta sea judicial. Como evidentemente tampoco es administrativa y el propio autor ha combatido la tesis de quienes la creen legislativa,²³ sólo resta como solución posible la de colocar a la Corte "fuera y por encima de la tradicional tríada de poderes del Estado, del mismo modo que fuera y por encima de éstos está, en nuestro ordenamiento, el Jefe del Estado".²⁴

La Corte Constitucional en la primera (y en nuestro conocimiento única) decisión en la que ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el problema²⁵ ha adoptado una postura similar, aunque no del todo idéntica, por lo que toca a la afirmación del carácter jurisdiccional de la función y a la negación de la naturaleza judicial del órgano. Sin hacer ningún pronunciamiento positivo en cuanto al carácter del mismo, sí niega resueltamente que éste "pueda ser incluido entre los órganos judiciales, ordinarios o especiales, existentes, tantas y tan profundas son las diferencias entre las tareas confiadas a él, sin precedentes en el ordenamiento italiano, y las tareas, bien conocidas e históri-

20. "Gli effetti generali erga omnes possono esservi e non esservi: vi sono solo, in aggiunta a quelli particolari sul giudizio, nel caso di pronunzia della Corte Costituzionale, che dichiarare incostituzionale la legge. Sono quindi effetti secondari ed occasionali". "Gli effetti delle pronunzie sulla costituzionalità delle leggi", en *Problemi attuali di Diritto Costituzionale* (Milán, 1951), pág. 173.

21. *Ibid.*, pág. 175, n.

22. *Ibid.*, págs. 173-4.

23. *Ibid.*, pág. 170 passim.

24. Azzariti: "Sulla illegittimità costituzionale delle leggi", en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1959, pág. 439.

25. Sentencia N° 13 de 23 de marzo de 1960. Recogida en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1960, págs. 123-134.

camente consolidadas, propias de los órganos jurisdiccionales”.²⁶ La tarea que singulariza a la Corte es la de garantizar la observancia de la Constitución por parte de los órganos constitucionales del Estado y de las regiones y no, como los restantes tribunales, la de tutelar derechos subjetivos y legítimos intereses, de tal modo que sus decisiones no se refieren, como las de éstos, a la interpretación y actuación de la norma, sino a la norma en sí misma, a la averiguación de su validez y tienen, por esto, cuando declaran la inconstitucionalidad, eficacia *erga omnes*.²⁷

Aunque disentir de la opinión que sobre sí mismo tiene tan alto Tribunal puede parecer una audacia imperdonable en quien, además de ser jurista muy modesto, es extranjero, hemos de confesar que no nos parece del todo evidente la doctrina asumida por la Corte. En primer lugar no es sólo el Tribunal Constitucional quien tiene como tarea la averiguación (**accertamento**) de la validez de las normas. Todo órgano judicial está obligado a ello. Bien es cierto que el órgano de control constitucional

26. Considerando lo de la sentencia antes citada. Giur. Cost., pág. 131.

27. “A tal propósito, hay que subrayar que la Corte ejerce esencialmente una función de control constitucional, de suprema garantía de la observancia de la Constitución de la República por parte de los órganos constitucionales del Estado y de las regiones. Es cierto que su actividad se desarrolla según modalidades procesales y con garantías de este género y está disciplinada de tal modo que sea posible la contradicción entre los sujetos y órganos estimados más idóneos y, por tanto, legitimados, para defender ante ella interpretaciones eventualmente distintas de las normas constitucionales. Todo esto, sin embargo, no afecta sino a la elección del método considerado por el legislador constituyente como más idóneo para obtener la colaboración de los sujetos y órganos mejor informados y más sensibles respecto de las cuestiones a resolver y a las consecuencias de las decisiones. Tan es así, que en aquellos casos en los que la cuestión de legitimidad constitucional surge en relación a una controversia que concierne a interesados privados, el órgano judicial competente para resolver tal controversia conserva el poder de decidir todas las demás cuestiones, así como el de evaluar la relevancia respecto de ellas de la cuestión de legitimidad constitucional. La Corte, por el contrario, está llamada a resolver la cuestión de legitimidad haciendo abstracción de sus relaciones con la controversia principal e incluso de las sucesivas vicisitudes procesales de ésta (extinción del proceso por renuncia aceptada, muerte del acusado etc.; cf. art. 22 de las normas complementarias). Su decisión, que concierne a la norma en sí, concurre no tanto a la interpretación y a la actuación como a la constatación de la validez de las normas del ordenamiento, y cuando declara su ilegitimidad constitucional tiene, como es sabido, eficacia *erga omnes*.

Hay que rechazar, por tanto, la opinión de que la Corte pueda ser incluida entre los órganos judiciales, ordinarios o especiales, existentes, tantas y tan profundas son las diferencias entre la tarea confiada a la primera, sin precedentes en el ordenamiento italiano, y aquellas otras, bien conocidas e históricamente consolidadas, propias de los órganos jurisdiccionales”.

se limita a establecer la compatibilidad o incompatibilidad existente entre dos normas, la constitucional y la cuestionada, pero en muchos casos esta es también sustancialmente la misión del tribunal ordinario. Piénsese, por ejemplo, en los infinitos casos en los que, ante una cláusula derogatoria genérica, de uso tan extendido, el tribunal tiene que determinar si la norma en la que se apoya la pretensión resulta o no opuesta a la ley posterior y, en consecuencia, ha sido derogada por ésta o continúa subsistente. En segundo término, la competencia de la Corte Constitucional no se limita al examen de la constitucionalidad de las leyes. La Constitución le encomienda también la decisión de los conflictos de atribuciones y aunque éstos, como veremos después, presentan rasgos diferenciales muy marcados frente a los que la doctrina tradicional del conflicto conocía, las disimilitudes no son tan profundas como para negar carácter jurisdiccional a la Corte y concederlo, en cambio, a los restantes tribunales que deciden en los conflictos.²⁸

La inmensa mayoría de la doctrina entiende que en la decisión de los conflictos de atribuciones no sólo se protege el orden constitucional, sino que se tutelan también las competencias constitucionalmente establecidas de determinados órganos o corporaciones territoriales que, por lo tanto, actúan ante la Corte como auténticas partes interesadas y pueden, incluso, poner término al litigio por medio del desistimiento.²⁹

Por último y aun circunscribiéndonos a la función de la Corte en los recursos de legitimidad constitucional, abundan en la ciencia jurídica actual las razones (con las que comulga una parte importante, si no mayoritaria, de la doctrina italiana) que permiten sostener, frente a la propia Corte, su naturaleza judicial. Ni siquiera hay necesidad de afirmar para ello que las decisiones de la Corte son declarativas y no dispositivas, como ha hecho algún ilustre autor,³⁰ pues al criterio delimitador de la función jurisdiccional frente a la legislativa y la administrativa no consiste, necesariamente, en el carácter cognoscitivo-declarativo del acto judicial, así diferenciado de los actos imperativo-volitivos en que se concreta la función del legislador y del administrador.³¹ Esta tesis schmittiana, que ve en la decisión del juez un acto

28. Curiosamente la doctrina establecida por la Corte en la sentencia antes citada se produjo con ocasión, no de un recurso de legitimidad constitucional, sino de un conflicto de atribuciones.

29. Vid. *infra*, pág. 241.

30. Entre otros Espósito y Pierandrei, citados en Cappelletti: "La giustizia costituzionale in Italia", en *Giur. Cost.*, 1960, pág. 472.

31. Vid., en este sentido, M. Cappelletti, *op. cit.*, pág. 472.

casi mecánico de subsunción de los hechos en la norma³² restringe, en abierto contraste con la realidad, la amplitud del poder del juez y ha sido criticada y casi pudiéramos decir demolida por autores más recientes³³. La discrecionalidad del juez constitucional, que se mueve en el ámbito de preceptos que, por fundamentales, son mucho más generales que las normas legislativas ordinarias, es innegable. Pero esta discrecionalidad es vinculación a fines³⁴ y en su ejercicio el juez constitucional no puede en ningún caso incluir "valoraciones de naturaleza política o juicios sobre el uso que el Parlamento hace de su poder discrecional".³⁵ Es un juez preeminente, pero juez, sujeto en su actividad a la iniciativa de las partes, que no sólo es necesaria para desencadenarla (*nemo iudex sine actore*), sino que determina también al ámbito de la misma (*ne iudex iudicet ultra petitum partis*).³⁶ Aun dando por resuelto, sin embargo, este problema, queda todavía por determinar la naturaleza de esta jurisdicción, y la posición que su órgano titular ocupa. No está sometida, ni siquiera en cuanto a su ámbito, al control que sobre los restantes tribunales ejerce la Corte de Casación (art. 111 Const.). No puede ser considerada jurisdicción especial, pues esta posibilidad no sólo ha sido rechazada por la propia Corte en la sentencia antes aludida, sino que fue puesta en duda en uno de los primeros comentarios a la Constitución en razón del carácter prejudicial que la función de la Corte tiene respecto de la jurisdicción ordinaria.³⁷ No existiendo ningún inconveniente teórico para admitir la existencia de jurisdicciones distintas de la común

32. Cf. C. Schmitt, op. cit., pág. 78: "Erst dadurch, dass eine generelle Norm besteht, unter deren Tatbestände ein Fall subsumiert werden kann, wird dieser Fall «justiziabel». En el mismo sentido, *Verfassungslehre*, pág. 274, *Der Hüter der Verfassung*. Tübinga, 1931, págs. 36 y ss.

33. Vid. infra, sobre el tema, el bello trabajo de Otto Bachof *Jueces y Constitución* (Taurus, Madrid, 1963), especialmente cap. II.

34. M. Cappelletti, op. cit., pág. 473.

35. Art. 28 ley N° 87 de 11-III-1953. Esta norma adolece, a juicio de Calamandrei ("Corte Constitucional y autoridad judicial", trad. esp. de H. Fix, *Boletín de Información Judicial*, México, 1956, pág. 470), más de ingenuidad que de presunción, pues será de todo punto imposible excluir toda valoración de naturaleza política en un juicio como el de la Corte Constitucional. Sin duda la observación del maestro italiano es cierta, pero también sin duda es referible a todo tipo de decisión judicial y no sólo a las de la Corte. La intención del legislador es, verosímilmente, la de evitar que ésta traspase los límites que, como órgano judicial, determina su naturaleza.

36. Vid. art. 27 ley 87 de 11-III-1953. El párrafo final de dicho artículo pudiera hacer pensar en una potestad de la Corte para decidir *ultra petitum*, pero, a juicio de Cappelletti, se trata de una simple cognición no imperativa, no vinculante (op. cit., pág. 465).

37. Cf. Petrucci: "La Corte costituzionale", en el *Commentario sistematico* antes citado, vol. II, pág. 442.

que no son, sin embargo, especiales respecto de ésta (como sucedía, por ejemplo, con la vieja jurisdicción contencioso-administrativa francesa), como tal habrá de estimarse la constitucional. Capelletti la califica además de voluntaria en cuanto en ella no se discute, por oposición a la contenciosa, una relación intersubjetiva, sino un *status* de libertad o sujeción frente a una norma válida o inválida.³⁸ El puesto que el titular de la misma ocupa es, además, excepcional. Como órgano constitucional situado a la misma altura que el Presidente y las Cámaras,³⁹ la Corte Constitucional recapitula en su seno las tres funciones estatales, tiene autonomía, autarquía y autodidiquía. Órgano judicial, si se acepta nuestra tesis, no incluido sin embargo en el "orden" judicial (art. 104 Const.) resulta, en cierto sentido, su-praordinado a los restantes poderes del Estado, de cuyos recíprocos conflictos de atribuciones puede juzgar sin que ninguno de ellos pueda, por el contrario, entrar en conflicto jurídico con él.

Los magistrados que integran la Corte no constituyen en cuanto tales un cuerpo de funcionarios. Una vez terminada su función vuelven a su condición anterior. Merced a esta temporalidad, sin prohibición de reelegibilidad, con la que la Constituyente italiana se separó del ejemplo norteamericano, la Corte debe reflejar en su composición los cambios operados en la opinión pública, bien que el período durante el cual los magistrados permanecen en sus cargos sea aproximadamente doble que el de los mandatos legislativos de ambas Cámaras (art. 4 ley const. n° 1 de 11-III-1953, y arts. 135 y 60 Constitución).

Equiparados a los ministros del Gobierno y a los miembros de las Cámaras por lo que toca a protección penal y otros privilegios, los magistrados sólo pueden ser juzgados por la propia Corte (art. 3 de la ley constitucional n° 1 de 9-II-1948, y art. 7 de la ley const. n° 1 de 11-III-1953), la cual debe también apreciar la existencia o inexistencia de incompatibilidades, que no son obstáculos al nombramiento, sino a la asunción del cargo. Estas garantías, destinadas a asegurar la independencia de los

38. Op. cit., pág. 471. Reenvía allí a su importantísima *Pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, Milán, 1957.

39. El artículo 289 del Código Penal menciona a la Corte Constitucional entre los órganos que pueden ser objeto del delito de "ataque contra órganos constitucionales". La forma de juramento de los jueces de la Corte es también análoga a la de los Ministros. Sandulli recuerda, además, que en la única ley en donde se recoge una clasificación expresa de las funciones estatales superiores (ley 1.108 de 22-XI-1955 sobre utilización de los FF. CC.) se sitúan al Presidente y los miembros de la Corte en el mismo plano que los presidentes y miembros del Gobierno y de las Cámaras. Vid. Sandulli: "Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Italia", en el cit. *Verfassungsgerichtsbarkeit*, i. d. Geg., págs. 299-300.

magistrados y aplicables, no sólo a los jueces ordinarios, sino también a los jueces extraordinarios (art. 135 Const. y arts. 5, 6 y 11 de la ley const. n° 1 de 11-III-53) mientras están en funciones, se complementan con otra muy acorde con el sentido del Estado en nuestro tiempo: la elevación al rango de norma constitucional del principio de que la retribución de los jueces de la Corte no será en ningún caso inferior a la percibida por el más alto magistrado de la magistratura ordinaria. Esta retribución, dividida en jornales, constituye igualmente un derecho constitucional de los jueces agregados (art. 11, ley const. 11-III-53, y art. 12 de la ley 87 de 11-III-1953).

La Corte nombra igualmente a su presidente (art. 6, ley 87), quien designa a su sustituto (*ibid.*) y asume la representación de la Corte, la convoca, preside sus sesiones y ejerce los poderes de policía en la sede de la misma (arts. 17 y 2 del reglamento general dictado por la Corte el 22-IV-1958), en donde la fuerza pública no puede penetrar sin su permiso (arts. 2 y 3 Reglam. general).⁴⁰ El Presidente está asistido en sus funciones por un **Ufficio di Presidenza**, integrado, además del Presidente y su sustituto, por otros jueces designados por la Corte cada dos años (art. 14, ley 87, modif., y art. 20 Reglam. general), al cual corresponde la preparación del presupuesto, la de las cuentas finales, la adopción de las disposiciones de índole financiera cuya urgencia no permitiese la reunión de la Corte (que ha de ratificarlas) y las providencias necesarias para poner en ejecución las decisiones de la Corte. Además de este **Ufficio** existen en la Corte dos comisiones, compuestas cada una de ellas de tres magistrados, y encargadas, respectivamente, de Estudios y Reglamentos y de la Biblioteca (arts. 22-24, Reglam. general). El Presidente, el **Ufficio** y las comisiones dirigen los departamentos administrativos cuya composición, estructura y funciones determina la propia Corte con los medios que el Parlamento pone a su disposición (art. 14, ley 87).

IV. COMPETENCIA

La competencia de la Corte Constitucional está determinada básica, pero no exclusivamente, por el artículo 134 de la Constitución. A las tres materias que en dicha norma se incluyen (controversias relativas a la legitimidad constitucional de las leyes y actos con fuerza de ley, conflictos de atribuciones entre poderes del Estado, o entre el Estado y las regiones, y acusaciones contra el Presidente de la República o los Ministros) hay que agregar la decisión sobre cuál sea la competencia que ha

40. Como sede le fue atribuida a la Corte Constitucional el Palazzo della Consulta, en Roma (ley n° 265 de 18-III-1958).

de resolver la impugnación por el Gobierno de una ley regional (art. 127 de la Constitución) y el juicio sobre la admisibilidad o inadmisibilidad de las peticiones de referéndum derogatorio previstas en el artículo 75 de la Constitución (art. 2 de la ley constitucional nº 1 de 11-III-1953). A diferencia del Tribunal Constitucional Federal de la República Federal Alemana, la Corte Constitucional de Italia carece, por el contrario, de competencia en el contencioso electoral y en los recursos contra actos administrativos o decisiones judiciales inconstitucionales. Por lo que toca al arduo problema de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los partidos políticos, que también en el modelo alemán constituye una competencia expresa del Tribunal Constitucional Federal (arts. 13, 2º y 43-46 de la ley de 12-III-1951),⁴¹ sólo puede llegar al conocimiento de la Corte Constitucional italiana a través de la impugnación en vía incidental de la constitucionalidad de una ley que, apoyada en los artículos 18 (prohibición de las asociaciones secretas o de las que indirectamente persiguen finalidades políticas mediante organizaciones de carácter militar), 49 (derecho a asociarse libremente en partidos para concurrir con métodos democráticos a determinar la política nacional) de la Constitución, o en su disposición transitoria XII (prohibición de la reorganización en cualquier forma del partido fascista), disolviese un partido u organización política, eventualidad que hasta el presente no se ha producido.

A) Controversias relativas a la ilegitimidad constitucional de las leyes y de los actos con fuerza de ley del Estado y de las Regiones (o Provincias)

a) **Caracteres generales.** La fórmula utilizada por la Constitución (ilegitimidad constitucional) difiere de la empleada en el Proyecto elaborado por la Comisión de los 75 (art. 126: la Corte Constitucional juzga de la constitucionalidad de todas las leyes). Sin entrar en la contradicción que en la misma señaló Calamandrei⁴² y que no llega demasiado lejos, ya que es evidente que en la expresión ilegitimidad de la ley se está utilizando el término ley en dos sentidos distintos y que el adjetivo constitucional elude todo equívoco, la nueva redacción resulta poco afortunada, pues no es clara la intención que encierra. Mientras que para algunos se trataba con ella de limitar los alcances de un control de constitucionalidad que se quería más restringido que el norteamericano, para otros supone más bien lo contrario, es decir, la introducción en el control de constitucio-

41. Cf. versión castellana de la misma en Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Nº 18.

42. Op. cit., pág. 12.

nalidad del concepto de legitimidad en la forma amplísima que ha tomado vida en la práctica de los tribunales administrativos que, como es sabido, incluyen en ella el exceso de poder hasta el punto de hacer casi indiscernible el control de legitimidad y el control de mérito.⁴³

El artículo 28 de la ley 87 de 1953, a que antes nos referíamos, no ha solucionado, ni mucho menos, la cuestión, que sigue siendo debatida en la doctrina y frente a la cual la Corte ha adoptado en su todavía corta vida dos posturas distintas. Unos autores, siguiendo la tesis sustentada por Espósito ya con anterioridad a la ley de 1953, y con redoblada fuerza tras la promulgación de ésta, sostienen que estándole vedada a la Corte por su propia naturaleza y concretamente, además, por la norma citada, "toda valoración de naturaleza política y todo juicio sobre el uso que el Parlamento hace de su poder discrecional", ésta no puede legítimamente controlar las razones que inspiran al legislador. En la ley, como fuente de Derecho objetivo, carecen de relevancia las motivaciones subjetivas y no es posible el juicio por desviación o exceso de poder. La Corte, por ello, debe limitarse a cuidar de que el legislador se mantenga dentro de los límites explícitamente trazados por la Constitución, sin entrar en ningún caso a juzgar de las razones de oportunidad y de los motivos, pues por este camino se vería rápidamente llevada a utilizar su propio criterio político como regla para medir de la constitucionalidad de la ley. En la aplicación del principio de igualdad recogido en el artículo 3 de la Constitución, por ejemplo, la Corte debe limitarse a constatar que la ley da tratamiento igual a situaciones iguales y no establece tratamiento diferenciado en razón de desigualdades (sexo, lengua, religión, opiniones políticas, condiciones personales y sociales) que por norma constitucional no deben nunca ser tenidas en cuenta por el legislador. Cuando, por el contrario, éste aprecia una desigualdad basada de otro modo y establece, en consecuencia, un trato también desigual, la Corte debe abstenerse de juzgar la racionalidad o irracionalidad de las distinciones que la ley hace.⁴⁴

Frente al mismo problema de las diferencias establecidas por la ley entre situaciones desiguales y la compatibilidad de este tratamiento diferenciado con el principio constitucional de igualdad, otra parte de la doctrina, encabezada por Mortati, entiende que la Corte no sólo ha de controlar el trato igual a las si-

43. Vid. Azzariti: *Gli effetti della*, etc. cit., págs. 167 y ss., en donde recoge opiniones contradictorias de Ruini y Mortati.

44. Vid. C. Espósito: *La Costituzione italiana. Saggi* (Padua, 1954) y los comentarios del mismo autor a diversas sentencias de la Corte en la revista *Giurisprudenza Costituzionale*, especialmente 1957, pág. 399; 1958, pág. 605; 1962, pág. 78.

tuaciones iguales y la consideración como tales de aquellas que únicamente difieren por razón de sexo, raza, lengua, etc. Si no se quiere privar de todo significado a la igualdad que la Constitución garantiza, hay que negar el arbitrio absoluto del legislador para establecer distinciones. La ley está obligada a no violar las leyes de la lógica y será, por tanto, constitucionalmente ilegítima tanto cuando disciplina de modo diferente situaciones iguales como cuando basa el trato diferente en desigualdades perfectamente arbitrarias e irracionales. La Corte debe apreciarlo así cuando la irracionalidad sea patente *prima facie*, como resultaría, por ejemplo, en una ley que subordinase el acceso a un cargo público al color rubio de los cabellos del aspirante.⁴⁵

En su práctica, la Corte aceptó inicialmente la tesis de Espósito y en repetidas sentencias se declaró incompetente para apreciar el uso que el Parlamento hace de su discrecionalidad, absteniéndose de juzgar sobre la fundamentación de las diferencias establecidas por la ley.⁴⁶ A partir de 1960, sin embargo, se inclina decididamente hacia la postura defendida por Mortati y comienza a controlar la "no arbitrariedad" del legislador, entendiendo que no excede con ello de los límites establecidos por el tantas veces repetido artículo 28 de la ley 87 de 1953. De esta nueva doctrina jurisprudencial son testimonio, entre otras, las sentencias n° 46 de 1959, 16 de 1960, 7 y 48 de 1962,⁴⁷ to-

45. Vid. C. Mortati: *Istituzioni di diritto pubblico* (5ª ed., Padua, 1960), págs. 782-783.

46. Así, por ejemplo, en las sentencias 3 y 28 de 1957. En esta última se dice que "la evaluación de la relevancia de la diversidad de situaciones en las que se encuentran los sujetos de las relaciones disciplinadas está necesariamente reservada al poder discrecional del legislador, salvo la observancia de los límites establecidos en el párrafo primero del artículo 3 de la Constitución según el cual las diferencias de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas y condiciones personales y sociales no pueden ser asumidas como criterios válidos para la adopción de una disciplina diversa... Toda indagación sobre la correspondencia de la diversidad de regulación con la diversidad de las situaciones reguladas implicaría evaluaciones de naturaleza política o, cuando menos, un juicio del uso del poder discrecional del Parlamento, que no corresponde ejercitar a la Corte de acuerdo con el artículo 28 de la ley 87 de 1953".

47. Sent. n° 16, 1960: "Obrando así, el legislador no ha incurrido en manifiesto arbitrio o irracionalidad patente". Sent. n° 7, 1962: "Resta, sin embargo, al juez de la constitucionalidad la indagación de las circunstancias de las que pudiera resultar la inexistencia de todo presupuesto idóneo para justificar la diversidad de trato", pero en el caso considerado "puede estimarse no arbitrario el tratamiento diferenciado". Sent. n° 48, 1962: "No puede verdaderamente decirse que negar a los delitos electorales la aplicabilidad de los dos beneficios antes mencionados constituya un caso en el que la discrecionalidad del legislador se muda en arbitrio".

das ellas referidas al artículo 3 de la Constitución, así como algunas otras que, aunque referidas a otros artículos, plantean también el problema de la igualdad.⁴⁸ Se trata, evidentemente, de un muy espinoso problema, quizás no susceptible de solución dogmática. La Corte habrá de establecer en cada caso la tenue frontera que media entre el control de la arbitrariedad y la valoración política, y el miedo de traspasarla explica la timidez que el propio Espósito le reprocha. En la mayor parte de las cuestiones propuestas, la Corte, afirmando su competencia para juzgar de la no arbitrariedad del legislador, ha aceptado la validez de las distinciones establecidas por éste, incluso cuando la racionalidad de las mismas no aparecía del todo evidente.⁴⁹

b) **Normas sometidas a control.** La Constitución con la que la ley debe ser contrastada es, naturalmente, en primer lugar, la propia Carta Constitucional en su integridad, pero no sólo ésta. Junto a las normas y principios del texto escrito, hay que considerar las costumbres constitucionales que existan o puedan existir, los principios que por vía de abstracción y deducción puedan extraerse del texto constitucional, las leyes constitucionales aprobadas con los requisitos exigidos por el artículo 138 de la Constitución y las leyes con las que el legislador, amparado en la Constitución, establece límites a los que debe sujetarse la legislación posterior sobre un determinado tema.⁵⁰ Estas dos últimas categorías no están, sin embargo, situadas en el mismo plano que las anteriores. Unas y otras son susceptibles a su vez de un control de constitucionalidad no sólo formal, sino, como las restantes leyes, también material. No sólo cabe, en efecto, la posibilidad de ilegitimidad constitucional en una ley general, ley cuadro o superley, que es por su naturaleza una ley ordinaria, también una ley constitucional, formalmente perfecta, puede ser inconstitucional por su contenido en cuanto viole alguna de las normas fundamentales de la Constitución no susceptibles de modificación o derogación.

48. Así, por ej., Sent. n° 15 de 1960, que afirma la compatibilidad de la ley 748 del 9-VIII-1953 con el artículo 51 de la Constitución (igualdad de acceso a los cargos públicos).

49. Espósito termina su comentario a la antes citada sentencia n° 7 de 1962 afirmando que "hay, sin embargo, que lamentar decididamente el que la Corte, afirmando en abstracto el propio poder para juzgar el arbitrio o la inconsecuencia del legislador, negando en la práctica esta inconsecuencia allí en donde existía, o sosteniendo que entraba dentro del poder discrecional del legislador, se haya abierto el camino para juzgar libremente y según su propio parecer de la constitucionalidad de muchas leyes".

50. Sandulli cita a este respecto la Sent. n° 9 de 11-III-1961, por la que se declara inconstitucional un acto legislativo de una región por estar en contradicción con una ley regional de carácter general a la que, constitucionalmente, debería sujetarse. *Op. cit.*, pág. 306.

En sentido estricto, la única norma superconstitucional expresa es la contenida en el artículo 139 (inderogabilidad de la forma republicana), sin que existan de otra parte ni normas calificadas de fundamentales dentro de la propia Constitución, como sucede en algún otro texto de la postguerra,⁵¹ ni principios suprapositivos inderogables constitucionalmente como en el actual ordenamiento alemán ocurre. La generalidad de la doctrina, sin embargo, ha entendido que de la prohibición del artículo 139 pueden deducirse principios⁵² que, como la existencia de un Parlamento y de una Corte Constitucional o la inviolabilidad de los derechos fundamentales, limitan la revisión constitucional. Existe así, en el sistema italiano, la posibilidad de leyes constitucionales viciadas de ilegitimidad constitucional, aunque no serán posibles las *verfassungswidrige Verfassungsnormen* a que ha aludido el Tribunal Constitucional alemán en una sentencia famosa,⁵³ pues la Corte Constitucional carece de poder para juzgar la propia Carta que le da vida y dentro de la cual debe moverse.

Sometidos a control de constitucionalidad están las leyes (incluso las leyes constitucionales dentro de los límites señalados) y los actos con fuerza de ley⁵⁴ del Estado, las regiones y las provincias de Bolzano y Trento, incluyendo las leyes anteriores a la Constitución. Aunque una parte de la doctrina ha sostenido que respecto de éstas sería preferible hablar de derogación y no de inconstitucionalidad sobrevenida,⁵⁵ ya desde su primera sentencia la Corte ha establecido una clara distinción en-

51. Así, por ej., la Constitución checoslovaca de 9-VI-1948, artículos I a XII.

52. Vid. Sandulli, *op. cit.*, pág. 406.

53. Sent. de 18-XII-1953. Aun reconociendo esta posibilidad, el Tribunal Constitucional Federal alemán no ha hecho hasta el presente uso de ella. Vid. Friesenhann: *Die Verfassungsggerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland*, en el Simposium cit., pág. 152.

54. Actos con fuerza de ley son, especialmente, los decretos legislativos dictados por el Ejecutivo en virtud de una delegación del Parlamento (art. 76 Constitución). Los decretos-leyes que, para caso de urgencia, autoriza el artículo 77 de la Constitución deben ser sometidos al Parlamento desde el día siguiente a su promulgación y sólo desde que hayan obtenido la convalidación parlamentaria serán atacables.

55. Esta postura fue ya apuntada por Azzariti ("Considerazioni sulla nuova disciplina del sindacato sulla costituzionalità delle leggi", en *Problemi cit.*, págs. 133-4) y ha sido sostenida después sobre todo por Musacchia ("Brevi considerazioni sulla efficacia di norme costituzionali", en *Rivista trim. dir. publi.*, 1958, págs. 610 y ss.). Ha sido también la tesis sostenida en diversas ocasiones por la Abogacía del Estado; vid. *Avvocatura generale dello Stato: I Giudizi di costituzionalità e il centezioso dello Stato negli anni 1956-60* (Roma, 1961), vol. I, pág. 33.

tre derogación e ilegitimidad constitucional ⁵⁶ y, acogiendo la tesis de Espósito, ha afirmado su competencia para juzgar sobre la constitucionalidad de las leyes anteriores a 1948 en todos aquellos casos en que el juez ordinario decide someterlas a su examen.⁵⁷ Siendo la Corte el único órgano facultado para apreciar la compatibilidad o incompatibilidad de una norma con la Constitución, su decisión al respecto debe tener carácter prejudicial para establecer la subsistencia o derogación de cualquier ley anterior. No obstante, la distinción entre normas constitucionales preceptivas y programáticas, acogida por la propia Corte, ha hecho posible que en muchos casos los jueces ordinarios, comenzando por la Corte de Casación, hayan estimado por sí mismos la eficacia derogatoria de ciertos preceptos constitucionales, produciendo así una jurisprudencia no del todo concordante con la de la Corte Constitucional.⁵⁸

Con excepción de las leyes regionales o provinciales impugnadas directamente por el Gobierno, la legitimidad constitucional de una ley o acto con fuerza de ley sólo puede ser atacada desde que una u otro existen. Por esta razón, Carlo Espósito ha negado la posibilidad de llevar ante la Corte normas inexistentes, por ejemplo una ley promulgada por el Presidente de la República sin la debida aprobación parlamentaria o un decreto legislativo emanado en ausencia de una ley de delegación o fuera de los límites de ésta. Frente a él, Azzariti sostiene en cambio, la licitud teórica y la conveniencia práctica de considerar competente a la Corte también frente a estas normas que existen materialmente desde su promulgación, aun cuando sean inexis-

56. Sent. n° 1 de 5-VI-1956: "La tesis de que la nueva institución de la «ilegitimidad constitucional» se refiere sólo a las leyes posteriores a la Constitución y no a las anteriores, no puede ser acogida, tanto porque la letra del artículo 134 de la Constitución y del artículo 1 de la ley const. N° 1 de 9-II-1948 hablan de cuestiones de legitimidad constitucional de las leyes, sin hacer distinciones, como porque, lógicamente, la relación entre leyes ordinarias y constitucionales y el grado que respectivamente les corresponde en la jerarquía de las fuentes, no cambian según sean las leyes ordinarias anteriores o posteriores a la Constitución... Los dos institutos de la derogación y de la ilegitimidad constitucional no son idénticos entre sí; se mueven en planos distintos, con competencias diversas y diversos efectos. El campo de la derogación es, además, más restringido que el de la ilegitimidad constitucional, y los requisitos exigidos para que se dé la derogación por incompatibilidad según los principios generales son bastante más limitados que los que pueden ocasionar la declaración de ilegitimidad constitucional de una ley".

57. Vid., especialmente, sentencias n° 40 de 24-VI-1958, y n° 1 de 27-I-1959.

58. Vid. sentencias de la Corte de Casación referidas en el antes citado informe del Abogado General del Estado al Presidente del Consejo de Ministros, págs. 39-40.

tentes desde el punto de vista jurídico.⁵⁹ En conexión con lo anterior, plantea igualmente Espósito el problema de las normas ineficaces, aquellas viciadas, por ejemplo, de una manifiesta y radical incompetencia, como serían una ley regional que disciplinase alguna cuestión relativa a la defensa nacional o una ley nacional ordinaria que disolviese la Corte Constitucional. Sería absurdo, dice el brillante profesor de Roma, pretender que estas normas deberían ser eficaces hasta el momento en que la Corte Constitucional declare su ilegitimidad.⁶⁰ En el segundo de los casos citados nos encontraríamos, además, ante una evidente aporía. La ley inconstitucional alcanzaría perpetua vigencia destruyendo justamente el órgano que hubiera podido establecer su ineficacia. Probablemente la situación que este académico supuesto plantea sólo sería soluble aceptando un control preventivo que el sistema italiano excluye y, por tanto, si en la práctica se presentase implicaría una destrucción de la Constitución, que privaría de sentido a la cuestión jurídica de la competencia o incompetencia de la Corte. Esta sólo existe y puede existir en el marco de la Constitución, carente de toda posibilidad frente al cambio revolucionario. Los restantes supuestos imaginables de radical ineficacia de la ley se reducen, sustancialmente, al campo de las leyes regionales dictadas con manifiesta incompetencia y si éstas llegasen a existir pese a los mecanismos creados por la Constitución, ni serían nunca ejecutorias en términos tales que pudiesen producir daños graves, ni resultarían inmutables frente a una posterior declaración de inconstitucionalidad.

Si la posibilidad de control jurisdiccional surge, pues, en principio, desde el momento en que leyes o actos con fuerza de ley nacen materialmente como tales, prescindiendo de su mayor o menor perfección jurídica, no cesa, en cambio, con su desaparición. Desarrollando la distinción establecida por la antes mencionada sentencia entre derogación e ilegitimidad constitucional, la Corte ha declarado repetidamente su competencia para entender en las controversias sobre la constitucionalidad de leyes derogadas, y no sólo de leyes presuntamente derogadas por la Constitución, sino incluso de aquellas que lo fueron explícitamente por otras normas ordinarias, anteriores o posteriores, no importa, a la Constitución misma. El argumento utilizado en apoyo de esta actitud se reduce sustancialmente a la afirmación de que las leyes derogadas han podido crear situaciones cuya persistencia tras la derogación justifica el juicio ante la Corte,⁶¹

59. Espósito: *Saggi cit.*, págs. 273-4; Azzariti, *Problemi cit.*, págs. 189 y ss.

60. Espósito: *Saggi*, págs. 278-9.

61. Así, por ej. en la sentencia n° 4 de 27-I-1959 se dice: "No puede de hecho excluirse en abstracto la posibilidad de que, pese a la dero-

pues ésta está facultada siempre para someter a examen la “aplicación” y la “eficacia” de una norma.

Entendida así, en estos términos amplísimos, por lo que al concepto de acto controlable toca, la competencia de la Corte tiene también una máxima amplitud en lo que a los aspectos controlables de cada acto normativo se refiere. No sólo ejerce un control material, considerando la compatibilidad o incompatibilidad con la Constitución de los contenidos normativos anteriores o posteriores a la misma, sino también un control formal que se extiende, respecto de las normas posteriores a la Constitución, incluso hasta los *interna corporis* parlamentarios,⁶² y abarca igualmente a las normas anteriores, según doctrina constante y escasamente fundamentada de la Corte Constitucional, enfrentada también en este punto con la actitud asumida por la Corte de Casación.⁶³

La impugnación de las leyes y actos legislativos puede ser actuada por dos vías distintas que, si bien coincidentes en su resultado, responden a principios y estructuras diferentes. Aunque indicada ya en la Constitución (art. 127 en relación con el art. 134), la distinción entre ambas vías queda establecida claramente sólo con la ley constitucional n° 1 de 9-II-1948, que implica, hasta un cierto punto, una modificación de aquélla.⁶⁴ Al establecer en el artículo 134 la competencia de la Corte Constitucional, se habla sólo de “controversias relativas a la legitimidad constitucional de las leyes”, y en los artículos 1 y 2 de la citada ley constitucional aparecen ya distinguidas en controversias incoadas por las partes de un juicio ordinario o por el juez del mismo, y controversias suscitadas directamente por el Gobierno con motivo de una ley regional o provincial o por una provincia o región contra una ley de otra región o del Estado. Con el establecimiento de esta impugnabilidad de las leyes estatales por parte de las regiones o provincias no sólo se está ampliando el sentido del precepto constitucional, sino modificando y reduciendo el ámbito de los conflictos de atribuciones que han

gación de una norma, subsistan en el ámbito jurídico situaciones cuya relevancia en el plano constitucional justifique la iniciación del juicio ante esta Corte”.

62. Especialmente en la sentencia n° 9 del 3-III-1959.

63. La doctrina de la Corte Constitucional se deduce de sus sentencias nos. 37 y 54 de 1957, 42 de 1958, 38 de 1959, y 53 de 1961. La actitud de la Corte de Casación ha sido rotundamente expuesta en su sentencia n° 1.811 de 8-VII-1960, dictada en Secciones Unidas. Vid. en el comentario de Espósito a esta última sentencia, las razones que podían aducirse para sostener una y otra posición. *Giurisprudenza Costituzionale*, 1961, págs. 1.017 y ss.

64. Así lo señaló ya Espósito. *Saggi cit.*, págs. 268-9.

de ser decididos por la Corte de acuerdo con el propio artículo 134. Sobre esta modificación habremos de volver más tarde.

c) **Impugnación de normas en vía incidental.** Disciplinada en particular por los artículos 1 de la ley constitucional n° 1 de 4-II-1948, y 23 a 30 de la ley n° 87 de 11-III-1953, esta vía de impugnación constituye sin duda el medio más importante para el mantenimiento de la ley dentro del marco constitucional. La posibilidad de someter al examen de la Corte la dudosa legitimidad constitucional de una ley o acto con fuerza de ley, está abierta a cualquiera de las partes de un juicio ordinario e incluso, de oficio, al juez mismo, quien en todo caso debe apreciar si la cuestión suscitada por las partes carece o no de fundamento y de relevancia para el litigio principal, sin que su decisión al respecto tenga trascendencia fuera del caso controvertido.⁶⁵ La cuestión de legitimidad constitucional que por iniciativa propia o de las partes puede proponer el juez en cualquier grado del proceso se convierte así en una cuestión, o quizás más exactamente una causa, prejudicial que sigue su curso con independencia ya del destino que tuviere el procedimiento que la originó. Este queda naturalmente suspendido en tanto no se produzca la decisión de la Corte, cuya acción no se interrumpe, sin embargo, aunque medie desistimiento o avenimiento en el proceso originario. Por esto ha sostenido Calamandrei⁶⁶ que la elevación del asunto ante la Corte constituye realmente una denuncia del juez en interés general, es decir, en interés del ordenamiento. Si bien las partes del proceso *a quo* son citadas y oídas ante la Corte, que escucha también al Presidente del Consejo de Ministros o de la Junta Regional interesada, no se trata realmente de un litigio entre partes. De los dos momentos, protección del derecho subjetivo lesionado y salvaguardia del ordenamiento, presentes en todo proceso judicial, el primero desaparece totalmente y quienes eventualmente actúan en el litigio no lo hacen como titulares de derechos o intereses, sino como ocasionales defensores del ordenamiento.

Por razones obvias, la utilización de esta vía de impugnación no está temporalmente limitada ni reducida en su utilización a ningún tipo concreto de juicios. Incluso en los juicios seguidos ante la propia Corte constitucional en caso de conflictos

65. La Corte ha de decidir siempre si el litigio en que la cuestión se suscita constituye un verdadero juicio y tiene, en consecuencia, carácter jurisdiccional el órgano que la eleva; pero aceptando esto, el juez *a quo* es, en principio, el único en decidir si la cuestión suscitada por las partes, además de estar razonablemente motivada, tiene relevancia para la solución del juicio principal. Ocasionalmente, sin embargo, la Corte se ha pronunciado también sobre la relevancia.

66. Vid. Calamandrei, *op. cit.*, pág. 71.

de atribuciones puede suscitarse como incidente la cuestión de legitimidad constitucional de una norma que pudo ser atacada directamente en un plazo anterior ya concluido.⁶⁷

d) **Impugnación directa de normas.** Esta posibilidad de impugnación directa de la legitimidad constitucional de normas con fuerza legal, único resto subsistente de aquellos primeros proyectos en donde esta forma de control constituía el eje de todo el sistema, ha sido organizada por el artículo 2 de la citada ley constitucional n° 1 de 9-II-1948 que, en unión con el artículo 127 de la Constitución, viene a crear una triple estructura: a) Control **preventivo**, por iniciativa del Estado, de las normas con fuerza de ley dictadas por las regiones (o por las provincias de Trento y Bolzano, de la región Trentino-Alto Adigio); b) Control **sucesivo** de este mismo tipo de normas cuando es otra región quien lleva a cabo la impugnación; c) Control **sucesivo** de legitimidad constitucional de las normas legales emanadas del poder estatal.

En cualquiera de estas distintas modalidades pareciera, sin embargo, que la impugnación de la legitimidad constitucional se ha transformado realmente en un conflicto de atribuciones, pues la impugnación de la norma, se basa precisamente en la incompetencia del órgano que la emana.⁶⁸ Comoquiera que tanto la Constitución como las leyes posteriores enumeran entre las competencias de la Corte Constitucional la de resolver los conflictos de atribuciones surgidos entre poderes del Estado o **entre el Estado y las regiones (o provincias)**, quedaría así poco menos que sin sentido esta construcción autónoma de conflictos

67. Ordenanza de la Corte Constitucional n° 22 de 9-IV-1960, dictada en un conflicto de atribuciones iniciado por el Presidente del Consejo de Ministros contra la región de Sicilia con motivo del decreto n° 146/A (23-IV-1959) del Presidente de la Junta Regional, emanado en virtud de las atribuciones que le confiere la ley regional n° 62 de 1953: la Abogacía del Estado suscitó como incidente la cuestión de constitucionalidad de esta ley y dicha cuestión fue declarada admisible por la Corte con el argumento de que, "no puede aceptarse que justamente la Corte —único órgano competente para decidir las cuestiones de constitucionalidad de las leyes— esté obligada a aplicar leyes inconstitucionales, ni tampoco que en la hipótesis de inconstitucionalidad de las leyes que regulan la materia, pueda y deba no aplicarlas sin poner en marcha el mecanismo (de alcance general y necesario en el presente ordenamiento) destinado a conducir, con las debidas garantías, a la eliminación con efecto *erga omnes* de la ley inconstitucional".

La consideración que en este caso hace de sí misma la Corte como juez a quo, ha sido invocada por algunos para afirmar su carácter de órgano judicial.

68. A esta conclusión llegó Azzariti sobre la base de los artículos 127 y 134 de la Constitución y 2 de la ley constitucional n° 1 de 9-II-1948. Vid. Azzariti, *op. cit.*, pág. 149.

de atribuciones originados en la promulgación de normas legales. La naturaleza legal del acto atacado justifica escasamente la diversidad de tratamiento, tanto más cuanto que esta diversidad carece de relevancia práctica. Como ya antes indicábamos, el transcurso del plazo abierto para la impugnación directa no cierra las posibilidades de atacar por ilegitimidad constitucional las normas legales, que cabe impugnar siempre por vía incidental en un juicio posterior, configurado como conflicto de atribuciones, cuando el poder estatal o regional interesado intente ponerlas en ejecución. Es dudoso, además, que esta impugnación directa de leyes que violen competencias atribuidas a otros poderes, pueda cubrir de manera ni aproximadamente suficiente la laguna existente a propósito de las leyes autoejecutivas, de difícil o imposible impugnación en vía incidental.

La jurisprudencia de la Corte ha sorteado, sin embargo, esta posible confusión y aprovechando la redacción del párrafo último del artículo 127 de la Constitución y del artículo 31 de la ley 87 de 1953, ha establecido una distinción neta entre la impugnación de leyes regionales o provinciales por el Estado, de una parte (a), y la impugnación de una ley estatal por una región o provincia (c) o de una ley regional o provincial por otra región o provincia (b), de la otra. En el primer supuesto, el Estado puede invocar cualquier motivo de inconstitucionalidad, y no forzosamente el de la incompetencia legislativa, pues no puede considerársele situado en igualdad con las regiones, sino supraordinado a ellas y facultado, en consecuencia, no sólo para la defensa de su propia esfera de competencia, sino para la defensa del ordenamiento en general. En los supuestos restantes, por el contrario, las regiones o provincias sólo pueden impugnar directamente las normas legales que de alguna manera violen la esfera de competencia que la Constitución les garantiza.⁶⁹

69. Aunque esta doctrina había sido formulada ya en algunas sentencias anteriores, ha encontrado su mejor y más completa expresión en la n° 32 de 12-V-1960, en la que se dice: "De acuerdo con el artículo 127 de la Constitución y el artículo 31 de la ley n° 87 de 11-III-1953, el Gobierno de la República tiene el poder de promover la cuestión de legitimidad constitucional de una ley regional (o provincial) por cualquier motivo de inconstitucionalidad. Las regiones, por el contrario, sólo pueden impugnar las leyes del Estado, o de otra región, cuando consideren que tales leyes lesionan su propia esfera de competencia. Esta diferencia de posición entre el Estado y las regiones, además de ser consecuencia necesaria del texto de los artículos 2 de la ley const. n° 1 de 9-II-1948 y 32 y 33 de la ley de 11-III-1953, antes citada, se fundamenta en la diversidad de planos en que se encuentran las atribuciones del Estado y de las regiones. Teniendo una esfera de poderes bien delimitada, las regiones sólo pueden actuar, incluso en los juicios ante esta Corte, en los límites señalados por la tutela de los intereses propios. El Estado, a su vez, puede y debe velar por la tutela del ordenamiento

Sólo en estos últimos supuestos, si acaso, se opera, por tanto, esa analogía entre cuestiones de legitimidad y conflictos de atribuciones que antes señalábamos, y sólo respecto de ellos, es decir, cuando la impugnación parte de una región o provincia, tiene relevancia la cuestión del ámbito de competencia que la ley atacada excede, lesionando así la competencia ajena. En el ordenamiento italiano, que ha sido por ello calificado de "ordenamiento diferenciado", la competencia de las regiones no es uniforme. Si bien el artículo 117 de la Constitución reserva a la legislación regional, dentro de los principios fundamentales establecidos por las leyes del Estado y siempre que no se oponga a los intereses del Estado o a los de otra región, una serie definida de materias, las regiones especiales, desde todo punto de vista las de mayor interés, pueden gozar de un "mayor grado de autonomía según estatutos especiales aprobados con ley constitucional" (art. 116 Const.). Los estatutos regionales aprobados hasta el presente no regulan, en efecto, de manera totalmente idéntica las competencias de las respectivas regiones, que llega a su máximo en el caso de Sicilia, cuyo estatuto es anterior a la Constitución. En todo caso, la Corte ha declarado en repetidas ocasiones que esta competencia regional, en cuanto excepcional, no es susceptible de interpretación extensiva.

Por lo que a los actos susceptibles de impugnación se refiere, aunque el artículo 134 de la Constitución habla, indistintamente, de "ley o acto con fuerza de ley del Estado o las regiones", ni la ley constitucional n° 1 de 1948 tantas veces citada ni la también citada ley 87 de 1953 (art. 31), aluden en absoluto a los actos regionales con fuerza de ley, si bien ambos mantienen la dualidad de conceptos cuando se ocupan del Estado. La intención del legislador parece así indicar que no tienen las regiones capacidad para dictar actos legislativos distintos de la ley y que sólo ésta, en consecuencia, puede ser objeto de control de constitucionalidad.⁷⁰

e) **Procedimiento.** El procedimiento de impugnación en vía directa presenta peculiaridades diversas, según la impugna-

jurídico general y de todos los intereses públicos, por lo cual, frente a cualquier exorbitancia de las leyes regionales, los órganos estatales competentes están legitimados para provocar el juicio ante esta Corte. En realidad esas exorbitancias inciden siempre en la esfera de competencia del Estado".

70. La Corte ha rechazado ya expresamente (sent. 50 de 28-VII-1959) que las regiones (en el caso la siciliana) puedan dictar decretos-leyes por razones de urgencia, como puede hacerlo el Gobierno de la República de acuerdo con el artículo 77 Const. Hasta donde sabemos, no se ha pronunciado aun en general sobre la posibilidad de decretos legislativos regionales, emanados en virtud de una delegación legislativa.

ción parta del Estado o de las regiones, pero tiene sin embargo, en todos los casos, caracteres que lo distinguen del incidental. A diferencia de este último, las partes (con la salvedad de la ya aludida situación especial del Estado) defienden derechos e intereses propios, que son directamente afirmados o negados por la decisión de la Corte, y se encuentran así en una situación análoga a la de las partes en el juicio ordinario, si bien también aquí el Estado, como defensor del ordenamiento, puede comparecer incluso en aquellos litigios surgidos entre dos regiones y en los que la competencia estatal no viene discutida. La impugnación es posterior a la promulgación de la ley cuando se trata de leyes estatales o de leyes regionales o provinciales impugnadas por una región o provincia. En cambio, la impugnación de una ley regional (o provincial) por el Estado suspende la promulgación de la misma hasta tanto no se produzca la decisión de la Corte (art. 128 Const.) que, si aprecia la inconstitucionalidad, la hace naturalmente imposible. También aquí, sin embargo, es singular la posición de Sicilia, cuyo Estatuto prevé en su artículo 29 que las leyes regionales impugnadas por el Estado serán promulgadas por el Presidente de la Junta si, transcurridos treinta días desde la fecha de la impugnación, la ley no ha sido anulada. Bien que el Estatuto, como anterior a la Constitución, se refiera a la Alta Corte de Sicilia y no a la Corte Constitucional; ésta, como es sabido, ha asumido desde su aparición todas las funciones de aquélla.⁷¹ Frente al problema específico, la Corte Constitucional ha sostenido que la promulgación operada antes de que recaiga decisión es meramente potestativa y no obligatoria y que, en todo caso, dicha promulgación no altera en nada los efectos de la sentencia.⁷² Esta doctrina, que ha encontrado oposición permanente del Gobierno regional, ha sido también enconadamente atacada por una parte de la doctrina.⁷³

f) **Decisión de la Corte. Modalidades y efectos.** Aunque el procedimiento de impugnación en vía incidental puede concluir con una devolución de los autos al juez *a quo*, por defectos en la ordenanza de remisión,⁷⁴ su conclusión normal, como la del

71. La Corte se declaró competente para asumir las funciones de la Alta Corte desde la sentencia n° 38 de 27-II-1957, y ha mantenido firmemente esta sucesión, que ha sido repetidas veces negada por la región.

72. Vid., por ejemplo, sentencia n° 31 de 9-VI-1961 y el comentario de Crisafulli en *Giur. Cost.*, 1961, págs. 581 y ss.

73. Especialmente Crisafulli y Andrioli.

74. Esta fórmula, no prevista ni por la ley ni por las normas que la propia Corte dictó, ha sido empleada, sin embargo, por ésta en todos los casos en que ha creído oportuno devolver los autos al juez (por defecto de motivación acerca de la relevancia, irregularidad de

procedimiento de impugnación directa, es la decisión de la Corte declarando constitucionalmente ilegítima la norma atacada o infundada la duda sobre su constitucionalidad. Formalmente, esta decisión puede ser emitida como ordenanza o como sentencia, pues si bien el artículo 18 de la ley 87 de 1953 establece que la resolución definitiva de un caso se hará mediante sentencia, el artículo 29 de la misma ley, contradictorio del anterior, habla de sentencias u ordenanzas. La práctica de la Corte es la de utilizar la sentencia cuando declara la inconstitucionalidad, e indistintamente sentencia u ordenanza cuando considera infundada la cuestión, aunque ha recurrido siempre a la ordenanza cuando se trataba de cuestiones resueltas ya anteriormente en sentencia. La distinción entre ambas formas no tiene, en todo caso, trascendencia alguna, ya que tanto la sentencia como la ordenanza han de ser motivadas y firmadas por todos los jueces que en el proceso intervinieron. Es el contenido el que establece la distinción fundamental entre las decisiones de la Corte.

Las resoluciones afirmativas, es decir, aquellas que declaran la ilegitimidad constitucional de una norma (que puede ser no sólo la impugnada, sino también otras cuya ilegitimidad es consecuencia de la de aquélla) tienen, como es sabido, eficacia **erga omnes**. La norma declarada ilegítima pierde toda eficacia, según el artículo 136 de la Constitución desde el día siguiente a la declaración de ilegitimidad. Pese a su aparente claridad, esta no muy afortunada fórmula ha planteado un buen número de problemas. En primer lugar resulta inexacto decir que las leyes perderán eficacia desde el día siguiente a la publicación de la sentencia, pues puede tratarse, como hemos visto, de normas aún no promulgadas o ya derogadas y, por tanto, ineficaces. Más aún, prescindiendo de esta notoria imprecisión, el enunciado constitucional resulta aún más criticable por su olvido de los efectos retroactivos que la sentencia, siquiera de manera limitada, ha de tener para la relación debatida en el juicio principal que ha dado origen a la cuestión de constitucionalidad cuando ésta se presenta por vía incidental. Llevando a su extremo absurdo las palabras de la Constitución, Calamandrei sostuvo que, de acuerdo con ellas, la norma declarada inconstitucional debería ser aplicada en el juicio **a quo**,⁷⁵ consecuencia tan abiertamente monstruosa que evidentemente chocaba con el espíritu de la ley, pero que demostraba eficazmente lo defectuoso de su letra. Algún otro intérprete, trabajando sin el ánimo polémico del maestro florentino, utilizó, junto al concepto de derogación implícito en la ley, el de inaplicación, y sostuvo que, siendo am-

forma, ley sobrevenida, etc.). También así concluye definitivamente la cuestión.

75. Cf. Calamandrei: *La illegittimità cit.*, pág. 86.

bas instituciones distintas, había que entender que si bien la ley sólo era derogada por la sentencia, una vez producida ésta no era tampoco aplicable a las relaciones todavía no concluidas anteriores a la misma.⁷⁶ Esta interpretación, que es la única adecuada según los principios procesales básicos y que pareció a los constituyentes tan evidente que no creyeron necesario modificar el texto del artículo 136 antes citado,⁷⁷ ha sido después corroborada por la ley 87 de 1953, cuyo artículo 30 habla ya de inaplicación y no de ineficacia, y por la jurisprudencia de la Corte de Casación, a la cual corresponde lógicamente definir los efectos de la jurisdicción constitucional.⁷⁸

Entre las dos posibilidades básicas de la eficacia *ex nunc* y *ex tunc*, se ha escogido así una vía media que combina ambas. No se trata ni de derogación judicial de una ley que desaparece desde que ésta se produce, ni de declaración de una nulidad originaria que disuelva todas las relaciones anudadas en virtud de la misma. Con ello se reintroduce en el ordenamiento italiano, a juicio de Carlo Espósito,⁷⁹ la diferencia entre ejecutoriedad y obligatoriedad de las leyes. Las leyes inconstitucionales serán, antes de ser declarada su ilegitimidad, ejecutorias para los órganos del Estado, pero no obligatorias para los ciudadanos. Una vez recaída la sentencia desaparece también su ejecutoriedad. Esta explicación, criticada por Azzariti,⁸⁰ pare-

76. Vid. G. Guarino: "Abrogazione e disapplicazione delle leggi illegittimi", en *Ius.*, 1951, págs. 356-386.

77. Calamandrei (Corte Constitucional y autoridad judicial cit., pág. 693) ha sostenido por eso que la citada ley, "paraconstitucional" para algunos, es realmente inconstitucional.

78. Así en la sentencia n° 3.491 de 16-IX-1957: "La disposición del artículo 136 Const. (y la correlativa del art. 30 de la ley ordinaria n° 87 de 11-III-1953) en base a la cual en el caso de que la Corte Constitucional declare la ilegitimidad constitucional de una ley o acto con fuerza de ley, éstos dejarán de tener eficacia a partir del día siguiente a aquel en que fue publicada esa decisión, ha de entenderse en el sentido de que el pronunciamiento de inconstitucionalidad, si de un lado deja a salvo todos los efectos ya irrevocablemente producidos en virtud de la norma declarada inconstitucional, despliega, por el contrario, su eficacia sobre las situaciones jurídicas aún no agotadas, en cuanto todavía susceptibles de ser reguladas de diversa manera como efecto de dicho pronunciamiento. Por lo tanto, la declaración de inconstitucionalidad de una ley hace a ésta inaplicable a todas las relaciones controvertidas en juicio, siempre que no hayan sido ya objeto de una decisión con fuerza de cosa juzgada, con la consecuencia de que en todo estado y grado del juicio, e incluso de oficio, el juez debe tener en cuenta dicha declaración de ilegitimidad constitucional al pronunciarse sobre la relación sometida a su decisión, del mismo modo y con la misma extensión que si se tratara de un *ius superveniens*".

79. *Saggi cit.*, pág. 271.

80. *Problemi cit.*, págs. 197-8.

ce, sin embargo, plenamente ajustada a la realidad introducida por la Constitución.

La cuestión del carácter dispositivo o declarativo de la sentencia de inconstitucionalidad, estrechamente conectada con la del carácter legislativo o jurisdiccional de la Corte Constitucional fue ya antes aludida. Para concluir aquí estas breves consideraciones sobre sus efectos, nos limitaremos a señalar el problema práctico de la relación entre jurisdicción y Parlamento.

La sentencia de la Corte, al privar de validez *erga omnes* la ley declarada inconstitucional, no impide, claro es, que el Parlamento pueda de nuevo regular legislativamente la materia disciplinada en la misma. En la nueva normación, el órgano legislativo debe eludir los vicios que acarrearón la invalidación de la ley anterior, pero se corre el riesgo de que, por una parte, el Parlamento reduzca las modificaciones sobre el viejo texto a cuestiones de detalle que no lo alteran en lo fundamental y que, por otra, la Corte, temerosa de desencadenar un conflicto grave, retroceda ante una nueva invalidación. Esto ha sido, a juicio de Mortati,⁸¹ lo ocurrido con la sentencia n° 53 de 1958, que declaraba la inconstitucionalidad de la ley 1.422 de 20-XII-1956, relativa a los arrendamientos de tierras destinadas al cultivo del cáñamo en la Campania. Aun antes de que dicha sentencia hubiese sido depositada en la Cancillería de la Corte, se había presentado ante la Cámara un nuevo proyecto de ley que sólo muy leve y lateralmente modificaba la anterior. Habiendo alcanzado vida legal este proyecto como ley 790 de 6-VIII-1958, se suscitó de nuevo frente a ella la cuestión de ilegitimidad constitucional que esta vez la Corte desechó (sentencia n° 16 de 29-III-1960). Sin duda, son estas dificultades e inconvenientes inevitables en el período de ajuste que sigue a toda modificación sustancial de la estructura jurídica. Para eludirlos no procede verosímilmente el recurso a nuevos mecanismos jurídicos que serían, por las mismas razones, de muy dudosa eficacia y aun probable nocividad, pero tampoco sería lícito apoyarse en estas enfermedades infantiles para decretar la inviolabilidad de una institución a la que sólo el tiempo puede prestar la *auctoritas* indispensable para el pleno despliegue de sus virtualidades.

Problema aún más enconado es, sin embargo, el que plantean las sentencias (u ordenanzas) de la Corte en las que ésta rechaza, por infundada, la cuestión de constitucionalidad. La cuestión de su eficacia, a la que la ley no alude, constituye sin ninguna duda la más debatida de cuantas el control de constitu-

81. Vid. sentencia n° 16 de 29-III-1960 con comentario de Mortati, quien actuaba como abogado de los recurrentes. *Giur. Cost.*, 1960, págs. 164 y ss.

cionalidad ha originado. Inicialmente, Calamandrei sostuvo que también estas sentencias, como interpretación auténtica de la norma que cierra el paso a toda futura impugnación, habían de tener eficacia *erga omnes*.⁸² Aunque el ilustre profesor de Florencia cambió más tarde su opinión, otros muchos autores han sostenido después la misma tesis, bien sea por considerar que la función de la Corte es en todo legislativa, bien sea porque, aceptando su naturaleza jurisdiccional, hacen valer el argumento de la *res iudicata*. Frente a ellos, se ha acogido en la práctica la solución de limitar los efectos de estas sentencias al juicio principal en que la cuestión se ha suscitado,⁸³ para la cual no faltan sólidas razones. Ya Azzariti adujo para sostenerla que, siendo de una parte la regla general la de limitar los efectos de la sentencia al caso controvertido, la norma del artículo 136 de la Constitución, que atribuye efectos *erga omnes* a las declaraciones de inconstitucionalidad, tiene carácter excepcional y no puede ser objeto de interpretación extensiva; de otra parte, la sentencia desestimatoria es de naturaleza totalmente distinta y no es lícito establecer analogías entre ella y la estimatoria. Aunque la Corte, como cualquier otro tribunal, no está limitada en su investigación del derecho a los alegatos de las partes, no puede excluirse la posibilidad de que escapen a su apreciación vicios que pudieran hacerse valer en el futuro o que se originen en una interpretación distinta de la misma norma.⁸⁴ La mayor parte de la doctrina ha seguido este mismo camino con argumentos más o menos análogos, pero se han suscitado, en cambio, nuevas cuestiones. Algunos autores, aun aceptando el efecto preclusivo de la sentencia de la Corte, niegan que la imposibilidad de volver a proponer la cuestión dentro del mismo proceso pueda ser atribuida a la fuerza de *res iudicata* de dicha sentencia, como la Corte de Casación afirma en la decisión antes citada.⁸⁵ La preclusión se operaría en virtud del principio *ne bis in idem*, no del todo coincidente con el de cosa juzgada, o no se operaría en absoluto, pues ni este principio ni la *res iudicata*, que no existe en la jurisdicción voluntaria, género al que pertenece la constitucional, pueden impedir el replanteamiento de la cuestión

82. La *illegittimità* cit., pág. 71.

83. Así en la sentencia n° 147 (22-I-1958) de la Corte de Casación en Secciones Unidas: "La decisión de la Corte Constitucional que estima infundada una cuestión de legitimidad constitucional, si bien no tiene una eficacia plena y absoluta como la decisión positiva (de la que resulta *ipso iure* la cesación del vigor de la norma declarada ilegítima con efectos generales y objetivos sobre el ordenamiento jurídico) tiene, sin embargo, eficacia vinculante para el caso resuelto, con plena autoridad de cosa juzgada".

84. *Problemi* cit., págs. 170-71.

85. Así, por ej., Espósito: *Saggi* cit., pág. 280.

rechazada.⁸⁶ Aunque esta última posición extrema no puede ser aceptada hoy por contraria a la realidad, no cabe tampoco albergar ninguna duda sobre la posibilidad de que en otro proceso, incluso entre las mismas partes, puedan suscitarse de nuevo cuestiones anteriormente resueltas por la Corte de modo negativo. El inconveniente práctico por algunos atribuido a esta solución, que les hacía temer la desaparición de la Corte bajo una avalancha de reiterados recursos, no se ha producido hasta el presente ni parece probable que haya de presentarse en el futuro. Aun limitada en sus efectos al caso controvertido, la sentencia desestimatoria expresa la opinión de la Corte, inmutable en tanto no se aleguen nuevos fundamentos de inconstitucionalidad, y ello basta para desanimar a litigantes temerarios.

Prescindiendo, sin embargo, del problema puramente doctrinal sobre la fundamentación real de estos efectos, hoy establecidos por la jurisprudencia,⁸⁷ queda aún un buen número de cuestiones abiertas, que probablemente irán aumentando con el correr del tiempo y que ofrecen al pensamiento jurídico un tema de reflexión inagotable. Basta señalar, entre ellas, la que origina la interpretación que la Corte Constitucional hace de las normas legales ordinarias. Es cierto que no es su misión interpretarlas y que, en todo caso, su interpretación no es vinculante para los restantes tribunales, pero es asimismo evidente que al declarar infundada una cuestión ha de hacerlo sobre la base de una determinada lectura de la misma que puede diferir, y aun diferir notablemente, de la interpretación que de la misma ha dado la Corte de Casación, cuya jurisprudencia sí es vinculante. El juez **a quo** se vería así ante el dilema de interpretar la norma en un sentido distinto del autorizado por la Casación o no aplicar una norma que no ha sido declarada inconstitucional. Si bien cabe aquí la posible salida de volver a plantear la cuestión, que sería realmente distinta en cuanto referida a una hipótesis normativa diferente, aunque originada en la misma norma, no es difícil apreciar lo escabroso del problema.⁸⁸

86. Esta es la tesis repetidamente sostenida por Cappelletti: "Pronuncie di rigetto nel processo costituzionale delle libertà e cosa giudicata", en *Rivista di diritto processuale*, 1956, pág. 135; *La giurisdizione costituzionale delle libertà* (Milán, 1957), etc.

87. Aunque ya antes lo había hecho de modo implícito, la primera sentencia en la que la Corte ha afirmado la posibilidad de volver a proponer una cuestión ya declarada infundada en otro recurso es la n° 7 de 27-I-1958. En la n° 54 de 11-VII-1961 ha rechazado por primera vez la reiterada proposición de una cuestión por el mismo juez **a quo**. Vid. el interesante comentario de R. Chieppa a esta sentencia en *Giur. Cost.*, 1961, págs. 1.059 y ss.

88. Un ejemplo notable de esta divergencia entre la interpretación de la Corte Constitucional y la de la Corte de Casación la ofrece la sentencia n° 39 de 11 de julio de 1961, del primero de estos tribu-

B) Conflictos de atribuciones

En segundo lugar, tras la competencia básica que constituye su razón principal de ser, el artículo 134 atribuye a la Corte Constitucional la facultad de juzgar sobre los conflictos de atribuciones entre poderes del Estado o entre el Estado y las regiones o entre las regiones.

La letra de esta norma suscitó, desde el primer momento, una serie de cuestiones, hoy en gran parte resueltas por las leyes ulteriores o por la práctica de la Corte que han obligado en algunos casos a revisar categorías jurídicas de muy largo tiempo establecidas. La innovación que significó para el ordenamiento italiano la Corte Constitucional no se limita así a la práctica, sino que se extiende, y muy poderosamente, al ámbito de la teoría.

En primer término, el concepto mismo del primero de los dos tipos de conflicto (conflictos entre poderes del Estado) que el citado artículo menciona era de difícil definición. La figura del conflicto de atribuciones, como oposición entre la jurisdicción ordinaria y una administración totalmente exenta de control jurisdiccional, nace en Francia apoyada sobre un entendimiento mecanicista del principio de la división de poderes y alentada por la tradicional desconfianza frente a los Parlamentos judiciales que, aun despojados de las atribuciones administrativas usurpadas en su figura moderna de tribunales, seguían siendo sentidos como amenaza para el libre funcionamiento de la Administración. Esta resolvía en órganos propios (tribunales contencioso-administrativos) de carácter administrativo y no jurisdiccional. Adoptado por la ley sarda de 1859, este sistema atribuye la facultad de decidir los conflictos nacidos del choque entre estos dos poderes con competencias exclusivas al propio soberano, como personalización del Estado situado por encima de los poderes. El conflicto así concebido implica siempre la negación de la competencia ajena y afirmación de la propia y exclusiva.

La ley de marzo de 1865 suprimió los tribunales contencioso-administrativos y en su artículo 2º extendió la competencia de la jurisdicción ordinaria a todos aquellos casos en que se discutiese un derecho civil o político, no obstante la presencia como parte de la Administración. Con la nueva regulación desaparecía la posibilidad del conflicto de atribuciones en sus términos originarios pero, a través de una lamentable incongruencia, se mantenía, aunque alterada, la institución, extendiendo a todo el territorio de la nación, recién unificada, la vigencia de la primiti-

nales. Cf. en *Giur. Cost.*, 1961, págs. 927 y ss., el texto de esta sentencia, con comentarios de De Luca y Crisafulli.

va ley. En lugar de haber hecho al juez ordinario juez de su propia competencia, como la lógica exigía, se atribuía a la Administración la facultad de decidir de ésta, concediéndole la apreciación de la existencia o inexistencia del derecho de naturaleza civil o política que pudiese llevar el asunto ante el juez ordinario. Y lo que es más: la decisión de las diferencias surgidas a este respecto entre jurisdicción y Administración se llevaban a conocimiento del Consejo de Estado, órgano administrativo, y no, como anteriormente sucedía, del soberano. Si bien la doctrina negó el carácter de auténticos conflictos de atribuciones a los así surgidos, que no oponen a dos poderes totalmente independientes el uno del otro, sino que brotan de una Administración sujeta como parte a la competencia del juez ordinario que posteriormente niega,⁸⁹ la práctica continuó utilizando el concepto. Sólo la ley de 31-III-1877, paradójicamente llamada de conflictos de atribuciones, elimina del ordenamiento italiano la institución, sujetando la Administración a la justicia y encomendando a los propios órganos judiciales la tarea de decidir sobre su competencia cuando ésta fuera negada por la Administración, que no conserva así sobre el particular más privilegio que el de poder suspender el juicio remitiendo la excepción de defecto de competencia, *omisso medio*, al más alto Tribunal de la nación. A partir de este momento, el conflicto de atribuciones desaparece, como decimos, del derecho italiano, si bien quedan, como residuos de su existencia, la facultad concedida a la Administración por los artículos 41 y 367 del Código de Procedimiento Civil para incoar por medio del prefecto una excepción de defecto de jurisdicción en aquellos asuntos en los cuales la Administración, sin ser parte, puede tener interés, y la posibilidad, contemplada en el artículo 362 del mismo texto, de conflictos negativos entre Administración y jurisdicción ordinaria, a ser resueltos mediante recurso en casación. Estas figuras vestigiales, sin embargo, carecen de vida práctica; la primera, que ofrece a la Administración un instrumento mucho menos eficaz que el siempre utilizable de constituirse como parte en juicio, ha sido utilizado escasísimas veces, la segunda nunca.

a) **Conflictos entre poderes del Estado.** Era claro, pues, desde el primer momento, que no podía la Constitución referirse a estos restos muertos de viejas instituciones. Resultaba también evidente que no podía tratarse de un intento de resucitar en su plenitud el antiguo instituto, colocando por encima de Administración y jurisdicción un órgano nuevo encargado de resolver sus diferencias. Esto hubiera implicado negar siete de-

89. Vid. Pomodoro: "Per una più esatta definizione del conflitto di attribuzioni", en *Riv. Trim. Dir. Publ.*, págs. 489 y ss. y la literatura allí citada.

cenios de progreso jurídico e incluso el espíritu mismo de la Constitución, que expresamente sujeta la Administración a los tribunales.⁹⁰ Descartada así la regresión, quedan sin embargo abiertas nuevas cuestiones: ¿Cuáles serán los conflictos entre poderes del Estado cuyo conocimiento se defiere a la Corte? ¿Qué hay que entender por poderes del Estado? No cabe resolver esta última cuestión remitiéndose a la vieja división tripartita heredada de Montesquieu. Aun prescindiendo de que la Constitución no habla de poder, sino de "orden" judicial, y aceptando que éste pueda ser equiparado a ejecutivo y legislativo, existen de una parte órganos difícilmente ubicables en uno de los tres poderes y existen, a su vez, dentro de cada uno de éstos, una multitud de órganos entre los cuales no siempre es posible establecer una relación jerárquica. Presidencia de la República y Consejo de Ministros, Senado y Cámaras, Tribunal de Casación, Tribunal de Cuentas, Consejo Superior de la Magistratura, Consejo Nacional de Economía son, entre otros, órganos que si no supremos *in suo ordine* no están tampoco sometidos a ningún otro. Si se limita el concepto de "poder del Estado" a su acepción tradicional quedaría, de una parte, excluida la posibilidad de resolver judicialmente los litigios nacidos entre dos órganos de un mismo poder (por ejemplo, Senado y Cámara o Presidencia de la República y Consejo de Ministros), anulando una de las finalidades que la instauración de la Corte Constitucional persigue, y se plantearía, de la otra, el difícil problema de decidir cuál, de entre los posibles órganos, puede actuar como representante de un determinado poder. Por esto, y aunque desgraciadamente la Corte Constitucional no ha tenido aún ocasión de pronunciarse sobre el tema, la doctrina casi unánimemente ha entendido que poderes del Estado son simplemente "todos los organismos de la organización estatal que, de acuerdo con el ordenamiento constitucional, se encuentran en una situación tal que la actividad de los distintos elementos de los que cada organismo se compone escapa al control de otros órganos (incluso constitucionales) ajenos al organismo en cuestión".⁹¹ Los conflictos entre estos poderes serán justiciables ante la Corte si oponen a órganos competentes para manifestar con carácter definitivo la voluntad del poder a que pertenecen (ley 87, art. 37).

Por otro lado, y si se tiene en cuenta que la competencia de los poderes del Estado así definidos es, en la inmensa mayoría de los casos, concurrente, parece necesario ampliar el concepto tradicional del conflicto de atribuciones, incluyendo en él

90. Art. 113. La ley 87 de 1953 ha declarado más tarde que "se mantienen en vigor las normas existentes sobre conflictos de jurisdicción" (art. 37, 2º).

91. Sandulli, *op. cit.*, pág. 310.

no sólo los litigios surgidos del choque entre dos competencias exclusivas y excluyentes, sino también todas aquellas controversias que nacen del enfrentamiento de dos órganos que no niegan recíprocamente sus competencias, sino que discuten, solamente, su relativa amplitud. En este sentido, propone Sergio Pomodoro,⁹² apoyándose en la teoría elaborada por Sandulli para la delimitación del vicio de incompetencia en el Derecho Administrativo, una clasificación de los conflictos en la cual figurarían, además de los conflictos de forma tradicional, en los que se discute cuál, entre dos autoridades, es competente para la realización de un acto determinado (*uter possit*), también aquellos en los que la diferencia se centra en la existencia o inexistencia de competencias concurrentes (*an possit*) o, incluso, aceptadas éstas, en su relativa amplitud (*quantum possit*).

Aun así ampliadas las categorías, los conflictos de este tipo no parecen muy probables y no serán, sin duda alguna, muy frecuentes, como testimonia el hecho, ya antes señalado, de que hasta el presente no se haya suscitado ninguno ante la Corte, que se ve en cambio literalmente abrumada por los surgidos entre el Estado y las regiones. La consideración de las posibilidades existentes no es, sin embargo, un puro juego del espíritu, pues permite establecer las virtualidades de acción eficaz de la institución. Estas posibilidades surgen, en primer lugar, de las relaciones entre órganos legislativos y ejecutivos, o más concretamente, entre Consejo de Ministros y Cámaras, o entre éstas y Presidencia de la República. Parece poco verosímil que estos conflictos puedan ser resueltos jurídicamente por la Corte cuando son, como en la mayoría de los casos sucede, de naturaleza esencialmente política. Resulta así demasiado optimista la cuestión, abierta por Azzariti,⁹³ sobre si podrá la jurisdicción constitucional resolver los conflictos que hasta ahora desembocaban en un voto de desconfianza, con la consiguiente caída del Gobierno, o en la disolución del Parlamento. Pero aun excluyendo estas oposiciones de índole política e importancia trascendental muy difícilmente justiciables, restan aún un buen número de hipótesis en las que la acción de la Corte puede tener cabida. El mismo Azzariti señala, por ejemplo, las de retraso en la promulgación de una ley más allá de los límites constitucionalmente establecidos (art. 71 de la Constitución), o un decreto de disolución del Parlamento que no cumpla con los requisitos que la Constitución (art. 88) impone. Además de estas posibles discrepancias entre Presidencia de la República y Cámaras legislativas, éstas pueden entrar con el Consejo de Ministros en conflictos que cabrían deferir a la Corte Constitu-

92. Op. cit., págs. 510 y ss.

93. Op. cit., pág. 216.

cional. Así, por ejemplo, señala Amorth,⁹⁴ una diferencia de opinión respecto a la cuestión de si se requiere o no autorización legislativa para la ratificación de un determinado tratado internacional. Pomodoro señala una acción parlamentaria en contra de un decreto legislativo dictado en exceso de la delegación concedida, aunque hasta el presente estos supuestos han sido siempre atacados por los particulares a causa de ilegitimidad constitucional.

También Presidencia de la República y Consejo de Ministros o Senado y Cámara podrían entrar en conflicto, más probable sin duda en el primer caso, dada la posibilidad de desvinculación política entre ambos órganos, que en el segundo, sin que, no obstante, éste resulte resueltamente imposible.⁹⁵ Cabe imaginar una oposición nacida entre el Presidente de la República y el Consejo de Ministros a propósito, por ejemplo, de la autorización para presentar ante las Cámaras un proyecto de ley elaborado por el Gobierno (arts. 87, 54; Const.) y no sería tal vez imposible un choque entre ambas Cámaras originando en los Reglamentos que cada una para sí aprueba y que pudiesen, de algún modo, atribuirse amplitudes o exclusividades negadas por la otra Cámara.

Tampoco los conflictos entre poder legislativo y poder judicial parecen muy probables, puesto que, por definición, el juez está sujeto a la ley. Esta sujeción, no obstante, si excluye toda posibilidad imaginable de conflictos suscitados por el poder judicial, no anula los supuestos en que el conflicto nace por iniciativa del poder legislativo. Así, por ejemplo, podría resultar de un proceso incoado o de una sentencia ejecutada contra quien las Cámaras entendiesen protegido por la inmunidad que concede el artículo 68 de la Constitución; en esta hipótesis, cualquiera de las Cámaras, o incluso una Asamblea Regional, podrían suscitar el conflicto ante la Corte Constitucional de no haber el poder judicial solicitado la autorización que la Constitución prevé. Aunque parece puramente académica, puede también mencionarse la hipótesis, a que Pomodoro⁹⁶ hace referencia, de un conflicto nacido de una sentencia de equidad que el Parlamento estimase exorbitante.

Por último, en cuanto a la posibilidad de conflictos entre poder judicial y Administración, si bien, como antes dijimos, hay que excluir toda posibilidad de que el conflicto nazca del contraste entre actividad administrativa y actividad jurisdiccional, sin que quepa ni siquiera un posible recurso de la Ad-

94. Cit. en Azariti, *op. cit.*, pág. 216.

95. En contra Pomodoro, *op. cit.*, pág. 513.

96. *Op. cit.*, pág. 516.

ministración ante la Corte Constitucional contra la sentencia de las Secciones Unidas de la Corte de Casación,⁹⁷ sí es posible el conflicto entre ambos poderes cuando el judicial realiza funciones administrativas. Esta posibilidad, apuntada ya por Azza-riti⁹⁸ y también tomada en consideración por Pomodoro, podría producirse en caso de que el Consejo Superior de la Magistratura, al cual, con arreglo al artículo 105 de la Constitución corresponde, entre otras cosas, la asignación y promoción de magistrados, estuviese en desacuerdo con la propuesta al efecto formulado por la Comisión que, según el artículo 11 de la ley 195 de 11 de marzo de 1958, ha de constituirse con tal fin. Si bien tal Comisión emana del seno del propio Consejo, sus propuestas han de formularse de acuerdo con el Ministro de Gracia y Justicia, de tal modo que el conflicto surgiría entre éste y el Consejo Superior.

En este caso, la discrepancia versaría en torno a la interpretación que cabe dar al artículo 11 citado, es decir, a una norma legal ordinaria y no constitucional. Tal interpretación se apoyaría, sin embargo, en la que hubiera de darse al artículo 105 de la Constitución. El ejemplo nos lleva a otra cuestión abierta por la doctrina sobre el conflicto de atribuciones en general: ¿Podrá éste ser llevado a la Corte Constitucional cuando las atribuciones discutidas estén fijadas por ley ordinaria y no por norma constitucional? Aunque la interpretación de la letra de la Constitución y de las leyes subsiguientes parecen abonar la tesis de que sólo cabe suscitar conflictos cuando las atribuciones brotan de la Constitución misma, como ha sostenido Cassarino,⁹⁹ toda interpretación de las leyes ordinarias nace de una determinada interpretación de la Constitución y todo conflicto de atribuciones es por consiguiente justiciable ante la Corte Constitucional.

b) Conflictos entre el Estado y las regiones (o provincias) o de éstas entre sí. Los conflictos de atribuciones entre el Estado y las regiones (o provincias) o de las regiones (o provincias) entre sí, si bien carecen de la dificultad conceptual que en cuanto a su esencia misma ofrecen los anteriores, suscitan una infinidad de cuestiones menores, sobre muchas de las cuales ha tenido ya ocasión de pronunciarse la jurisprudencia de la Corte. Así, por ejemplo, ha podido asentar ésta al enfrentarse con un conflicto de este género, que no es necesario para la admisibilidad del mismo que la competencia negada vaya acompañada de una afirmación de la competencia propia. El Gobierno, como defensor del ordenamiento, puede impugnar un acto regional

97. Vid., sin embargo, en contra Sandulli, *op. cit.*, pág. 310.

98. *Op. cit.*, pág. 218.

99. "Un preteso conflitto di attribuzioni", en *Giur. Cost.*, 1959, pág. 385.

aunque carezca, como órgano ejecutivo, de la competencia para realizarlo por sí mismo.¹⁰⁰ Para que el conflicto pueda suscitarse no es necesario, de otro lado, que el Estado, la región o la provincia hayan emanado un acto administrativo viciado de incompetencia. Basta con una simple "actitud" (expresada, por ejemplo, mediante una circular) afirmativa de una competencia con la que otros entes territoriales consideran lesionada la propia.¹⁰¹

Capacitados para suscitar este género de conflictos están, en todo caso, el Estado y las regiones. Las dos provincias de estatuto especial que constituyen la Región de Trentino-Alto Adigio (Bolzano y Trento) carecen, por el contrario, de legitimación activa para impugnar actos del Estado (o de otra región) presuntamente viciados de incompetencia, aunque tienen, en cambio, legitimidad pasiva para oponerse al Estado en los conflictos suscitados por éste con motivo de un acto provincial, si bien incluso entonces comparece también la región.¹⁰²

c) **Procedimiento.** El procedimiento (salvo leves variaciones: existencia de plazo para el conflicto entre el Estado y las regiones y no para el conflicto entre poderes) es idéntico se trate de conflicto entre poderes del Estado o de conflictos entre el Estado y las regiones o de las regiones entre sí, pues la finalidad perseguida es, en todos los casos, la defensa del círculo de atribuciones constitucionalmente establecido y, tras él, la defensa del ordenamiento en general. A diferencia del procedimiento de impugnación por vía incidental y análogamente a la impugnación en vía directa, el procedimiento del conflicto de atribuciones puede concluir por desistimiento o renuncia de las partes. La sentencia que, sin duda por reminiscencias de la teoría tradicional, debe declarar cuál es el poder a que corresponden las atri-

100. Sentencia n° 58 de 26-XI-1959: "De tal modo que el conflicto es configurable, no sólo cuando se estima que la región, con un acto administrativo, ha interferido en la esfera de competencia propia del Gobierno, órgano del poder ejecutivo, sino también, como en el presente caso se afirma, cuando haya incidido sobre las atribuciones del poder legislativo".

101. Sentencia n° 11 de 18-I-1957: "La naturaleza del conflicto de atribuciones y su modo de resolución, que consiste en la delimitación de las esferas de competencia respectivas del Estado y de la región en relación con la materia del acto impugnado, implican que cualquier acto del Estado o de la región es idóneo para configurar tal conflicto, como se confirma por el hecho de que la ley solamente considera el pronunciamiento acerca de la validez del acto como una consecuencia eventual de la declaración de competencia (art. 38 ley 87 de 1953) y de la letra del artículo 39 de la ley 87 de 1953, que habla genéricamente de «acto» del Estado o de la región que invada «la esfera de competencia asignada al Estado o a otra región»".

102. Sent. n° 38 de 12-VI-1958.

buciones contestadas (art. 38, ley 87), anula, si lo hubo, el acto viciado de incompetencia, pero la ley no establece nada acerca de los efectos que la eventual anulación tiene respecto de los derechos adquiridos en virtud del acto viciado. En general, la regulación legal de este procedimiento adolece del defecto fundamental de no establecer conexión entre el mismo y los procedimientos iniciados por particulares para atacar el acto viciado de incompetencia. Esta posibilidad de impugnación simultánea de un acto determinado, tanto por el órgano que ve invadida su esfera de competencia como por particulares interesados, ha sido reconocida por la doctrina y por la jurisprudencia. Mantener desvinculadas ambas acciones acarrea, entre otras cosas, el peligro de decisiones discordantes de, por ejemplo, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, supuesto sobre cuya gravedad para la seguridad del ordenamiento y la dignidad de la justicia no hay que insistir. Para obviar el inconveniente propone Sandulli,¹⁰³ *de iure condendo*, la siguiente articulación: 1) Suspensión de los procedimientos ordinarios en que se impugnen por incompetencia actos que están siendo igualmente discutidos ante la Corte Constitucional, hasta tanto no se produzca la decisión de ésta; 2) Los recursos de impugnación de actos que podrían dar origen a un procedimiento ante la Corte se comunicarán a aquellos órganos que estarían legitimados para suscitar el conflicto. A partir de la comunicación estos órganos podrán impugnar por sí mismos el acto cuestionado dentro de un plazo establecido en la ley y durante el cual quedaría provisionalmente en suspenso el procedimiento ordinario.

C) Acusación contra el Presidente de la República y los miembros del Gobierno

Si bien el concepto de justicia constitucional no abarca, en buena doctrina, la competencia para juzgar de los delitos cometidos por los titulares de los más altos poderes del Estado, tanto la doctrina como la práctica universal atribuyen esta competencia a los tribunales de justicia constitucional allí en donde éstos existen. La Constitución italiana, siguiendo, como la alemana (art. 61 GG.; 13, 4º y 49-57 de la ley 29-III-1951) y la austríaca (art. 142 Const., y 72-81, ley 1953) esta pauta, convierte también a la Corte Constitucional, ampliada con una mayoría de jueces de extracción política (art. 135 Constitución y artículo 26 de la ley nº 20 de 25-enero-1962), en tribunal penal especial para juzgar al Presidente de la República por los delitos de alta traición y atentado a la Constitución (art. 90 Constitución) y al Presidente del Consejo de Ministros y a los Ministros por

103. Op. cit., pág. 313.

los delitos cometidos en el desempeño de sus cargos (art. 96 Constitución). La actuación de la Corte en esta función, dudosamente eficaz y hasta el momento inédita en Italia, como en Alemania y Austria, ha sido regulada con detalles por la ley Constitucional nº 1 de 11-III-1953 y la ley ordinaria nº 20 de 25-enero-1962.

La acusación sólo puede ser hecha por el Parlamento en sesión conjunta (art. 90 Const., 12 ley nº 1 de 11-III-1953 y 17 de ley nº 20 de 25-I-1962), previo informe de una Comisión investigadora integrada por diez senadores y diez diputados elegidos por las respectivas Cámaras (art. 12 ley nº 1 de 11-III-1953), que desempeña las funciones y ejerce los poderes del ministerio público en la instrucción sumaria (art. 3 ley nº 20 de 25-I-62). Como la acusación ha de contraerse a los delitos previstos por la Constitución, que quedan con ello sustraídos al conocimiento de la jurisdicción ordinaria o militar, pueden surgir entre ésta y el Parlamento conflictos positivos (arts. 11 y 13 ley nº 20 cit.) o negativos (art. 14 *id.*) que habrán de ser resueltos por la Corte Constitucional.

Decidida la acusación, el Presidente del Consejo de Ministros o los Ministros quedan suspendidos en sus cargos (art. 14 ley nº 1 de 11-III-1953), no así el Presidente de la República, cuya suspensión sólo se produce en virtud de resolución expresa (y facultativa, aunque el texto es equívoco) de la Corte Constitucional (art. 23 ley nº 20 de 25-I-62). En el mismo acto, el Parlamento nombra uno o más comisarios para sostener la acusación ante la Corte (art. 13 ley nº 1 de 11-III-1953, y 18-20 de ley nº 20 de 25-I-1962), la cual nombrará defensor de oficio (art. 22 ley nº 20 cit.) cuando el acusado, notificado de la acusación (art. 17 *id.*), no haya proveído a ello.

El procedimiento ante la Corte, que no puede ser detenido por el propio Parlamento, pues a diferencia de lo que, por ejemplo, en el ordenamiento alemán sucede (art. 52 de la ley Tribunal Constitucional Federal de 12-III-1951), la acusación no puede ser retirada una vez hecha, termina con sentencia de la Corte que, si es condenatoria, impone sanciones no sólo constitucionales y administrativas (verosíblemente, aunque no necesariamente, la pérdida del cargo e incluso otras no previstas en la ley), sino también penales. Estas últimas no deberán exceder de los límites máximos previstos en las leyes ordinarias cuando se trate del Presidente de la República, pero pueden ser incrementadas hasta en una tercera parte por encima de dichos límites cuando existen circunstancias especialmente graves, en el caso de las demás personas sujetas a esta jurisdicción, esto es, del Presidente y de los miembros del Consejo de Ministros (art. 15

ley nº 1 de 11-III-1953). La razón de esta diferencia normativa parece difícilmente perceptible.

La Corte debe limitar su actuación a la acusación parlamentaria (aunque puede invitar al Parlamento a ampliar ésta y puede conocer de los delitos conexos (art. 27 ley nº 20 cit.) y, en consecuencia, ni en el procedimiento ni en la sentencia pueden ser atendidas reclamaciones de terceros, que sólo pueden ejercitar, en su caso, la acción civil una vez recaída sentencia de la Corte (art. 30 *id.*) Esta es firme, sin que quepa contra ella otro recurso que el de revisión ante la propia Corte (art. 29 *id.*).

D) Impugnación de leyes regionales por razones de oportunidad

Además de las competencias enumeradas en el artículo 134 de la Constitución, que hasta ahora hemos tratado, y de las que para su organización interna corresponden a la Corte, ésta es también competente para decidir sobre el carácter de la impugnación por el Estado de una ley regional (y, en consecuencia, de la cuestión conexa de qué órgano, Parlamento o Corte Constitucional, ha de conocerla) y para determinar la procedencia o improcedencia del referéndum derogatorio previsto en el artículo 75 de la Constitución.

La primera de las competencias señaladas está establecida, en términos no muy afortunados, en el artículo 127 de la Constitución.¹⁰⁴

Está claro de dicho artículo que la alternativa planteada al Gobierno es la que se ofrece entre un control de constitucionalidad y un control de oportunidad política. El empleo de la expresión “competencia de la región”, que podría hacer pensar en el conflicto de atribuciones (por otra parte imposible, como se ha señalado, cuando se trata de actos legislativos), queda desvirtuado y correctamente ampliado dentro del propio artículo al hacer éste, líneas después, referencia a la “cuestión de legitimidad constitucional”.

104. “Cuando el Gobierno de la República estime que una ley aprobada por el Consejo regional excede de la competencia de la región o se opone a los intereses nacionales o a los de otra región, la devuelve al Consejo regional dentro del término fijado para la concesión del visto bueno.

”Si el Consejo regional la aprueba de nuevo por mayoría absoluta de sus componentes, el Gobierno de la República, dentro de los quince días siguientes, puede promover la cuestión de legitimidad ante la Corte Constitucional o la de mérito, por oposición de intereses, ante las Cámaras. En caso de duda, la Corte decide a quién corresponde la competencia”.

Siendo en este caso competente la Corte, como para el control de mérito lo es el Parlamento, es a la primera, como órgano judicial o parajudicial, a la que corresponde determinar, en caso de discrepancia, la naturaleza de la impugnación propuesta y, dependiendo de ella, el órgano que debe decidir sobre su procedencia.

La cuestión puede ser suscitada por la región tanto en el caso de que el Gobierno haya iniciado el procedimiento ante la Corte como cuando lo ha iniciado ante el Parlamento. En el primer supuesto, la Corte decide la cuestión como incidente previo.¹⁰⁵ Cuando, por el contrario, la cuestión ha sido llevada ante el Parlamento, la región puede proponer recurso ante la Corte dentro de los quince días siguientes. Este recurso, del que se notificará a los Presidentes del Consejo de Ministros y de ambas Cámaras (art. 35 ley 87), no constituye en modo alguno un conflicto de atribuciones entre Corte y Parlamento. Como la propia Corte ha señalado,¹⁰⁶ los citados no lo son "como titulares de intereses en conflicto, sino sólo como representantes de los órganos investidos por esferas de atribuciones respecto de las cuales pueden surgir cuestiones cuya solución está confiada a la Corte Constitucional".

E) Referéndum derogatorio

La competencia para decidir si las peticiones para la celebración de referéndum derogatorio son admisibles de acuerdo con el párrafo segundo del artículo 75 de la Constitución,¹⁰⁷ le ha sido atribuida a la Corte por el artículo 2º de la ley constitucional n° 1 de 11 de marzo de 1953. Ni ha tenido aún ocasión de ejercerse, ni ha sido disciplinada legalmente. Sandulli, quien asimila la institución a la del control de legitimidad constitucional de las leyes regionales,¹⁰⁸ menciona un proyecto de ley sobre la cuestión, aprobado ya por la Cámara de Diputados, pero no todavía por el Senado, en el cual se establece la sumisión de las peticiones de referéndum a la Corte como procedimiento de oficio, obligatorio en todos los casos. La Corte decidirá la cuestión oyendo al Presidente del Consejo de Ministros y a los peticionarios. En este caso, como en el del recurso de legitimidad, no

105. Sent. n° 20 de 24-III-1961.

106. Sent. n° 21 de 23-III-1960.

107. El referéndum para la derogación de leyes, que debe celebrarse cuando lo solicitan 500.000 electores o cinco consejos regionales, no es admisible respecto de las leyes tributarias y presupuestarias, las de amnistía e indulto, y las de autorización para ratificar tratados internacionales.

108. Op. cit., pág. 315.

se actúa en interés de derechos subjetivos, sino en el general del ordenamiento y, en consecuencia, quienes participan en el procedimiento no lo hacen en calidad de partes, sino como coadyuvantes del juez.

LEY CONSTITUCIONAL DE 9 DE FEBRERO DE 1948, N° 1

NORMAS SOBRE LOS JUICIOS DE LEGITIMIDAD CONSTITUCIONAL Y SOBRE LAS GARANTIAS DE INDEPENDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

El Presidente de la República promulga la siguiente ley constitucional aprobada por la Asamblea Constituyente el 31 de enero de 1948.

Art. 1. La cuestión de la legitimidad constitucional de una ley o de un acto con fuerza de ley de la República, suscitada de oficio o argüida por una de las partes en el curso de un juicio y no considerada manifiestamente infundada por el juez, será remitida para su decisión a la Corte Constitucional.

Art. 2. Cuando una Región estime que una ley o un acto con fuerza de ley de la República invade la esfera de competencia que le ha sido asignada por la Constitución, puede promover ante la Corte, previa deliberación de la Junta Regional, la cuestión de legitimidad constitucional en el término de los treinta días siguientes a la promulgación de la ley o del acto con fuerza de ley.

Además de los casos y formas previstos en el artículo anterior y en el artículo 127 de la Constitución, una ley de una Región puede también ser impugnada a causa de ilegitimidad constitucional por otra Región que estime lesionada por tal ley su propia competencia. La acción se propondrá, previa deliberación de la Junta Regional, dentro de los sesenta días siguientes a la publicación de la ley.

Art. 3. La Corte Constitucional es la única competente para juzgar sobre la validez de los títulos de los miembros de la misma.

Los jueces de la Corte Constitucional no pueden ser removidos ni suspendidos en sus cargos sino por decisión de la Corte a causa de sobrevenida incapacidad física o civil o de faltas graves en el ejercicio de sus funciones.

Mientras ocupen sus cargos, los jueces de la Corte Constitucional gozan de la inmunidad que el párrafo segundo del artículo 68 de la Constitución concede a los miembros de ambas Cámaras. La autorización allí prevista habrá de ser otorgada por la Corte Constitucional.

Art. 4. La presente ley constitucional entrará en vigor al siguiente día de su publicación en la Gaceta Oficial de la República.

La presente ley, autorizada con el sello del Estado, se insertará en la Colección oficial de leyes y decretos de la República italiana y deberá cumplirse y hacerse cumplir como ley del Estado.

LEY CONSTITUCIONAL 11 DE MARZO DE 1953, N° 1**NORMAS COMPLEMENTARIAS DE LA CONSTITUCION EN LO
CONCERNIENTE A LA CORTE CONSTITUCIONAL**

La Cámara de Diputados y el Senado de la República, en segunda votación y por mayoría de dos tercios de los componentes de cada una de las Cámaras, han aprobado,

El Presidente de la República promulga la siguiente ley constitucional:

Art. 1. La Corte Constitucional ejerce sus funciones en la forma, dentro de los límites y con las condiciones que establecen la Carta Constitucional, la ley constitucional N° 1 del 9 de febrero de 1948 y la ley ordinaria promulgada para la primera ejecución de las precitadas normas constitucionales.

Art. 2. Corresponde a la Corte Constitucional juzgar si las peticiones de referéndum derogatorio presentadas de acuerdo con el artículo 75 de la Constitución son admisibles en el sentido del párrafo segundo del mismo artículo.

Las modalidades de tal juicio serán establecidas por la ley que regulará el desarrollo del referéndum popular.

Art. 3. La Corte Constitucional juzga sobre los títulos de admisión de sus componentes y de los ciudadanos elegidos por el Parlamento de acuerdo con el último párrafo del artículo 135 de la Constitución, adoptando sus decisiones por mayoría absoluta de sus miembros.

Art. 4. Los jueces de la Corte permanecen en sus cargos por doce años. Los jueces nombrados una vez transcurridos doce años de la primera integración de la Corte se renuevan, a los nueve años, mediante sorteo de dos jueces de entre los nombrados por el Presidente de la República, dos de entre los nombrados por el Parlamento y dos de entre los nombrados por la Suprema Magistratura ordinaria y administrativa.

El sorteo de los jueces lo llevará a cabo la Corte tres meses antes del precitado término de nueve años.

Una vez transcurridos los tres años restantes, se renuevan los jueces que habían permanecido en sus cargos.

En lo sucesivo se renovarán cada nueve años los jueces que se han mantenido en sus cargos durante doce.

En caso de vacante debida al transcurso del término de doce años o a cualquier otra causa, la sustitución se efectuará dentro de un mes a partir del momento de la vacante.

Art. 5. Los jueces de la Corte Constitucional no pueden ser acusados ni perseguidos por las opiniones emitidas y los votos dados en ejercicio de sus funciones.

Art. 6. Los jueces de la Corte Constitucional tendrán una retribución anual no inferior a la del más alto magistrado de la magistratura ordinaria, que será fijada por la ley.

Art. 7. Los jueces de la Corte Constitucional, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3 de la ley constitucional N° 1 del 9 de febrero de 1948 sólo pueden ser removidos o suspendidos previa deliberación de la Corte, por mayoría de dos tercios de los miembros de la misma que asistan a la sesión.

Art. 8. Pierde el cargo el juez de la Corte Constitucional que permanezca durante seis meses sin ejercer sus funciones.

Art. 9. Cuando lo considere necesario, el presidente de la Corte, mediante providencia motivada, podrá reducir hasta en la mitad los términos del procedimiento.

Art. 10. En la misma forma establecida para el nombramiento de los jueces de la Corte Constitucional, el Parlamento confecciona cada doce años una lista de personas de entre las cuales se sortean, en caso de necesidad, los jueces agregados que deben participar en los juicios de acusación contra el Presidente de la República, el Presidente del Consejo de Ministros y los ministros.

Art. 11. Las disposiciones de los artículos 5 y 6 se aplican también a los ciudadanos elegidos por el Parlamento de acuerdo con el párrafo último del artículo 135 de la Constitución durante el período en que dichos ciudadanos ejercen sus funciones en la Corte.

Art. 12. La acusación contra el Presidente de la República, el presidente del Consejo de Ministros o los ministros es decidida por el Parlamento en sesión conjunta, previo informe de una comisión constituida por diez diputados y diez senadores, elegidos por cada una de las Cámaras para cada legislatura por decisión mayoritaria, de conformidad con el propio reglamento. En caso de empate prevalece el voto del presidente. El presidente es elegido por la Comisión de su propio seno.

Art. 13. El Parlamento, en sesión conjunta, al acordar la acusación contra el Presidente de la República, el presidente del Consejo de Ministros o los ministros, elige también de entre sus componentes uno o varios comisarios para sostener la acusación.

Los comisarios ejercen ante la Corte las funciones del Ministerio público y tienen la facultad de asistir a todos los actos de instrucción.

Art. 14. El acto de acusación contra el presidente del Consejo de Ministros o los ministros implica de pleno derecho la suspensión en el cargo.

Art. 15. La Corte Constitucional, al pronunciar sentencia condenatoria por los delitos de atentado contra la Constitución y alta traición cometidos por el Presidente de la República, determina las sanciones penales dentro de los límites máximos de penas previstas por las leyes vigentes en el momento del hecho, así como las sanciones constitucionales, administrativas y civiles adecuadas al hecho.

Las normas contenidas en las leyes penales en lo referente a la existencia del delito, a la punibilidad y a la perseguibilidad son aplicables en los juicios de acusación contra el presidente del Consejo de Ministros y los ministros, pero la Corte puede aumentar la pena hasta en un tercio más de los límites establecidos en caso de circunstancias que revelen la gravedad excepcional del delito. La Corte puede imponer igualmente las sanciones constitucionales y administrativas adecuadas al hecho.

Disposición transitoria

La primera elección de la Comisión prevista en el artículo 12 tendrá lugar dentro de los dos meses siguientes a la entrada en vigor de la presente ley.

La presente ley constitucional, autorizada con el sello del Estado, se insertará en la Colección oficial de leyes y decretos de la República italiana y deberá cumplirse y hacerse cumplir como ley del Estado.

LEY N° 87 DE 11 DE MARZO DE 1953**NORMAS SOBRE LA CONSTITUCION Y FUNCIONAMIENTO DE LA
CORTE CONSTITUCIONAL****Título I****Constitución de la Corte**

Art. 1. La Corte Constitucional está compuesta por quince jueces nombrados en la siguiente forma: cinco por la suprema magistratura ordinaria, cinco por el Parlamento en sesión conjunta y cinco por el Presidente de la República.

Art. 2. Los jueces de la Corte cuyo nombramiento corresponde a las supremas magistraturas ordinaria y administrativa son elegidos:

- a) Tres por un colegio del que forman parte el presidente de la Corte de Casación, que lo preside, el procurador general, los presidentes de secciones, los abogados generales, los consejeros y los procuradores generales sustitutos de la Casación.
- b) Uno por un colegio del que forman parte el presidente del Consejo de Estado, que lo preside, los presidentes de sección y los consejeros del Consejo de Estado.
- c) Uno por un colegio del que forman parte el presidente del Tribunal de Cuentas, que lo preside, los presidentes de sección, los consejeros, el procurador general y los viceprocuradores generales del Tribunal de Cuentas.

Los componentes de cada colegio pueden votar por un número de candidatos igual al de los jueces que el colegio debe elegir.

Se consideran no escritos los nombres que excedan de tal número. Los nombres de los elegidos serán comunicados inmediatamente, por el presidente del respectivo colegio, al Presidente de la Corte Constitucional, a los presidentes de las dos Cámaras del Parlamento y al Presidente de la República.

Art. 3. Los jueces que nombra el Parlamento son elegidos por éste en sesión conjunta de ambas Cámaras, con escrutinio secreto y por mayoría de tres quintos de la Asamblea.

Para los escrutinios que siguen al segundo es suficiente la mayoría de los tres quintos de los votantes.

Tras cada escrutinio se proclamarán elegidos aquellos que hayan obtenido la mayoría que, para cada caso, se prevé en los párrafos anteriores.

El presidente de la Cámara de Diputados comunicará inmediatamente al Presidente de la República y al presidente de la Corte Constitucional los nombres de los jueces elegidos por el Parlamento.

Art. 4. Los jueces de la Corte Constitucional cuyo nombramiento corresponde al Presidente de la República son nombrados por decreto del mismo.

El decreto es refrendado por el presidente del Consejo de Ministros.

Art. 5. Antes de asumir sus funciones, los jueces prestan juramento de observar la Constitución y las leyes ante el Presidente de la República y en presencia de los presidentes de las dos Cámaras del Parlamento.

Art. 6. La Corte elige su presidente por mayoría de sus miembros. En caso de que nadie obtenga mayoría se procede a una nueva votación y tras ésta, si fuere necesario, a una votación de desempate entre los candidatos que hayan obtenido el mayor número de votos y se proclama elegido a quien obtenga la mayoría.

En caso de empate se proclama electo al más antiguo en el cargo y si no hubiera diferencia al respecto al mayor en edad.

El mismo presidente electo dará inmediata comunicación de su nombramiento al Presidente de la República, a los presidentes de las dos Cámaras del Parlamento y al presidente del Consejo de Ministros.

El presidente permanece en funciones durante cuatro años y es reelegible.

Inmediatamente después de haber tomado posesión de su cargo, el presidente designará un juez encargado de sustituirlo durante el tiempo necesario en caso de impedimento.

Art. 7. Los jueces de la Corte Constitucional no pueden asumir ni conservar otros oficios o empleos públicos o privados, ni ejercer actividades profesionales, comerciales o industriales ni función de administrador o síndico en sociedades que tengan fines lucrativos.

Durante el período de pertenencia a la Corte Constitucional, los jueces que sean magistrados en activo o profesores universitarios no podrán continuar en el ejercicio de sus funciones.

Quedarán excedentes por todo el período que permanezcan en el cargo y hasta el momento en que alcancen los límites de edad para ser jubilados.

En el momento en que cesen en sus cargos de jueces de la Corte Constitucional, los profesores universitarios ordinarios se reincorporarán en el escalafón, en calidad de supernumerarios, en las sedes antes ocupadas. Dentro de los tres meses siguientes a la reincorporación al escalafón pueden ser llamados, sin embargo, en calidad de supernumerarios, por otras Facultades de la misma o distinta sede. En todo caso, las Facultades, con el acuerdo de los interesados, pueden solicitar que a los mismos profesores se les asigne la enseñanza de materias distintas en el sentido del artículo 93, párrafos tercero y cuarto, del texto único sobre instrucción superior aprobado por real decreto N° 1.952 de 31 de agosto de 1933.

Art. 8. Los jueces de la Corte Constitucional no pueden desarrollar las actividades inherentes a una asociación o partido político.

Los jueces de la Corte Constitucional no pueden formar parte de comisiones juzgadoras de concursos ni cubrir cargos universitarios y no pueden ser candidatos en elecciones administrativas o políticas.

Art. 9. Las peticiones de la autoridad competente para someter a proceso penal o detener a un juez de la Corte Constitucional serán transmitidas a dicha Corte a través del Ministerio de Gracia y Justicia.

Art. 10. La Corte, con la sola intervención de los jueces ordinarios, declara decaídos en su derecho a los ciudadanos elegidos por el Parlamento de acuerdo con el párrafo último del artículo 135 de la Constitución en el momento en que éstos, tras su elección, pierdan los requisitos de elegibilidad o resulten incompatibles.

La decisión de la Corte se comunicará a los presidentes de las dos Cámaras del Parlamento para que se proceda a la sustitución.

Art. 11. Todas las resoluciones que la Corte adopta respecto de los jueces ordinarios o de los jueces agregados son adoptadas en consejo y por

mayoría de sus componentes. Deben ser motivadas y se hacen públicas en la forma establecida en el artículo 19.

Art. 12. Los jueces de la Corte Constitucional percibirán una retribución correspondiente a la remuneración total que corresponde a los magistrados de mayor categoría de la jurisdicción ordinaria. Al presidente se le concede, además, una gratificación por gastos de representación equivalente a un quinto de su retribución ordinaria.

Tales remuneraciones sustituyen y engloban las que cada uno de los jueces en su condición de funcionarios del Estado o de otro ente público, en activo o jubilados, tuvieran antes de su nombramiento como jueces de la Corte. A los jueces elegidos de acuerdo con el apartado último del artículo 135 de la Constitución les corresponde una dieta por día de asistencia equivalente a una treintava parte de la retribución mensual de los jueces ordinarios.

Art. 13. La Corte puede disponer la audiencia de testigos y también, en derogación de las prohibiciones establecidas por otras leyes, la exhibición de actas y documentos.

Art. 14. (Modificado por ley de 18-III-1958, N° 265. Damos la redacción vigente). La Corte puede regular el ejercicio de sus funciones por reglamento aprobado por mayoría de sus componentes. El reglamento será publicado en la *Gaceta Oficial*.

La Corte, dentro de los límites de un fondo establecido a tal fin por ley del Parlamento, provee a la gestión de los gastos, de los servicios y dependencias y establece, en la correspondiente plantilla, el número, condición y retribución, así como las atribuciones, derechos y deberes de los funcionarios de cada una de sus dependencias.

La Corte tiene competencia exclusiva para juzgar de los recursos de sus empleados.

Teniendo en cuenta las normas establecidas para la Administración del Estado y dentro del ámbito de sus propias funciones, la Corte determinará la composición del gabinete del presidente y de la secretaría de los jueces, a los cuales podrá incluso incorporarse personal de la Administración del Estado.

Título II

Funcionamiento de la Corte

Capítulo I

Normas generales de procedimiento

Art. 15. Las audiencias de la Corte Constitucional son públicas, pero el presidente puede disponer que se efectúen a puerta cerrada cuando la publicidad pueda perjudicar a la seguridad del Estado o al orden público o a la moral, o cuando se produzcan por parte del público manifestaciones que amenacen perturbar la calma.

Art. 16. Los miembros de la Corte tienen la obligación de intervenir en las audiencias cuando no se hallen legítimamente impedidos.

La Corte funciona con intervención de once jueces como mínimo. Las decisiones se discuten en consejo por los jueces presentes en todas las audiencias en las que se desarrolló el juicio y se adoptan por mayoría absoluta de los votantes. En caso de empate decide el voto del presidente, salvo lo establecido en el párrafo segundo del artículo 49.

Art. 17. El canceller asiste a las sesiones de la Corte y extiende el acta bajo la dirección del presidente.

El acta es firmada por quien presida la audiencia y por el canceller; no se da lectura de la misma salvo a instancia expresa de parte.

Art. 18. La Corte juzga en vía definitiva mediante sentencia. Todas las restantes providencias de su competencia se toman mediante ordenanza.

Las providencias del presidente se adoptan por decreto.

Las sentencias se pronuncian en nombre del pueblo italiano y deben contener, además de las indicaciones de motivos de hecho y de derecho, una parte dispositiva, la fecha y las firmas de los jueces y del canceller.

Las ordenanzas se motivarán de manera sucinta.

Art. 19. Las decisiones de la Corte Constitucional se depositarán en la Cancillería de la misma, en donde todo el mundo podrá consultarlas y obtener copia de ellas.

Art. 20. En los procedimientos ante la Corte Constitucional, la representación y defensa de las partes sólo podrá ser confiada a abogados habilitados para actuar ante la Corte de Casación.

Los órganos del Estado y las Regiones tienen derecho a intervenir en juicio.

El gobierno, incluso cuando intervenga mediante la persona del presidente del Consejo de Ministros o de un ministro delegado al efecto, estará representado y defendido por el abogado general del Estado o uno de sus sustitutos.

Art. 21. Los actos del procedimiento ante la Corte Constitucional están exentos de todo género de tasas.

Art. 22. Salvo en lo que toca a los juicios de acusación previstos en los artículos 43 y siguientes, en el procedimiento ante la Corte Constitucional se observan, en cuanto sean aplicables, las normas del reglamento para el procedimiento ante el Consejo de Estado como órgano jurisdiccional.

La Corte podrá establecer en su reglamento normas complementarias.

Capítulo II

Cuestiones de legitimidad constitucional

Art. 23. En el curso de un juicio ante una autoridad jurisdiccional, cualquiera de las partes o el Ministerio público pueden suscitar la cuestión de legitimidad constitucional mediante instancia en la que se indique:

- a) Las disposiciones de la ley o del acto con fuerza de ley del Estado o de una Región viciados por ilegitimidad constitucional.
- b) Las disposiciones de la Constitución o de las leyes constitucionales que se suponen violadas.

La autoridad jurisdiccional, siempre que el juicio no pueda ser resuelto con independencia de la resolución que se dé a la cuestión de legitimidad constitucional o no entienda que la cuestión suscitada carece manifiestamente de fundamento, emitirá una ordenanza con la que, recogiendo los términos y motivos de la instancia en que fue suscitada la cuestión, dispone la inmediata transmisión de los autos a la Corte Constitucional y suspende el juicio en curso.

La cuestión de legitimidad constitucional puede ser suscitada de oficio por la autoridad jurisdiccional que conoce del juicio mediante ordenanza contentiva de las indicaciones previstas en las letras a) y b) del párrafo primero, y de acuerdo con las disposiciones allí contenidas.

La autoridad jurisdiccional ordena que la Cancillería se encargue de que la ordenanza de remisión de los autos a la Corte Constitucional, cuando no se ha dado lectura de ella en el debate público, sea notificada a las partes y al Ministerio público, cuando su intervención sea obligatoria, así como al presidente del Consejo de Ministros o al presidente de la Junta Regional según que lo que esté en cuestión sea una ley, o un acto con fuerza de ley, del Estado o de una Región. El canciller comunica también la ordenanza a los presidentes de las dos Cámaras del Parlamento o al presidente de Consejo Regional interesado.

Art. 24. La ordenanza que rechace la excepción de ilegitimidad constitucional por ausencia de relevancia o carencia de fundamento manifiestas, deberá estar adecuadamente motivada.

La excepción puede ser propuesta de nuevo en cualquier grado posterior del proceso.

Art. 25. Tan pronto como llegue a la Corte la ordenanza en la que la autoridad jurisdiccional promueve el juicio de legitimidad constitucional, el presidente de la Corte Constitucional dispondrá su publicación en la Gaceta Oficial y, cuando corresponda, en el Boletín Oficial de las Regiones interesadas.

Dentro de los veinte días siguientes a la notificación de la ordenanza que se dispone en el artículo 23, las partes pueden examinar los autos depositados en la Cancillería y presentar sus conclusiones.

Dentro del mismo término, el presidente del Consejo de Ministros y el presidente de la Junta Regional pueden intervenir en juicio y presentar sus conclusiones.

Art. 26. Transcurrido el término indicado en el artículo precedente, el presidente de la Corte nombra un juez para la instrucción y el informe, y dentro de los veinte días siguientes convoca a la Corte para discusión.

En caso de que no se persone ninguna parte o que haya manifiesta carencia de fundamentación, la Corte puede decidir en Consejo.

Las sentencias deberán depositarse en la Cancillería dentro de los veinte días siguientes a la fecha de la decisión.

Art. 27. Cuando acoge una demanda o un recurso relativo a cuestiones de legitimidad constitucional de una ley o de un acto con fuerza de ley, la Corte Constitucional declara, dentro de los límites de la impugnación, cuáles son las disposiciones legislativas ilegítimas. Declara igualmente cuáles son las restantes disposiciones legislativas cuya ilegitimidad resulta de la decisión adoptada.

Art. 28. El control de legitimidad de la Corte Constitucional sobre una ley o un acto con fuerza de ley excluye toda valoración de naturaleza política y todo juicio sobre el uso que el Parlamento hace de su poder discrecional.

Art. 29. La sentencia con la que la Corte se pronuncia sobre la cuestión de legitimidad constitucional de una ley o de un acto con fuerza de ley o la ordenanza por la que se declara la manifiesta ausencia de fundamento de la excepción de inconstitucionalidad, serán transmitidas por el canciller de la Corte, juntamente con los autos, a la autoridad jurisdiccional que promovió el juicio, dentro de los dos días siguientes al momento en que dicha sentencia u ordenanza fue depositada en la Cancillería.

Art. 30. Dentro de los dos días siguientes a la fecha de su depósito en la Cancillería, la sentencia que declara la ilegitimidad constitucional de una ley o de un acto con fuerza de ley del Estado o de una Región será transmitida de oficio al Ministerio de Gracia y Justicia o al presidente de la Junta Regional, a fin de que se proceda inmediatamente y, en todo caso, no después del décimo día, a la publicación de la parte dispositiva de la decisión en las mismas formas establecidas para la publicación del acto declarado constitucionalmente ilegítimo.

Dentro de los dos días siguientes a la fecha de depósito de la sentencia, será igualmente comunicada a las Cámaras y a los Consejos Regionales interesados a fin de que, en cuanto estimen oportuno, adopten las medidas que sean de su competencia.

Las normas declaradas inconstitucionales no pueden ser aplicadas a partir del día siguiente a la publicación de la decisión.

Cuando en aplicación de la norma declarada inconstitucional haya sido pronunciada una sentencia irrevocable de condena, cesará su ejecución y todos los efectos penales.

Art. 31. De acuerdo con lo previsto en el párrafo último del artículo 127 de la Constitución, la cuestión de legitimidad constitucional de una ley de una Región puede ser promovida dentro del término de quince días, a partir de la fecha en que el presidente del Consejo de Ministros ha recibido del presidente de la Junta Regional la información de que la ley ha sido por segunda vez aprobada por el Consejo Regional.

La cuestión es suscitada, previa deliberación del Consejo de Ministros, por el presidente del mismo, mediante recurso dirigido a la Corte Constitucional y notificado, dentro de los términos previstos en el párrafo anterior, al presidente de la Junta Regional.

El recurso debe ser depositado en la Cancillería de la Corte Constitucional dentro del término de diez días a partir de la notificación.

Art. 32. La cuestión de la legitimidad constitucional de una ley o de un acto con fuerza de ley del Estado, puede ser promovida por la Región que entiende que la ley o el acto en cuestión invaden la esfera de competencia asignada a la Región misma por la Constitución o por leyes constitucionales.

La cuestión de legitimidad es promovida, previa deliberación de la Junta Regional, por el presidente de la misma, mediante recurso dirigido a la Corte Constitucional y notificado al presidente del Consejo de Ministros dentro del término de los treinta días siguientes a la publicación de la ley o del acto impugnados.

Se aplicará el párrafo último del artículo anterior.

Art. 33. De acuerdo con lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 2º de la ley constitucional N° 1 de 9 de febrero de 1948, la cuestión de legitimidad constitucional de una ley o de un acto con fuerza de ley de una Región, puede ser promovida por otra Región que considere invadida por dicha ley su esfera de competencia.

La cuestión, previa deliberación de la Junta Regional, es promovida por el presidente de la misma mediante recurso dirigido a la Corte Constitucional y notificado, dentro de los sesenta días siguientes a la publicación de la ley, al presidente de la Junta de la Región cuya ley se impugna y al presidente del Consejo de Ministros.

El recurso debe ser depositado en la Cancillería de la Corte Constitucional dentro del término de diez días a partir de la última notificación.

Art. 34. Los recursos que promueven las cuestiones de legitimidad constitucional previstas en los artículos 31, 32 y 33 deben contener las indicaciones que establece el párrafo primero del artículo 23.

Se observarán, en cuanto sean aplicables, las disposiciones contenidas en los artículos 23, 25 y 26.

Art. 35. Cuando el gobierno promueve ante las Cámaras la cuestión de la oposición de una ley aprobada por un Consejo Regional con los intereses nacionales o con los de otras Regiones, la Región interesada puede promover la decisión de la competencia prevista por el artículo 127 de la Constitución, mediante recurso dirigido a la Corte Constitucional y notificado al presidente del Consejo de Ministros y a los presidentes de las dos Cámaras del Parlamento dentro de los quince días siguientes a la fecha en que el gobierno promovió la cuestión ante la Cámara.

Se observarán, en cuanto sean aplicables, las disposiciones del artículo 32.

Art. 36. Las disposiciones del presente capítulo, así como las contenidas en el artículo 20, se observarán también, en cuanto sean aplicables, en los casos de impugnación previstos por los artículos 82 y 83 de la ley constitucional N° 5 de 28 de febrero de 1948 sobre el Estatuto especial para el Trentino-Alto Adigio.

Cuanto aquí se dispone respecto a la Región y sus órganos vale igualmente para la Provincia y sus órganos, cuando esté interesada una de las dos provincias de la Región.

Capítulo III

Conflictos de atribuciones

Sección I. De los conflictos de atribuciones entre los poderes del Estado.

Art. 37. El conflicto entre poderes del Estado será resuelto por la Corte constitucional si surge entre órganos competentes para manifestar con carácter definitivo la voluntad del poder a que pertenecen y para la delimitación de la esfera de atribuciones conferidas a los distintos poderes por las normas constitucionales.

Se mantienen en vigor las normas existentes sobre conflictos de jurisdicción.

La Corte decidirá sobre la admisibilidad del recurso mediante ordenanza adoptada en consejo.

Si la Corte entiende que existe materia de un conflicto que corresponde a su competencia declara admisible el recurso y dispone su notificación a los órganos interesados.

Se observarán en cuanto sean aplicables las disposiciones de los artículos 23, 25 y 26.

Salvo en el caso previsto en el párrafo último del artículo 20, cuando los órganos interesados no comparezcan personalmente, podrán ser defendidos y representados por profesionales habilitados para actuar ante las jurisdicciones superiores.

Art. 38. La Corte Constitucional resolverá el conflicto sometido a su examen declarando cuál es el poder al que corresponden las atribuciones contestadas y, cuando se haya producido un acto viciado de incompetencia, anulando el mismo.

Sección II. De los conflictos de atribuciones entre el Estado y las Regiones o entre las Regiones.

Art. 39. Si la Región invade con un acto suyo la esfera de competencia asignada por la Constitución al Estado o a otra Región, el Estado o la Región afectada pueden proponer recurso ante la Corte Constitucional para la regulación de competencia. Del mismo modo puede producir un recurso la Región cuya esfera de competencia constitucional resulte invadida por un acto del Estado.

El término para presentar el recurso es de sesenta días a contar desde la notificación o publicación o desde que se tuvo conocimiento del acto impugnado.

El recurso es presentado en nombre del Estado por el Presidente del Consejo de Ministros o por un Ministro en el que delegue y en nombre de la Región por el Presidente de la Junta regional, previa deliberación de la Junta misma.

El recurso para la regulación de competencia debe indicar cómo surge el conflicto de atribuciones y especificar el acto por el que se supone invadida la esfera de competencia, así como las disposiciones de la Constitución y de las leyes constitucionales que se entienden violadas.

Art. 40. La ejecución de los actos que han dado lugar al conflicto de atribuciones entre el Estado y una Región o entre varias Regiones puede ser suspendida por la Corte, mientras se resuelve el juicio, por razones graves y mediante ordenanza motivada.

Art. 41. En los recursos por regulación de competencia indicados en los artículos precedentes se observarán, en cuanto sean aplicables, las disposiciones de los artículos 23, 25, 26 y 28.

Art. 42. Las disposiciones de esta sección referentes a las Regiones y sus órganos se observarán también, en cuanto sean aplicables, en lo que toca a las dos Provincias de la Región Trentino-Alto Adigio.

Capítulo IV

Juicios de acusación contra el Presidente de la República, el presidente del Consejo de Ministros y los ministros (derogado por el artículo 35 de la ley N° 20 de 25 de enero de 1962)

Art. 53. La presente ley entrará en vigor al día siguiente de su publicación en la Gaceta Oficial de la República.

LEY N° 20 DE 25 DE ENERO DE 1962

NORMAS SOBRE PROCEDIMIENTO Y JUICIOS DE ACUSACION

La Cámara de Diputados y el Senado de la República han aprobado, El Presidente de la República promulga la siguiente ley:

Art. 1. Exención de la autorización para el procedimiento de acusación.

Para el procedimiento de acusación y para el juicio ante la Corte Constitucional no es necesaria la autorización, aunque sí se requiere ésta para el ejercicio de la acción penal.

Del mismo modo, tampoco son necesarias para la ejecución de providencias coercitivas y cautelares las autorizaciones previstas en el artículo 68 de la Constitución.

Art. 2. Parte, información o denuncia.

El parte o la información relativos a un hecho previsto por los artículos 90 y 96 de la Constitución, deberán ser presentados al presidente de la Cámara de Diputados.

Además de a las autoridades previstas por el artículo 7 del código de procedimiento penal, la denuncia puede ser presentada directamente al presidente de la Cámara.

El miembro del Parlamento que desee hacer una denuncia debe presentarla al presidente de la Cámara a que pertenece.

En los casos en que el parte, la información o la denuncia no se presentan directamente al presidente de la Cámara, la autoridad que los reciba debe encargarse de su inmediata transmisión al presidente mismo.

Art. 3. Poderes de la Comisión investigadora.

Salvo por lo que establecen las disposiciones siguientes, la Comisión investigadora prevista por el artículo 12 de la ley constitucional N° 1 de 11 de marzo de 1953, procede a las indagaciones y a los exámenes con los mismos poderes, incluidos los coercitivos y cautelares, que el Código de Procedimiento Penal atribuye al Ministerio público en la instrucción sumaria.

También ejerce los demás poderes atribuidos al Ministerio público por el mismo Código, salvo que la presente ley disponga otra cosa.

Dispone directamente de la policía judicial y de la fuerza pública, puede solicitar el empleo de las demás fuerzas armadas y aplicar las sanciones previstas por el artículo 229 del Código de Procedimiento Penal.

Si considera necesario asegurar la custodia del investigado, la dispone, indicando el lugar en donde debe llevarse a cabo.

Art. 4. Audiencia de testimonios. Deber de exhibición.

Se aplican a los testimonios examinados por la Comisión investigadora y por la Corte Constitucional las disposiciones del artículo 449 del Código de Procedimiento Penal.

No se aplican a los mismos las disposiciones de los artículos 352 y 356 de dicho Código.

Los funcionarios y empleados públicos y los encargados de un servicio público no pueden rehusar la exhibición prevista en el artículo 342 del mismo código pretextando el secreto político, militar o de oficio.

Art. 5. Actos de la Comisión.

Las providencias de la Comisión se adoptarán colegialmente y serán dictadas y suscritas por el presidente y por un secretario.

En caso de necesidad y urgencia, el presidente puede adoptar provisionalmente providencias que son competencia de la Comisión, dando cuenta inmediata de las mismas a aquélla.

Si la Comisión no las convalida se entenderán revocadas.

Art. 6. Comisarios delegados.

La Comisión puede delegar en uno o más comisarios el cumplimiento de determinados actos de instrucción.

En caso de necesidad y urgencia los comisarios delegados pueden proveer en la forma establecida por los párrafos segundo y tercero del artículo anterior.

Art. 7. Secreto de los actos de la Comisión.

Los miembros de la Comisión, el personal de su secretaría y toda otra

persona que colabore con la Comisión misma o que cumpla o ayude a cumplir actos de la investigación o los conozca por razones de oficio o servicio están obligados al secreto en todo cuanto toca a los actos mismos y a los documentos incorporados al procedimiento.

Salvo si el hecho constituye un delito más grave, la violación del secreto se castigará con arreglo al artículo 326 del Código Penal.

Las mismas penas se aplicarán a cualquiera que publicare en todo o en parte, incluso en resumen o a guisa de información, actos o documentos del procedimiento de investigación, salvo que para el hecho en cuestión haya previstas penas más graves.

Art. 8. Denegación de obediencia a la Comisión.

Cualquiera que rehusare indebidamente acatar una orden de la Comisión investigadora será castigado con reclusión de seis meses a dos años, salvo que para el hecho haya previstas otras sanciones.

Art. 9. Autorización para proceder.

No puede procederse sin autorización de la Comisión investigadora o de la Corte Constitucional contra los funcionarios de la Comisión o de la Corte, los funcionarios o agentes de policía judicial o de la fuerza pública y los pertenecientes a las demás fuerzas armadas, por hechos cumplidos en ejecución de órdenes de la Comisión o de la Corte.

La misma norma se aplica a quienes, legalmente requeridos, hayan prestado asistencia.

Art. 10. Incompetencia de las autoridades judiciales, ordinarias o militares.

Si en el curso de la instrucción preliminar o sumaria el Ministerio público estima que el hecho constituye alguno de los supuestos contemplados por los artículos 90 y 96 de la Constitución, dará traslado de los autos al presidente de la Cámara de Diputados.

Si, en cualquier estado del procedimiento, el juez ordinario o militar estima igualmente que surge alguno de los supuestos de los artículos 90 y 96 de la Constitución, dispondrá mediante providencia, también de oficio, el envío de los autos al presidente de la Cámara de Diputados.

Art. 11. Pendencia de un procedimiento ante el Parlamento o la Corte Constitucional.

Si en cualquier estado y grado de un procedimiento la autoridad judicial ordinaria o militar tiene noticia de que ante la Comisión investigadora o ante el Parlamento en sesión común está en curso un procedimiento por los mismos hechos y mantiene, sin embargo, su propia competencia, transmitirá los autos a la Corte Constitucional para que ésta se pronuncie sobre la competencia. De la transmisión se dará cuenta al presidente de la Cámara de Diputados.

La Corte Constitucional decidirá mediante sentencia acordada en consejo constituido del modo previsto para los juicios de acusación y previa audiencia de un representante de la Comisión investigadora.

Una vez que el procedimiento se encuentra ya ante la Corte Constitucional, la autoridad judicial ordinaria o militar transmite los autos a la Corte.

Art. 12. Noticia de la acción penal contra personas indicadas en los artículos 90 y 96 de la Constitución.

Salvo por lo que se dispone en los artículos anteriores, el Ministerio público que inicie una acción penal contra alguna de las personas indica-

das en los artículos 90 y 96 de la Constitución, dará cuenta de ella al presidente de la Cámara de Diputados, quien informará inmediatamente a la Comisión investigadora.

Art. 13. Pendencia de un procedimiento ante las autoridades ordinarias o militares.

Si la Comisión investigadora tiene noticia de un procedimiento seguido ante autoridades judiciales ordinarias o militares contra alguna de las personas indicadas en los artículos 90 y 96 de la Constitución y estima que el hecho constituye alguno de los supuestos contemplados por dichos artículos, informará de ello al presidente de la Cámara de Diputados, el cual solicitará de la autoridad judicial la comunicación de los autos del procedimiento.

Si la autoridad requerida sostiene la propia competencia remitirá los autos a la Corte Constitucional, la cual proveerá de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 11.

Art. 14. Declaración de incompetencia de la Comisión investigadora, del Parlamento en sesión común o de la Corte Constitucional.

Si la Comisión investigadora o el Parlamento en sesión común estiman que los hechos no coinciden con los previstos en los artículos 90 y 96 de la Constitución, declararán la propia incompetencia y ordenarán la remisión de los autos a la autoridad judicial.

En caso de disenso ésta remitirá los autos a la Corte Constitucional, la cual proveerá de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 11.

Si en el curso del juicio de acusación la Corte Constitucional se considera incompetente, ordenará mediante sentencia el envío de los autos a la autoridad judicial.

Art. 15. Eficacia preclusiva de la conclusión del procedimiento de acusación.

La conclusión del procedimiento de acusación por causa distinta de la contemplada en el artículo precedente, impide la iniciación o la continuación de la acción penal por los mismos hechos ante la autoridad judicial ordinaria o militar.

Art. 16. Procedimiento de acusación por delitos conexos.

Si en el curso de un procedimiento de acusación la Comisión investigadora o el Parlamento en sesión común tienen noticia de delitos conexos en el sentido del artículo 45 del Código de Procedimiento Penal, pueden disponer, si la estima necesaria, la reunión de los procedimientos.

Pueden, sin embargo, ordenar la separación de los mismos más tarde, en cualquier momento en que lo estimen conveniente.

Respecto de los delitos conexos se observarán, en cuanto sean aplicables, las disposiciones de los artículos precedentes.

Art. 17. Decisión de puesta en estado de acusación.

La decisión de puesta en estado de acusación prevista en el artículo 12 de la ley constitucional N° 1 de 11 de marzo de 1953, será adoptada por el Parlamento de acuerdo con lo previsto en el artículo 90 de la Constitución y mediante escrutinio secreto.

El acta de acusación deberá contener indicación de las imputaciones y de las pruebas sobre las que se fundamenta la acusación.

Dentro de los dos días siguientes a la decisión del Parlamento, el presidente de la Cámara de Diputados remitirá el acta de acusación al presidente de la Corte Constitucional.

El presidente de la Corte dispondrá que dentro de los dos días siguientes a la recepción del acta de acusación se dé notificación de la misma al acusado.

Art. 18. Constitución del Colegio de acusación. Comisarios delegados.

Cuando los comisarios elegidos por el Parlamento para sostener la acusación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13 de la ley constitucional N° 1 de 11 de marzo de 1953, sean más de dos, se constituirán inmediatamente después de su elección, en colegio de acusación, eligiendo de entre ellos un presidente.

El colegio de acusación puede nombrar de entre sus componentes uno o más comisarios delegados para tomar la palabra en el debate y formular los requerimientos según el acta de acusación y las deliberaciones del colegio mismo.

Art. 19. Sustitución de los comisarios de acusación. Suspensión del juicio.

En caso de cesar en el cargo o quedar impedidos todos los comisarios de acusación, el juicio ante la Corte Constitucional se suspende hasta que el Parlamento provea a su sustitución.

El Parlamento se reunirá con este fin dentro de los diez días siguientes.

Art. 20. Cese en el cargo de los comisarios de acusación.

Los comisarios de acusación cesan en el cargo con el depósito de la sentencia en la Cancillería.

Art. 21. Sorteo y juramento de los jueces agregados.

Recibida el acta de acusación, la Corte Constitucional, en audiencia pública y con participación de los comisarios de acusación, procederá al sorteo de los jueces agregados previsto en el artículo 10 de la ley constitucional n° 1 de 11 de marzo de 1953.

Los jueces sorteados prestarán juramento ante el presidente de la Corte Constitucional según la fórmula prescrita por el artículo 5 de la ley n° 87 de 11 de marzo de 1953.

No se repetirá el juramento si se lo ha prestado ya con ocasión de un juicio anterior.

Art. 22. Nombramiento del juez relator y del defensor.

El Presidente de la Corte Constitucional nombrará a un juez para el interrogatorio y los actos de instrucción que se estimen necesarios, así como para la ponencia. Proveerá igualmente al nombramiento del defensor de oficio cuando el acusado no tenga defensor propio.

Cuando quien se encuentra bajo acusación es el Presidente de la República, el presidente de la Corte Constitucional atenderá personalmente al interrogatorio, a los restantes actos de instrucción y a la ponencia.

Art. 23. Poderes de la Corte Constitucional.

La Corte puede también adoptar de oficio las providencias cautelares y coercitivas, personales o reales, que considere oportunas.

Tiene los poderes previstos por los párrafos tercero y cuarto del artículo 3 y puede revocar o modificar la orden de custodia ya dictada por la Comisión investigadora, de acuerdo con lo dispuesto por el citado párrafo cuarto del artículo 3.

Dispondrá la suspensión en el cargo en los casos no previstos por el artículo 14 de la ley constitucional N° 1 de 11 de marzo de 1953.

Art. 24. Fijación de la fecha del debate.

Cerrada la instrucción, el presidente fijará, en término no inferior a veinte días, la fecha del debate y dispondrá que se convoquen para esta

fecha los jueces ordinarios y agregados. El decreto será notificado al acusado y a su defensor.

Art. 25. Abstención y recusación de jueces.

Antes del inicio de las formalidades de apertura del debate, los jueces ordinarios y agregados pueden presentar una instancia motivada solicitando su abstención en el juicio y pueden, igualmente, ser recusados mediante instancia motivada por el acusado o por su defensor, así como por los comisarios de acusación.

La Corte decidirá inmediatamente sobre la solicitud de abstención o sobre la recusación sin intervención de los jueces a quienes la abstención o recusación afecta.

Art. 26. Composición del colegio juzgador.

En los juicios de acusación participarán todos los jueces de la Corte, ordinarios y agregados, que no estén legítimamente impedidos.

En todo caso, el colegio juzgador deberá estar constituido por veintín jueces al menos, debiendo ser mayoría los jueces agregados.

El juez que no intervenga en una audiencia no podrá participar en las audiencias sucesivas.

Concluido el debate, la Corte se reunirá en consejo, sin interrupción y con asistencia de todos los jueces ordinarios y agregados que han intervenido en todas las audiencias en que se ha desarrollado el juicio.

Los jueces ordinarios y agregados que constituyen el colegio juzgador continúan formando parte del mismo hasta el término del juicio, incluso si en el intervalo han cesado en sus cargos.

Art. 27. Relación entre el juicio ante la Corte Constitucional y el acta de acusación. Delitos conexos.

La Corte Constitucional sólo puede conocer de los delitos comprendidos en el acta de acusación.

En los supuestos contemplados por el artículo 45 del Código de Procedimiento Penal puede conocer por conexión, si lo estima necesario, de delitos no comprendidos en el acta de acusación y distintos de los previstos en los artículos 90 y 96 de la Constitución.

Puede igualmente declarar la conexión respecto de un delito previsto en los artículos 90 y 96 de la Constitución.

Puede igualmente declarar la conexión respecto de un delito previsto en los artículos 90 y 96 de la Constitución y no comprendido en el acta de acusación dando cuenta de ello al presidente de la Cámara de Diputados. En este caso, se suspenderá el juicio ante la Corte Constitucional hasta que concluya en el Parlamento el procedimiento por el delito conexo.

Puede, sin embargo, ordenar en cualquier momento la separación de los procedimientos cuando lo juzgue conveniente.

A los procedimientos por delitos nuevos se aplicarán las disposiciones del artículo 1.

Art. 28. Adopción y publicación de las sentencias.

El Presidente formulará las cuestiones de hecho y de derecho separadamente para cada acusado y para cada motivo de acusación; una vez que éstas hayan sido discutidas y votadas formulará, cuando proceda, las cuestiones atinentes a la aplicación de la pena; las somete a discusión y a votación. En las votaciones el presidente recoge los votos comenzando por el juez más joven y votando él mismo en último lugar. Ninguno de los votantes puede expresar por escrito los motivos del voto propio. No se admiten las abstenciones en la votación.

En caso de empate de votos, prevalecerá la opinión más favorable al acusado.

El presidente leerá en audiencia pública la parte dispositiva de la sentencia.

La sentencia será depositada en Cancillería y será comunicada al Ministro de Gracia y Justicia para su publicación en la Gaceta Oficial de la República.

Art. 29. Irrevocabilidad y revisión de la sentencia.

La sentencia es irrevocable, pero puede ser sometida a revisión mediante providencia de la Corte Constitucional si, tras la condena, se producen o se descubren nuevos hechos o nuevos elementos de prueba que por sí solos o en unión de los ya examinados en el procedimiento evidencien que el hecho no se produjo o no fue realizado por el acusado.

El poder de pedir la revisión atribuido al Ministerio público por el artículo 556 del Código de Procedimiento Penal es ejercido por la Comisión investigadora.

La providencia que admite la revisión se notificará al presidente de la Cámara de Diputados, el cual convocará al Parlamento a sesión común para la elección de los comisarios de acusación.

Art. 30. Acción civil.

La acción civil dimanante del hecho objeto del juicio de acusación, será ejercida ante la autoridad judicial ordinaria tras la conclusión del juicio ante la Corte Constitucional.

Art. 31. Poderes para la ejecución penal.

Los poderes previstos en el artículo 144 del Código Penal son ejercidos por el primer presidente del Tribunal de Apelación de Roma. Los que el Código Penal y el Código de Procedimiento Penal atribuyen al Ministerio público en la ejecución penal, serán ejercidos por el procurador general ante dicho tribunal.

Art. 32. Amnistía e indulto. Rehabilitación.

La Corte aplicará la amnistía y el indulto y decidirá sobre las demandas de rehabilitación relativas a sentencias condenatorias por ella pronunciadas.

Art. 33. Composición del colegio para la instancia de revisión, para la aplicación de la amnistía y del indulto y para la rehabilitación.

La Corte Constitucional juzgará sobre las peticiones de revisión y proveerá a la aplicación de la amnistía o el indulto y a la rehabilitación con la misma composición prevista para los juicios de acusación.

El sorteo de los jueces agregados lo hará la Corte en audiencia pública, con participación de un delegado de la Comisión investigadora.

A las decisiones adoptadas de acuerdo con el párrafo primero del presente artículo, se aplicará la disposición establecida en el párrafo último del artículo 28.

Art. 34. Aplicabilidad del Código Penal y del Código de Procedimiento Penal.

En el procedimiento de acusación y en el juicio previsto por la presente ley se observarán, en cuanto sean aplicables, y salvo que se disponga otra cosa, las normas del Código Penal y del Código de Procedimiento Penal.

Art. 35. Derogación de normas anteriores.

Queda derogado el capítulo IV del título II de la ley N° 87 de 11 de marzo de 1953.

JURISPRUDENCIA

LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACION EN LA DOCTRINA DE LA PROCURADURIA GENERAL DE LA REPUBLICA

(Continuación)

Recopilación, sistematización y notas por el

Dr. ALLAN-RANDOLPH BREWER C.

Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela
Adscrito al Instituto de Derecho Público

SEGUNDA PARTE

S U M A R I O

ADVERTENCIA

- I. LA FORMACION DEL CONTRATO.
 1. CARACTER DE LA LICITACION.
 2. LA ADJUDICACION.
- II. LA EJECUCION DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.
 1. PRERROGATIVAS DE LA ADMINISTRACION.
 - A) Principio general.
 - B) Poderes de dirección y control.
 - C) Poderes de sanción unilateral.
 - D) Poderes de modificación unilateral.
 - E) Poderes de rescisión unilateral.
 2. OBLIGACIONES DE LA ADMINISTRACION.
- III. LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL.
 1. REQUISITOS GENERALES.
 2. EL RETARDO EN LOS PAGOS.
 3. EFECTOS DE LAS HUELGAS.
- IV. LA HIPOTESIS DEL RECURSO AL ARBITRAMIENTO.
- V. LOS DIVERSOS TIPOS DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.
 1. EL CONTRATO DE OBRA PUBLICA.
 - A) Tipificación.
 - B) Comienzo de Ejecución.

- C) Responsabilidad frente a terceros.
- D) Relaciones jurídicas con los obreros.
- 2. EL CONTRATO DE SUMINISTROS.
- 3. EL CONTRATO DE EMPRESTITO PUBLICO.
- VI. LAS CONCESIONES FERROCARRILERAS.
- VII. LOS PRINCIPIOS DE LA CONTRATACION COLECTIVA EN LA ADMINISTRACION PUBLICA.

ADVERTENCIA

La doctrina contenida en este trabajo es la continuación de la ya publicada en el número anterior de esta Revista (págs. 179 a 232), y ha sido extraída exclusivamente de los dictámenes de la Procuraduría General de la República correspondientes al período 1953-1962.

Para la cita de cada dictamen se ha indicado, además de su fecha, la página del informe o recopilación que lo contiene.

Para la cita de estos informes y recopilaciones se han utilizado las siguientes abreviaturas:

- PN - D53/54: Procuraduría de la Nación. **Doctrina sustentada en materia civil, fiscal y administrativa (Años 1953-1954)**. Publicaciones periódicas del Ministerio de Justicia, Editorial Rex, Caracas, 1957.
- PN - I56: Procuraduría de la Nación. **Informe al Congreso Nacional (1955)**. 1956, Caja de Trabajo Penitenciario, Cárcel Pública, Caracas, 1956.
- PN - I57: Procuraduría de la Nación. **Informe al Congreso Nacional (1956)**. 1957, Caracas, abril, 1957.
- PN - I57/58: Procuraduría de la Nación. **Informe al Congreso Nacional (1957-1958)**, Caracas, enero 1959.
- PN - I59: Fiscalía General de la República. **Informe al Congreso Nacional (1959)**, Caracas, abril 1960.
- PN - I60: Fiscalía General de la República. **Informe al Congreso Nacional (1960)**, Caracas, marzo 1961.
- PGR - D62: Procuraduría General de la República. **Doctrina de la Procuraduría General de la República (1962)**. Caracas, 1963.

I. LA FORMACION DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

1. CARACTER DE LA LICITACION

“La licitación que publique la Administración no da derecho a los oferentes a obtener una buena pro y, por tanto, aquélla puede ser declarada desierta”.

PN - I60 - 309

3-2-60

27. Con fecha 20 de agosto de 1958, el Ministerio de Minas e Hidrocarburos publicó en el Diario **El Independiente**, de esta ciudad, un aviso oficial contentivo de la licitación para la explo-

tación de una mina de caolín, situada en terrenos baldíos de la jurisdicción del Municipio Dalla Costa, Distrito Roscio del Estado Bolívar. Se expresa en dicho anuncio que en el Despacho de Minas e Hidrocarburos "curso una solicitud tendiente a la celebración de un contrato para la explotación" de la referida mina; que "en el proyecto de contrato, entre otras obligaciones de carácter administrativo, el solicitante ofrece de acuerdo con la ley":

a) Pagar como impuesto superficial un bolívar por hectárea y por año.

b) Pagar como impuesto de explotación el 2 por ciento sobre el valor comercial del material en Caracas.

c) Manufacturar el caolín en el país y en el caso de que la producción sobrepasare a la manufactura, se reservaría el derecho de exportar el excedente.

Ante esta proposición hecha por C. C., C.A., con fecha 10 de febrero de 1959, el Ministerio de Minas e Hidrocarburos resolvió oír proposiciones de todas aquellas personas que estuviesen interesadas en la aludida explotación, incluyendo al proponente original, que mejorasen sustancialmente las ventajas antes señaladas a fin de otorgarla al autor de la proposición más ventajosa, teniendo por finalidad el procedimiento adoptado:

- a) "Obtener los mayores beneficios para el Fisco Nacional";
- b) "El desarrollo eficiente de la minería en el país".

En el texto de la licitación se establece que: a) "Los interesados deberán presentar sus ofertas al Ministerio en sobre cerrado antes del 15 de septiembre del corriente año" (1959); b) Que "el 16 del mismo mes, a las 10 a.m., en acto público que tendrá lugar en la Dirección de Minas, Torre Norte, Piso 20, Centro Simón Bolívar, se procederá a la apertura de los sobres; y c) Que dentro de los 15 días siguientes se dará a conocer en este mismo Diario, la decisión adoptada por el Despacho al respecto.

A dicha licitación sólo concurrieron las siguientes compañías: C. C., C.A. y P. M., C.A., ambas domiciliadas en Caracas. C. C., C.A., proponente original, mejoró su oferta anterior, así:

a) Pagar como impuesto superficial la cantidad de Bs. 5 por hectárea y por año;

b) Pagar como impuesto de explotación el 2 por ciento sobre el valor comercial del material en Caracas;

c) Manufacturar el caolín en el país, pero reservarse el derecho de exportar el excedente, caso de que la producción sobrepasare a la manufactura.

Por su parte, P. M., C.A., después de explicar que su capital es totalmente nacional y que su objeto es el de suministrar materias básicas a todas las industrias nacionales, hace su oferta así:

a) Tratar el mineral en una nueva fábrica que está construyendo en la zona industrial de Cagua, Estado Aragua, que está a punto de terminar;

b) El mineral será manufacturado totalmente en el país;

c) Vender el mineral tratado a cualquier industria o entidad nacional que lo requiera;

d) Pagar al Ejecutivo Nacional como impuesto superficial la cantidad de Bs. 5 por hectárea y por año durante los primeros cinco años, y la cantidad de Bs. 7 por hectárea y por año durante los años siguientes;

e) Pagar por una sola vez y como derecho inicial de explotación el 5 por ciento del valor comercial del mineral en Caracas.

Llegado el día y hora para la apertura de los sobres, conforme a lo previsto, el Ministerio de Minas e Hidrocarburos procedió a hacerlo así en presencia de los interesados, según consta de acta levantada al efecto, la cual cursa en el expediente; luego el Despacho de Minas e Hidrocarburos pasó las ofertas presentadas a la División de Economía Minera, dependiente de la Dirección de Economía del mismo Ministerio, para que previo estudio rindiera un informe sobre la conveniencia o no de otorgar la concesión. En escrito de fecha 28 de septiembre de 1959, el citado organismo cumplió su cometido exponiendo una serie de razones, recomendando al Ministerio la conveniencia de declarar desierta la licitación. El análisis hecho por la División de Economía se puede resumir así:

a) El mineral de la concesión es de excelente calidad, propio para ser utilizado en la manufactura de ladrillo refractario, que requiere la Siderúrgica;

b) Dada la excelente calidad del caolín, su precio podría ser de Bs. 100 puesto en Valencia, el cual supera de manera considerable al explotado en otros lugares, como en Nirgua, que sólo cuesta Bs. 38 la tonelada, sin que la diferencia sea causada por los costos de transporte únicamente;

c) Que el Instituto Venezolano del Hierro y del Acero necesita considerables cantidades del ladrillo refractario y, ante la circunstancia anotada, sería preferible que el yacimiento de referencia fuese explotado directamente por el mencionado Instituto, toda vez que en esta forma se lograrían tres objetivos, a saber:

- 1º) Eliminación de intermediarios.
- 2º) Suministro regular y permanente de la materia prima.
- 3º) Reducción apreciable del costo de producción del acero.

d) Que C. C., C.A., es la compañía más poderosa en la industria de su ramo con capacidad de asegurar el control de la industria del caolín, mientras que P. M., C.A. conforme a su objeto, es una empresa intermediaria, lo que traería por consecuencia, de otorgársele la concesión, un encarecimiento de la materia prima básica de la industria manufacturera en detrimento del consumidor;

e) Que debido al aumento del consumo de los productos derivados del caolín y a la protección arancelaria de que fue objeto la industria por decreto del 13 de febrero de 1959, se han comenzado a establecer en el país importantes empresas con tal fin, como, por ejemplo, la "G., C.A.", la cual proyecta hacer una inversión inicial de Bs. 4.187.500,00, por lo que es posible que tanto esta empresa como otras que se hayan constituido después de cerrada la licitación, estén interesadas en la explotación del aludido yacimiento.

Ahora bien, de acuerdo con las ofertas presentadas por C. C., C.A. y P. M., C.A., no hay duda de que entre las dos, y desde un punto de vista comparativo, la más ventajosa es la hecha por la última de las empresas nombradas, tanto porque ofrece pagar por concepto de impuestos superficial y de explotación una cantidad mucho más alta que las ofrecidas por C. C., C.A., como porque además se compromete a que el mineral será manufacturado totalmente en el país, mientras que la otra licitante se reserva el derecho de exportar el excedente.

No obstante lo dicho, es criterio de esta Dirección de que, a pesar de ser más ventajosa la proposición de P. M., C.A., el Ejecutivo Nacional no está obligado a otorgarle la concesión a la mencionada compañía porque si entre los objetivos perseguidos por la Administración, según se expresa en el texto de la licitación, está el de obtener los mayores beneficios para el Fisco Nacional y dada la circunstancia de que la División de Economía Minera considera que el referido mineral, por sus excelentes cualidades, puede tener un precio por tonelada puesta en Valencia, tres veces mayor que el que se explota en otros yacimientos, sin que influya en dicho precio el costo del transporte, se observa que la compañía reclamante no ha mejorado sustancialmente las ventajas perseguidas. Otro de los objetivos de la Administración es el interés que ésta tiene en el desarrollo de la minería en el país y para ello no sólo debe tomarse en cuenta el aumento en el pago de los impuestos, sino también ciertas condiciones que debe llenar el aspirante a concesionario para ase-

gurar el control de la producción y, en este sentido, la División de Economía ha expresado en su informe que P. M., C.A. es una empresa intermediaria, que por tal condición traería por consecuencia un encarecimiento de la materia prima básica de la industria manufacturera en detrimento del consumidor, lo que, desde luego, está en desacuerdo con la finalidad perseguida por la Administración. Además, el propio texto de la licitación establece que después de haber sido abiertos los sobres contentivos de las diversas proposiciones, el Ministerio "dará a conocer dentro de los quince días siguientes a dicha apertura, por aviso publicado en el mismo periódico", la decisión que hubiere adoptado. Al expresarse en la licitación que el Ministerio comunicaría por la prensa la decisión que adoptase, se está diciendo que no está necesariamente obligado a contratar con ninguno de los proponentes, por cuya razón el Despacho de Minas podía tomar dos determinaciones, a saber: otorgar la concesión a quien ofreciere mayores ventajas a juicio del Ejecutivo Nacional, o bien declarar desierta la licitación, por no ajustarse ninguna de las proposiciones a las aspiraciones de la Administración. Se observa, además, que el Ministerio de Minas e Hidrocarburos no actuó en este asunto de manera arbitraria, porque una vez que fueron abiertos los sobres pasó dichos recaudos, para su estudio, a la División de Economía, dependiente de la Dirección de Economía del aludido Ministerio. Y fue con base en el informe presentado por el citado organismo que el Despacho de Minas e Hidrocarburos optó por declarar desierta la licitación.

Por otra parte, la concesión para explotar el caolín en terrenos baldíos es un contrato administrativo que, conforme al artículo 8º de la Ley de Minas, su otorgamiento es potestativo del Ejecutivo Nacional. Cuando la Administración Pública licita la explotación de un yacimiento de caolín, siempre que esté en terrenos baldíos, lo hace teniendo en cuenta la defensa de los intereses de la nación y como la Administración está constituida jerárquicamente por una serie de funcionarios que han de obrar con sujeción a ciertas reglas, ella no puede quedar obligada para con el particular que haya ofrecido mejores condiciones, sino cuando la autoridad competente, en este caso el Ejecutivo Nacional, aprueba definitivamente el otorgamiento, mediante el cumplimiento de las formalidades propias del caso. En efecto, la licitación en esta clase de contratos no es sino un anuncio por medio del cual se participa a los interesados el interés del Estado en explotar determinado yacimiento minero, a fin de asegurar el control de la producción, mejores ventajas para el fisco nacional y evitar preferencias para el otorgamiento de la concesión que podrían dar lugar a situaciones injustas. Ahora bien, las condiciones que se establezcan en el texto de la licita-

ción no pueden considerarse como las únicas aspiraciones de la administración, porque aun en el curso de la misma ellas pueden variar conforme a las necesidades e intereses de la nación. En el caso en estudio se observa la circunstancia anotada, cuando la División de Economía llega a precisar que el caolín del yacimiento en cuestión es de excelente calidad y tiene propiedades que lo hacen apto para la fabricación de ladrillos refractarios. La determinación de la calidad del referido mineral produjo, desde luego, un cambio de criterio en la Administración al considerar que el Instituto Venezolano del Hierro y del Acero puede explotar directamente el caolín para la fabricación de ladrillos refractarios que necesita la Siderúrgica.

2. LA ADJUDICACION

“La adjudicación en las licitaciones de contratos administrativos debe ser dada al licitante que ofrezca las condiciones de contratación más ventajosas para la Administración”.

Véase Nº 27.

II. LA EJECUCION DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

1. PRERROGATIVAS DE LA ADMINISTRACION

A) PRINCIPIO GENERAL

“La consecuencia de la calificación de un contrato como administrativo es la presencia en la ejecución del mismo, de determinadas prerrogativas de la Administración, exorbitantes del derecho común”.

PN -I59 - 617

12-6-59

28. La calificación jurídica del contrato reviste, para la Procuraduría de la Nación, especial importancia, en razón de las consecuencias específicas que de la misma se derivan y en las cuales existe unanimidad en la doctrina administrativa. Entre ellas, el Despacho considera suficiente mencionar, a los fines exclusivos de este dictamen, las siguientes:

Primera. En la interpretación y ejecución de tales contratos, deben tenerse presentes las reglas y principios del Derecho Administrativo, en oposición al criterio hermético del Derecho Civil, no porque se excluya en absoluto su aplicación, sino porque ésta resulta secundaria o subsidiaria.

Segunda. Por ello —como dice un autor—, “la situación individual del derecho de los particulares (del contratista) en

cuanto haya de por medio un contrato administrativo..., es menos estable que la situación individual nacida de los contratos civiles por estar supeditada al imperio de los intereses públicos". En otras palabras, la intangibilidad de los contratos, que garantiza el Derecho Civil, no se hace lugar, como en los contratos de Derecho Privado, en los contratos en examen. De ello se desprende, a su vez:

a) La facultad inalienable de la Administración de resolver unilateralmente *jure imperii* dichos contratos, sin necesidad de demandar judicialmente la resolución, si la forma como se vienen ejecutando o si la interpretación que el contratista pretende darles, o, incluso, si las condiciones de todo orden en que fueron celebrados, resultan contrarias al interés público; y de proseguir la Administración misma, bien directamente o a través de otro contratista, la ejecución de las obras contratadas con el anterior. En el dudoso supuesto de que, por el ejercicio de esta facultad de la Administración, hubiera lugar a indemnización alguna al contratista, la procedencia de la misma está condicionada al cumplimiento absoluto que éste haya dado al contrato.

b) La facultad de la Administración de resolver también unilateralmente tales contratos en los casos de suspensiones ilegales o no autorizadas de los trabajos, por parte del contratista, con el consiguiente derecho a solicitar del mismo la indemnización de daños y perjuicios que las suspensiones ocasionen a la Administración.

c) La facultad ilimitada de la Administración, de inspeccionar y fiscalizar la ejecución de las obras, por todos los medios de que disponga, a fin de verificar no sólo si aquéllas se están ejecutando de conformidad con las respectivas estipulaciones contractuales, sino también, y principalmente, si aquéllas se están ejecutando en la forma que mejor satisfaga el interés público; por ello, las facultades mencionadas en las referidas estipulaciones tienen pura y simplemente carácter enunciativo. Debe tenerse siempre presente —como anota Jèze— que el interés general exige una interpretación más rigurosa de las obligaciones del empresario.

d) La facultad inalienable o ilimitada de la Administración, de verificar, por todos los medios que estime conducentes —y sin que a ello obste la ambigüedad u oscuridad de las respectivas cláusulas contractuales—, la sinceridad y veracidad de todos aquellos elementos de costo que en cualquier forma tengan alguna influencia en la economía del contrato, como son, principalmente, aquellos en cuya proporción la Administración libere las garantías otorgadas por el contratista y los que determinen los costos variables de las obras.

B) PODERES DE DIRECCION Y CONTROL

“La Administración tiene facultades ilimitadas para inspeccionar y fiscalizar la ejecución del contrato”.

Véase N° 28.

C) PODERES DE SANCION UNILATERAL

“La Administración puede sancionar unilateralmente el incumplimiento por parte del cocontratante, y entre las más graves se encuentran, la rescisión unilateral y la ejecución subsidiaria de la prestación”.

Véase N° 28.

D) PODERES DE MODIFICACION UNILATERAL

“Cualquier acuerdo posterior que modifique, así sea parcialmente, un contrato administrativo, es inoperante si no se ha sometido a las mismas formalidades y requisitos legales del contrato”.

PN - I57/58 - 623

17-3-58

29. “... Y asimismo, no es razón suficiente para que esta Procuraduría modifique su criterio antes expuesto, el antecedente alegado por la reclamante, según el cual, «así como se aprobó para los gastos de mano de obra efectuada por la E. de C», así también debía el Ministerio aprobar, o reconocer, los gastos cuestionados: ello sólo significa una irregularidad manifiesta, puesto que revela que por acuerdos posteriores que no constan en el expediente, se tomaron decisiones que alteraban o modificaban la eficacia de las cláusulas de previsión establecidas en el contrato, sentándose así un criterio peligroso para el debido control administrativo y económico de contratos de esta naturaleza. Es verdad que el factor celeridad privó en la ejecución de las obras señaladas y que él constituyó un obstáculo para el buen cumplimiento de las normas contractuales mencionadas, pero no puede ser jamás bastante para relevar a la contratista de la responsabilidad en que pudiera ocurrir”.

Véanse Nos. 1 y 28.

E) PODERES DE RESCISION UNILATERAL

“El Estado tiene facultad para rescindir unilateralmente los contratos administrativos que haya celebrado”.

PN - I60 - 312

3-8-60

30. Es un principio de derecho administrativo aceptado por la mayoría de los ordenamientos jurídicos modernos, que el

Estado tiene facultad para rescindir unilateralmente los contratos que haya firmado, cuando así lo aconseje el interés público, al cual necesariamente, debe subordinarse el interés particular. El mencionado principio deroga claramente el establecido por nuestro Código Civil en materia contractual, el cual establece que los contratos no pueden ser rescindidos sino por mutuo acuerdo. La posición especial y privilegiada del Estado sobre los particulares, justifica esta derogación; posición especial y privilegiada que favorece al Estado y que encuentra su justificación en la alta misión del administrador de la cosa pública que tiene como único objeto el beneficio de los administrados.

No hay que perder de vista que el Estado, aun cuando actúa como persona de derecho privado en relaciones contractuales con los particulares, lo hace con el objeto de dar cabal cumplimiento a la misión susodicha, la cual, repetimos, no tiene otro fin que el beneficio colectivo. En consecuencia, si el Estado en un determinado momento social o económico, el cual plantea problemas concretos y a los cuales hay que dar soluciones determinadas, contrae relaciones contractuales con particulares, a ese fin, y si por motivos de índole diferente, la situación social o económica que hicieron surgir la necesidad de contratar en un sentido, se modifica o desaparece, parece justo y beneficioso que se pueda librar de dichos compromisos contractuales, beneficiando así a sus administrados.

No quiere decir esto que el particular quede completamente sujeto al arbitrio de la Administración Pública, la cual al tomar una medida tan grave debe analizar concienzudamente si en realidad el interés colectivo sea mayor al daño que se le causa al particular.

Véanse Nos. 23 y 28.

2. OBLIGACIONES DE LA ADMINISTRACION

“Existe obligación de la Administración de indemnizar a su cocontratante cuando un acto de otra autoridad administrativa distinta modifica el equilibrio financiero del contrato”.

PN - D53/54 - 135

20 - 9 - 54

31. En el contrato celebrado con fecha 28 de octubre de 1952 entre el Ejecutivo Nacional, por órgano del ciudadano Ministro de Obras Públicas, y la Constructora... en la cláusula 5ª, se establece a cargo del contratista la obligación de solicitar y proveer el material necesario para llevar a cabo la obra, y apenas si en esa misma cláusula el Ministerio se reservó el derecho

de suministrar los materiales, "que crea convenientes cuando así favorezca a sus intereses"; luego, en la Cláusula 15ª, que concierne a la "Cooperación entre las partes" se estatuye que: "Queda entendido y convenido entre las dos partes contratantes que ellas cooperarán recíprocamente de todas maneras con el fin de adelantar las obras y de obtener y entregar en el sitio de los trabajos todos los materiales, abastecimientos y equipos que se requieren en conexión con el proyecto".

Ahora bien, aun reconociendo que en los términos del contrato nada expreso se estipuló con respecto al lugar y forma en que los materiales pudieran ser adquiridos por el contratista, y resultando de ello que la empresa interesada no está asistida de derecho alguno para formular la reclamación en cuestión; se observa, sí, que aun cuando la parte que se deja transcrita de la cláusula 15ª, no impone directamente una obligación al Ministerio en cuanto a la adquisición y suministro de materiales, sí involucra cuando menos, un deber de cooperación para con la empresa, en cuanto a la obtención de las facilidades de entrega "en el sitio de los trabajos" de todos los materiales, etc., etc., y en esta forma, existe ya un principio de derecho de parte de la reclamante a que se traduzca en lo económico lo que no ha podido ser realidad en los hechos de parte del Ministerio.

No estima esta Procuraduría procedente el argumento de que se trate de un "hecho unilateral", como lo es el de la prohibición de la extracción de arena, y que de este hecho sea "responsable" el Ejecutivo Nacional, representante de la nación, ya que si bien es cierto que es el mismo Poder Ejecutivo el que por una parte aparece contratando con la constructora... y por la otra aparece dictando una resolución de prohibición de extraer arenas en las playas del Litoral, debe observarse, en cambio, que en el primer caso nada expreso se estipuló, como se deja dicho, en cuanto al lugar y forma de donde hubieran de obtenerse los materiales para la obra, entre éstos las arenas para la construcción, y además, en este acto de contratar la realización de una obra pública el Ejecutivo actúa en razón de la personería jurídica de que está investido y que lo coloca en condición paralela a las demás personas naturales y jurídicas; pero, cuando el Poder Ejecutivo de la nación dictó, a través del Ministerio de Comunicaciones, la resolución prohibitiva de extracción de arenas en las playas, actuó no ya en condición de persona jurídica, sino en ejercicio del *imperium* que caracteriza a sus funciones de gobierno, y así las cosas no puede darse a esta resolución el alcance de un acto simplemente unilateral de una de las partes contratantes, ya que en él no ha sido parte contratante la que lo impuso o ejecutó, sino el Gobierno el que lo ordenó en beneficio de la colectividad.

Tampoco considera este Despacho que el caso sea de fuerza mayor, ya que conforme al concepto más generalizado que de ésta se tiene, y que aparece expresado en la obra **Tratado Práctico de Derecho Civil Francés**, de Planiol y Ripert, a la página 537 del tomo 6º, «la expresión “fuerza mayor” indica el carácter invencible del obstáculo; “caso fortuito”, su aspecto imprevisible; “causa extraña”, el carácter externo en relación con el deudor». En tal virtud no es este un caso de fuerza mayor, porque el obstáculo que ha surgido para la extracción de arenas de las playas no puede ser calificado en estricta lógica de “invenible”; tampoco es un caso fortuito, porque ha podido preverse; quedaría, pues, el caso comprendido entre las “causas extrañas”, por el carácter externo en relación al deudor, y no porque haya sido ejecutado unilateralmente por la otra parte contratante.

Así, pues, como consecuencia de cuanto dejamos expuesto y pese a reconocerse que no surge responsabilidad directa de la nación, porque no se trata de un acto unilateral de ella en su condición de persona jurídica, porque no se trata de un caso de fuerza mayor, y porque tampoco es un caso fortuito, sí debe admitirse responsabilidad por cuanto tratándose de una causa extraña a la voluntad de la constructora..., la otra parte, la nación, estaba en el deber de contribuir con aquélla en la solución, en fuerza de la comentada cláusula 15ª, del contrato y la circunstancia de hecho de no poder brindar esa cooperación pactada, puede y debe traducirse en indemnización económica por los daños y perjuicios que efectivamente haya sufrido la empresa interesada como secuela de la resolución del Gobierno de Venezuela en cuanto a la prohibición de extraer arenas de las playas.

III. LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

1. REQUISITOS GENERALES

“No procede reclamación por lucro cesante cuando ésta se basa en un hecho incierto y sin que exista ninguna relación entre las partes”.

PN - 160 - 497

27-9-60

32. Finalmente, reclaman los solicitantes “el lucro cesante consistente en la utilidad lícita y legítima de que fueron privados los propietarios al no poder, por consecuencia o como consecuencia del decreto a que nos hemos venido refiriendo, vender por parcelas el inmueble o la totalidad del mismo, a mejor precio sobre el de adquisición y que estimamos en la cantidad de bolívares”. Sobre este particular, es criterio de la Procuraduría que la reclamación de lucro cesante formulada por los solicitantes, basada en hechos inciertos, es im-

procedente pues, como ya hemos afirmado anteriormente, en el presente caso no ha existido ninguna relación contractual entre ellos y el Ministerio de Agricultura y Cría que diera lugar al nacimiento de una obligación cuyo incumplimiento pudiera servir de base a tal reclamación. Además, el lucro cesante tiene necesariamente que estar basado en hechos ciertos, no sobre hechos eventuales. A ese respecto, dice Ripert: "Cuando el perjuicio es puramente eventual el cálculo no puede ser hecho, y conceder una retribución es, por lo mismo, imposible. Es preciso, en efecto, distinguir cuidadosamente el perjuicio eventual y el perjuicio futuro. Si éste puede ser reparado, es porque su existencia, aunque inactual, es cierta. No hay perjuicio, pero es seguro que un día u otro lo habrá y ya se puede prever su magnitud. Nada se opone, pues, a la reparación. El perjuicio eventual, en cambio, no tiene sino una existencia problemática. El daño que podrá sufrirse un día depende en parte de la falta cometida, pero depende también de otras circunstancias que no se ha realizado aún y que uno no puede decir si efectivamente se realizarán. De ahí que no sea dable pensar en resarcir ese daño, que puede no existir jamás. No es cuestión de rehusar una reparación a la víctima el día en que la lesión se produzca realmente o se torne cierta... Pero mientras el perjuicio permanezca incierto, no es posible acordar una indemnización cuyo cálculo no podrá ser establecido sobre ninguna base sólida".

2. EL RETARDO EN LOS PAGOS

"Puede surgir responsabilidad para la Administración por su retardo en los pagos, pero en todo caso es necesario que el cocontratante la haya puesto en mora".

PN - I59 - 923

33. Es lo cierto, pues, que a la nación se le imputa retardo en la cancelación de las cuotas que habían sido convenidas en el contrato y se le reclama el pago de una determinada cantidad de dinero como la equivalencia a la suma que la C. C. tuvo que desembolsar por las negociaciones que efectuaran con diversos bancos de la ciudad al descontar determinadas órdenes de pago. Para la nación, en realidad, tal tipo de negociaciones le son completamente extrañas y, de consiguiente, mal puede fundarse en ellas y en las obligaciones que de las mismas se derivaron, la reclamación que se le hace. Esta, si es que procedería, tendría su base en el artículo 1.277 del Código Civil, mediante el cual se establece que "a falta de convenio en las obligaciones que tienen por objeto una cantidad de dinero, los daños y perjuicios resultantes del retardo en el cumplimiento

to consisten siempre en el pago del interés legal, salvo disposiciones especiales". En el contrato no se estipula, que la nación debía pagar un interés del 6 por ciento anual al dejar de cancelar en su oportunidad las cuotas convenidas, por lo que si fuera aplicable en el caso en estudio la disposición legal comentada, los daños y perjuicios se traducirán en el pago del interés del 3 por ciento anual, que es el que la ley considera legal.

Pero la nación no está obligada al pago de esos intereses. En efecto, en el aparte de ese artículo se dispone lo siguiente: "Se deben estos daños desde el día de la mora...", y no hay constancia en el expediente que la contratista hubiere puesto en mora a la nación, pues ésta no se produjo por la sola expiración del término convenido para hacer los pagos; era necesario que la contratista hubiera reclamado el pago que le adeudaba, desde cuyo momento es que pudiera haberse considerado en mora a la nación.

No encontrándose, pues, la nación venezolana en situación de mora es evidente que nada adeuda a dicha compañía por este concepto y, de consiguiente, no procede la reclamación que ha sido formulada.

3. EFECTOS DE LAS HUELGAS

"Las huelgas sólo pueden dar lugar a la concesión de prórroga en el término para el cumplimiento de una obligación contractual, y no constituyen en general, causas que puedan afectar en forma definitiva la ejecución de un compromiso".

PN - I56 - 74

10-10-55

34. "También procede comentar que las huelgas apenas son sucesos esporádicos, eventualidades de corta duración, que, a lo sumo, y por vía de conciliación y de tolerancia, podrían ser ponderadas por la parte a quien corresponda para determinar, a su propio juicio y voluntad, la concesión de una tregua o aplazamiento temporal para el cumplimiento de una obligación; pero en ningún caso constituyen por sí solas, aun cuando hubieren sido comprobadas, motivos suficientes en derecho para ser apreciadas en un proceso como causas o motivos que puedan afectar en forma definitiva la ejecución de un compromiso tan preciso y categórico como el contraído por la compañía T. I., con la nación venezolana, de concluir y firmar en esta ciudad en una fecha fijada con antelación, un contrato de compraventa de petróleo a realizarse en un período de dos años, mediando el antecedente que el cumplimiento de ese compromiso había quedado amparado por una cláusula penal radicada en fianza ban-

caria, constituida en un convenio preparatorio que creó un estado de derecho como preliminar necesario y aplicable a la celebración del contrato definitivo, en previsión de los perjuicios evidentes que su incumplimiento causaría al Fisco Nacional”.

IV. LA HIPOTESIS DEL RECURSO AL ARBITRAMIENTO

“En los contratos administrativos no puede acudirse al arbitraje para resolver las controversias que surjan en la ejecución del contrato”.

PN - I59 - 660

12-6-59

35. Como puede observarse de las estipulaciones contractuales transcritas, el procedimiento previsto en la cláusula 39 del “Contrato Original” para resolver, “por peritos en la materia designados uno por cada parte y un tercero por estos peritos”, “las discrepancias que puedan presentarse entre las partes sobre cuestiones técnicas”, es decir, el compromiso arbitral para resolver “cuestiones técnicas”, el cual, con tal finalidad, resulta legalmente inobjetable, se fue erigiendo, a través de los dos contratos siguientes, en procedimiento general para resolver, además, “cuestiones” de otra naturaleza: “las divergencias sobre los valores de las obras e instalaciones y montaje”, en proporción de los cuales el contratista puede, o liberar las cien letras por \$ 20.000.000,00 depositadas en garantía en el Banco Central, o liberar la parte liberable de la fianza o garantía bancaria o de compañía de seguros, de \$ 119.859.505,27 (de los cuales, por cierto, ya “la nación ha aceptado la liberación de \$ 106. 599.751,93”).

A este respecto, el Despacho observa que no existe disposición legal alguna que autorice a la nación venezolana para celebrar compromisos arbitrales, de modo de poder deferir a tribunales de arbitraje la solución de las dudas y controversias que surjan en la interpretación y ejecución de los contratos que ella celebre. Al contrario, por mandato del artículo 49 de la Constitución Nacional, “en los contratos de interés público celebrados con el Gobierno Nacional, con los de los Estados o con las Municipalidades se considerará incorporada la cláusula siguiente: «Las dudas y controversias de cualquier naturaleza que puedan suscitarse sobre este contrato y que no puedan ser resueltas amistosamente por las partes contratantes, serán decididas por los tribunales competentes de Venezuela, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo puedan ser origen de reclamaciones extranjeras»”.

Por ello, la Procuraduría conceptúa válida la cláusula promisorias mencionada en cuanto con ella se defiere a un arbi-

tramento la solución de "las discrepancias que puedan presentarse entre las partes sobre cuestiones técnicas"; pero la concepción nula, de nulidad absoluta, en cuanto con ella se pretenda despojar a los "tribunales competentes de Venezuela" de la facultad de decidir "divergencias" o "discrepancias" sobre "cuestiones" de otra naturaleza que no sea exclusivamente técnica. Con todo ello, no excluye, naturalmente, la posibilidad legal de que la nación pueda transigir válidamente tales "divergencias" o "discrepancias", una vez que éstas surjan con motivo de la interpretación y ejecución de los contratos en examen; por ello es materia sustancialmente distinta a la cláusula compromisoria; en efecto, la transacción, judicial o extrajudicial, que la nación quiera celebrar, si la considera conveniente, con respecto a las "divergencias" o "discrepancias" mencionadas, está sujeta, necesariamente, al previo cumplimiento de los requisitos y formalidades exigidos por el artículo 7º de la Ley Orgánica de la Hacienda Nacional, que dispone:

"En ninguna causa fiscal se podrá convenir en la demanda, celebrar transacciones, ni desistir de la acción ni de ningún recurso, sin autorización previa del Ejecutivo Federal, dada por escrito y con intervención del Procurador General de la Nación".

"En los asuntos que dependan de la Contraloría General, la autorización a que se refiere este artículo será impartida previo informe del Contralor General".

De "causa fiscal", a la cual se refiere la disposición legal transcrita, tiene la Procuraduría el siguiente concepto:

"Erróneamente pudiera alegarse que las prohibiciones para celebrar transacciones y desistir las acciones sin el previo cumplimiento de los requisitos previstos en el aludido artículo 7º de la Ley Orgánica de la Hacienda Nacional, se concretan únicamente a los casos de acciones en curso ante los tribunales de justicia, ya que se usa la expresión «causa fiscal» en el encabezamiento de la referida disposición legal. Tal opinión no podría prosperar porque chocaría contra los principios que constituyen normas de orden público en materia de Hacienda, del cual se encuentra una aplicación concreta en el artículo 49 de la misma ley, según el cual no pueden llevarse a efectos cesiones, remisiones, rebajas o transacciones de cualquier género sobre deudas atrasadas provenientes de cualquier renta que hayan pasado a figurar como saldos de años anteriores, sino cuando después de consultados el Contralor y el Procurador de la Nación estos funcionarios hayan informado por escrito, indicando las circunstancias de lo que se pretende".

"El artículo 7º de la Ley Orgánica de la Hacienda Nacional está incluido entre las disposiciones generales del Título

Preliminar de esa ley y, por consiguiente, antes que un sentido restringido amerita una amplia interpretación, todo ello aunado a la interpretación que jurídicamente tiene el término *causa*, como lo exponen los autores Ignacio de Casso y Romero y Francisco Cervera y Jiménez-Alfaro en el **Diccionario de Derecho Privado**, que dan la siguiente acepción al vocablo *causas*: «Lo que se considera como fundamento u origen de algo, intención dirigida a la consecución jurídica mediata de un negocio de enriquecimiento (*causa en sentido subjetivo*) (Ennecerus). Es la función social que el negocio realiza, y en vista de la cual el ordenamiento jurídico concede eficacia al querer individual (Ravá)».

“Chocaría también contra las más elementales normas de interpretación el que se prohibiera celebrar transacciones y renunciar a derechos y acciones cuando se estuvieren discutiendo en procesos judiciales, y tales prohibiciones no se extendiesen al procedimiento extrajudicial, tanto porque se establecería un desigual tratamiento para los asuntos fiscales como porque todos los funcionarios del ramo tienen el deber de vigilar y de hacer efectivo todo derecho relacionado con los asuntos fiscales, absteniéndose únicamente cuando reciban instrucciones escritas del Ejecutivo Nacional, como sienta a manera de principio el artículo 8º de la Ley Orgánica de la Hacienda Nacional. A todo esto debemos agregar que por cuanto entre las atribuciones acordadas por la ley a los fiscales de rentas no aparecen las de poder celebrar transacciones ni renunciar a acciones y derechos que correspondan al Fisco Nacional, toda renuncia o transacción que de manera judicial o extrajudicial hicieran sin el cumplimiento de los requisitos legales constituiría una extralimitación de las atribuciones y facultades de que están investidos y, por consiguiente, carecería de eficacia conforme a lo previsto en el artículo 41 de la Constitución Nacional”. (Procuraduría de la Nación, **Informe al Congreso Nacional**, 1956, páginas 72-73).

De acuerdo con ese criterio, el planteamiento de tales “divergencias” y “discrepancias”, cuando éstas inciden en “cuestiones” que no sean técnicas y, de algún modo, tengan alguna repercusión o efecto en el patrimonio del Fisco, está comprendido dentro del concepto de “causa fiscal”.

Por otra parte, procede destacar que, “por valor igual al de los anticipos cuyos derechos “el contratista haya cedido” a la nación, ésta le entregará letras de cambio de las retenidas en garantía en el Banco Central, y que, “por valores iguales al monto de las relaciones de obras formadas por el contratista, se irá extinguiendo la garantía bancaria o de compañía de seguros”. Por tanto, juzga la Procuraduría que en éste, como en

ningún caso, puede válidamente la Administración, convencionalmente, relevar a sus organismos contralores de su deber legal de control y vigilancia de todas las "operaciones" que aquélla realice, o sustituir, por un arbitramento, el ejercicio de tales atribuciones legales.

Dispone, en efecto, el artículo 166 de la Ley Orgánica de la Hacienda Nacional:

"Art. 166. La Sala de Examen tiene por objeto principal examinar las cuentas y los anexos de ellas, de todas las oficinas o empleados de Hacienda, y de todas las entidades que manejan fondos, bienes o materiales costeados por el Fisco, o que los tengan bajo custodia, y verificar, durante aquel examen, la legalidad y sinceridad de todas las operaciones practicadas por dichas oficinas y entidades o sus empleados, por los ordenadores de pagos o por cualquier persona o entidad que manejen fondos o bienes públicos".

Pues bien, si es —entre otras— atribución legal de la Sala de Examen de la Contraloría de la Nación "verificar... la legalidad y sinceridad de todas las operaciones practicadas" por la Administración Nacional, no puede negársele la facultad que tiene, en consecuencia, de "verificar" la "sinceridad" de los "valores" por cuyos montos la Administración libera las garantías que un contratista suyo le haya prestado.

Además, entre las "atribuciones y deberes" de la misma Sala de Examen, el ordinal 13º del artículo 168 de la misma Ley Orgánica señala:

"13º Llevar un índice de los contratos celebrados por la nación en los cuales se estipule garantía por parte del contratista para el caso de incumplimiento de sus obligaciones. A este efecto, todos los Despachos Ejecutivos darán aviso a la Sala de los contratos de esta índole que celebren y de las prórrogas de los mismos que acuerden. La Sala vigilará por que las garantías se hagan efectivas llegado el caso de incumplimiento, y formulará los reparos correspondientes a fin de que ingresen definitivamente al Tesoro las garantías constituidas o el producto de la ejecución de ellas. Una vez formulado el reparo por los motivos aquí establecidos, no podrá acordarse nueva prórroga de los contratos correspondientes".

Pues bien, si "la Sala vigilará por que las garantías se hagan efectivas llegado el caso de incumplimiento, y formulará los reparos correspondientes a fin de que ingresen definitivamente al Tesoro las garantías constituidas o el producto de la ejecución de ellas", también debe la Sala "vigilar" por que tales

“garantías” se mantengan válidas y eficaces en su justa medida, y para hacerlo, puede también, perfectamente, “verificar”, en este caso, la “sinceridad” de los “valores” en cuya proporción la Administración libera las “garantías” prestadas por el contratista. La autoridad, pues, de la Contraloría de la Nación, en ningún caso y por ningún motivo, se puede menoscabar.

V. LOS DIVERSOS TIPOS DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

1. EL CONTRATO DE OBRA PUBLICA

A) TIPIFICACION

“La inexistencia de prueba por escrito no es obstáculo para tipificar el contrato de obra, ya que éste tiene carácter consensual”.

PGN - D62 - 216

27-8-62

36. Analizados los anteriores recaudos, este Despacho considera indispensable determinar previamente si existió un contrato de obra entre el Ministerio de Obras Públicas y el reclamante, y, en caso afirmativo, establecer si se trata de un contrato regido por normas de Derecho Público o de Derecho Privado. Al efecto, observa:

El artículo 1.630 del Código Civil establece que: “El contrato de obra es aquel mediante el cual una parte se compromete a efectuar determinado trabajo, por sí sola o bajo su dirección, mediante un precio que la otra se obliga a satisfacerle”. De allí, que los elementos característicos del mismo sean: 1º) Ejecución de una obra, que puede consistir en la construcción o reparación de edificios y, en general, toda clase de construcción; y, 2º) El pago de un determinado precio; este pago puede estipularse de diversas formas, como, por ejemplo, al precio alzado o al precio por unidad o medida. Además de los elementos propios, existen los elementos comunes de todos los contratos: consentimiento, capacidad y objeto lícito y posible. En cuanto a los caracteres, se trata de un contrato bilateral, *intuitu personae*, a título oneroso, conmutativo y consensual.

Ahora bien, en base a lo antes expuesto y en virtud de los recaudos enviados, encontramos tipificados en el convenio celebrado entre el Ministerio y el reclamante, los elementos característicos del contrato de obra. En efecto, con respecto al primero, o sea, ejecución de una obra, se observa que el contratista debía construir mallas “ciclone”, puertas de malla “ciclone”, cerca de alambre de púas, pavimentos, abañales de concreto, aceras, etc.; y en relación con el precio, se desprende del presupuesto elaborado y aprobado, que se estableció un previo

por unidad y medida, montante a la suma de Bs. 39.635,53. Por otra parte, hemos visto que tanto las obras como sus respectivos precios fueron revisados y conformados por la División de Presupuesto de la Dirección de Edificios y por la Contraloría General de la República.

Por consiguiente, la aprobación impartida por la Contraloría de la República formalizó el acuerdo de voluntades y, a juicio de este Despacho, perfeccionó el contrato, surgiendo, en consecuencia, la obligación para cada parte contratante de cumplir con sus respectivas prestaciones.

La inexistencia de prueba por escrito no es obstáculo para tipificar el contrato de obra, ya que éste tiene carácter consensual. En nuestro ordenamiento jurídico rige el principio de que los contratos se perfeccionan desde que las voluntades se encuentran acordes y se da el consentimiento para realizar el negocio, y si se recoge por escrito es con el fin de proveerse de un medio probatorio; salvo los casos en que la ley misma exige como requisito esencial la prueba por escrito, realizada con todas las formalidades legales.

En consecuencia, opinamos que, sin lugar a dudas, existió un contrato de obra entre el Ministerio de Obras Públicas y el reclamante, el cual se perfeccionó al ser aprobado por la Contraloría General de la República, haciéndose, por tanto, exigible su cumplimiento.

Véase N° 40.

B) COMIENZO DE EJECUCION

“En el contrato de obra, cuando no se ha dispuesto otra cosa, el contratista debe comenzar de inmediato a ejecutar su prestación”.

PGR - D62 - 143

27-8-62

37. Del memorándum ED-62-M-1.230, ya citado, aparece que una de las causas para solicitar de la Contraloría la anulación de la aprobación del presupuesto, fue el hecho de que no se había autorizado la ejecución de las obras. Ahora bien, como hemos dejado establecido, el contrato de obra es un contrato consensual y, por tanto, se perfecciona por el solo acuerdo de voluntades; de modo, pues, que una vez perfeccionado el contrato, el contratista debe inmediatamente dar comienzo a la ejecución de la obra, a menos que se convenga en que se inicie en una fecha posterior; pero, en el caso en estudio esta última situación no parece que haya sido convenida; en consecuencia, el contratista debió dar comienzo a la obra una vez que se consideró perfecto el contrato.

C) RESPONSABILIDAD FRENTE A TERCEROS

“Cuando de un contrato de obra pública pudiera entenderse que la Administración asume la responsabilidad de los daños y perjuicios causados a terceros por el contratista, siempre y cuando éste cumpla determinados requisitos, éste resulta directamente responsable si previamente no los ha cumplido”.

PN - I57/58 - 623

17-3-58

38. De conformidad con lo previsto en la cláusula número 28 del contrato celebrado entre ese Despacho y la Compañía Constructora V.C.A. para la ejecución de los trabajos de construcción de un tramo de la Avenida Generalísimo Francisco de Miranda, “la contratista se obliga a evitar en lo posible que sean causados daños o perjuicios de cualquier índole a terceras personas con motivo de la ejecución de las obras objeto de este contrato; pero cuando sea imposible evitar tales daños o perjuicios, procurará por todos los medios lícitos, reducirlos al mínimo compatible con la normal ejecución de la obra; y si fuere imprescindible causar cualesquiera daños o perjuicios a propiedades, la contratista deberá notificarlo pormenorizadamente por escrito al Ministerio con la suficiente antelación para que puedan realizarse las gestiones del caso con quienes corresponde”, a la vez “cuando la urgencia de las obras imponga de inmediato ocasionar o dañar total o parcialmente algún bien, la contratista deberá dejar expresa, clara y circunstanciada constancia escrita y comprobantes suficientes de la descripción, características, estado y valor del bien o bienes antes de la iniciación de los trabajos, así como también de la relación que tengan dichos daños o perjuicios directa o indirectamente con las obras para ejecutar”; pero no consta en el expediente respectivo, que la firma contratista V.C.A., cumpliera en ningún momento con las anteriores estipulaciones, de modo que le cabría a la señalada contratista, de conformidad con la parte final de la citada cláusula 28 del contrato, la absoluta responsabilidad por los daños ocasionados a las instalaciones de la C. A. N. T. de V., con motivo de la construcción de un tramo de la Avenida Miranda en el sector Chacaíto.

D) RELACIONES JURIDICAS CON LOS OBREROS

“No son aplicables al Estado las disposiciones contenidas en los apartes 2º y 3º del artículo 3º de la Ley del Trabajo”.

PN - I59 - 409

9-10-59

39. La primera afirmación de los reclamantes está expuesta en los siguientes términos: “Que la relación jurídica exis-

tente entre el Ministerio de Obras Públicas y la Constructora T. corresponde con absoluta exactitud a la hipótesis prevista por el aparte 1º del artículo 3º de la Ley del Trabajo". Ahora bien, la disposición citada no puede ser aplicada a un organismo de la Administración Pública como es el Ministerio de Obras Públicas. Dicho organismo ha sido creado con el objeto de que estén a su cargo, desde el punto de vista administrativo público, todo lo concerniente a la construcción de obras públicas que se realicen en el territorio nacional, y sería absurdo equipararlo a "quienes utilicen los servicios de estas personas naturales o jurídicas que mediante contratos se encarguen de trabajos que ejecuten con sus propios elementos, siempre que la obra contratada sea inherente o conexas con la actividad a que se dedica la persona a quien se presta el servicio".

En el caso que analizamos, la persona contratada sería la "C. T." y la persona a quien se presta el servicio es el Estado venezolano por intermedio de uno de sus Despachos Ejecutivos. Sería antijurídico, admitiendo la afirmación expuesta por el sindicato, considerar que la actividad de la persona a quien se presta el servicio, o sea, el Estado venezolano, sea la de construcción de carreteras. El Estado tiene funciones de índole general administrativa y, entre otras, las de atender a la creación de vías de comunicación y transporte. Lo equivoco de la afirmación sostenida por el sindicato se demuestra de la consecuencia que de ella se desprende, o sea: "Que el Ministerio de Obras Públicas se hizo en el momento mismo en que contrató con la empresa «T» solidariamente responsable del cumplimiento de la Ley del Trabajo". De aceptarse este principio se llegaría a la situación, por demás insostenible, de que el Estado debería ser responsable de todos los incumplimientos que cometan los contratistas para con sus obreros cada vez que los primeros, por estar en cesación de pago o quiebra, no puedan llevar a cabo sus obligaciones para con los segundos. Sería la quiebra del Fisco Nacional. La nación venezolana es indudablemente un tercero en lo que a la relación contractual entre la "T" y el sindicato se refiere. Y si en el contrato entre la nación y la "T" figuran cláusulas inherentes a la relación entre el contratista y los obreros, éstas son incluidas únicamente para crear obligaciones al primero en favor del segundo.

Además, el contrato existente entre la nación y la constructora "T" es decisivo en su cláusula 57 citada por el sindicato: "El contratista, según el artículo 3º de la Ley del Trabajo, será considerado como patrono del personal que utilice para la ejecución de este contrato, y responderá del cumplimiento de las obligaciones laborales". No se ve de qué manera se pueda inducir de la cláusula transcrita, la responsabilidad solidaria

de la nación venezolana, cuando por el contrario se afirma expresamente, que el "contratista responderá del cumplimiento de las obligaciones laborales".

En un solo caso intervendrá el Ministerio de Obras Públicas en el pago de los salarios y demás prestaciones adeudadas por el contratista a los obreros, y es el previsto en su cláusula 58, que dice así: "En caso de que el **contratista** no pague a los trabajadores, con el fin de asegurar los derechos de éstos, y de que no se perjudiquen en ningún caso ni se les retenga salarios, pagará el Ministerio las reclamaciones que puedan presentar los trabajadores, con preferencia a cualquier otro pago que deba hacer el contratista. La cantidad pagada por este concepto se deducirá de los saldos que hubiere a favor del contratista". Esta cláusula prevé el caso de que el contratista no pague sus obligaciones laborales; entonces el Ministerio se subroga en dicho pago pero siempre y cuando existan saldos a favor del contratista. Pero éste no es el caso planteado. Por el contrario, actualmente es la constructora "T" quien adeuda a la nación venezolana una suma cuantiosa, y mal podría ésta pagar las obligaciones laborales de la "T" con los saldos que hubiera a su favor.

2. EL CONTRATO DE SUMINISTROS

"Los contratos que celebra la Administración Pública con empresas privadas para la construcción de determinadas edificaciones e instalaciones, según los cuales éstas adquieren y suministran todos los materiales, maquinarias e implementos necesarios para la ejecución y entrega de la obra, no pueden calificarse de modo alguno como contrato de compraventa".

PN - I59 - 411

12-5-59

40. Contiene este alegato una doble afirmación, a saber: que el contrato celebrado entre la nación y la E.S.A. es un contrato administrativo de compraventa de materiales e implementos, y que es además un contrato de prestación de servicios, para la ejecución de obras técnicas telefónicas.

Rechazamos categóricamente este alegato, y en su lugar afirmamos que se trata de un "contrato de obras", regido por disposiciones del Capítulo II del Título IX del Libro Tercero del Código Civil vigente, como pasamos a demostrarlo.

Basta una simple lectura del contrato para apreciar que su objeto principal no es, como lo pretende la parte actora, la compraventa de materiales e implementos, sino instalación y entrega de un número determinado de centrales telefónicas, lis-

tas para su funcionamiento; y si bien entre las obligaciones de la compañía contratista estaba la de adquirir y suministrar bajo su propia responsabilidad todos los materiales y elementos necesarios para la construcción de los edificios y para la instalación de las centrales telefónicas, es obvio que tal obligación tiene un carácter accesorio y no principal, dentro del objeto integral del contrato.

El caso es perfectamente análogo al de todos aquellos contratos que a diario celebra la Administración Pública con empresas privadas para la construcción de determinadas edificaciones e instalaciones, según los cuales las empresas contratistas adquieren y suministran todos los materiales, maquinarias e implementos necesarios para el cumplimiento de la obligación principal, que es la ejecución y entrega de la obra. En esos casos, como en el presente, existen elementos tales como los materiales de construcción y determinados instrumentos, maquinarias, etc., que son adquiridos y suministrados por el contratista para ser incorporados a la obra y que, desde luego, pasan junto con ésta a ser propiedad de la entidad contratante en el momento en que acepta la obra; en tanto que aquellos elementos, especialmente maquinarias e implementos de trabajo que son adquiridos por la empresa contratista para ser usados en la ejecución de la obra, permanecen luego siendo de su propiedad. Sin embargo, en ningún caso podría pretenderse que tales contratos, por implicar para el contratista la obligación de adquirir los materiales y elementos de trabajo, corresponden a la categoría jurídica del contrato de compraventa. Ampliemos un poco el análisis de este punto por ser de vital importancia en la solución del problema jurídico planteado.

El Título IX del Libro Tercero de nuestro Código Civil vigente se titula "De la prestación de servicios", y comprende dos capítulos, de los cuales el primero trata "Del Contrato de Trabajo" y el segundo "Del Contrato de Obras".

Según el artículo 1.629, único que integra el citado Capítulo I, "los derechos y las obligaciones de los patronos y trabajadores con ocasión de trabajo, se rigen por la legislación especial del trabajo"; y de acuerdo con las provisiones de nuestra legislación laboral, el contrato de trabajo es aquel que se celebra entre un patrono y un trabajador, y en virtud del cual el segundo se obliga a prestar personalmente sus servicios al primero, mediante el pago de un salario, el cual puede ser calculado bien por unidad de tiempo o por unidad de obra. De suerte que el contrato celebrado entre la nación y la E.S.A. no puede ser calificado, bajo ningún respecto, como un contrato de trabajo; y cae necesariamente en la calificación de contrato

de obras, regulado por disposiciones del Capítulo II del citado Título IX del Libro Tercero del Código Civil, cuyo artículo 1.631 dice textualmente como sigue: "Puede contratarse la ejecución de una obra, conviniéndose en quien la haya de ejecutar ponga solamente su trabajo o su industria, o que también provea el material".

De acuerdo con lo dispuesto en el precepto legal transcrito, la circunstancia de que la E.S.A. se obligase a suministrar los materiales e implementos necesarios para la construcción e instalación de las centrales telefónicas, no puede ser invocada, como trata de hacerlo el apoderado-actor, para despojar al contrato de la calificación jurídica que le corresponde, o sea, la de contrato de obras, y transformarlo en un contrato de compraventa. Este criterio se robustece en alto grado al analizar la parte final de la cláusula 16ª del contrato, a la cual ya nos hemos referido, y que dice así:

"... teniendo la nación prioridad en caso de que la E. de-seare luego vender en Venezuela alguna de dichas maquinarias o implementos". En efecto, si como lo pretende el apoderado-actor, el objeto principal del contrato fuese la compraventa de las cosas que había de adquirir la compañía, hecha por ésta a la nación, sería inconcebible que después de ejecutado el contrato pudiera pretender la E.S.A. vender esas mismas cosas a terceras personas, y mucho menos a la nación, puesto que ya aquéllas habrían ingresado al patrimonio de ésta.

Contribuye igualmente a reforzar el criterio expuesto, la proporción en que, según la cláusula 14ª del contrato, se reparte el precio global de la obra entre el costo de la mano de obra y el de la adquisición de materiales e implementos. En efecto, de acuerdo con la citada cláusula del contrato, del precio total de Bs. 126.535.500,00 que la nación se obligó a pagar a la E.S.A. por el cumplimiento de todas las obligaciones contractuales asumidas por ésta, un 66 por ciento a obra de mano (nacional y extranjera) y sólo un 34 por ciento a la adquisición de los materiales e implementos necesarios para la ejecución de la obra contratada.

Queda así demostrado que el contrato celebrado entre la nación y la E.S.A. no es, como lo pretende la contraparte, un contrato de compraventa, sino un contrato de obras, en el cual la obligación del contratista de adquirir y suministrar los materiales e implementos tiene, como en todos los contratos de igual índole, y conforme a lo dispuesto por el artículo 1.631 del Código Civil, un contrato eminentemente accesorio.

3. EL CONTRATO DE EMPRESTITO PUBLICO

“El Ejecutivo Nacional no está autorizado legalmente para limitarse, en un contrato de empréstito público, la facultad de contratar nuevos empréstitos o de realizar gastos públicos”.

PN - I57/58 - 651

4-9-57

41. A la limitación de Bs. 350.000.000,00, estipulada en la letra c) de la Sección 2,01 del artículo II del Proyecto, relativa al monto de los créditos internos con vencimiento anterior al 1º de setiembre de 1960 —fecha de vencimiento del empréstito proyectado—, cabe observar que no tiene justificación legal alguna. Al contrario, si la Constitución y las leyes de la República no le establecen al Estado limitación alguna en cuanto a la cantidad que pueda obtener por concepto de crédito público, interno, aparte de las limitaciones cuantitativas relativas a la Deuda Flotante, contenidas en el artículo 5º de la Ley de Crédito Público, ¿por qué —cabe preguntar— ha de limitarse contractualmente el Estado en la obtención de créditos internos? Tal limitación equivale a renunciar a la posibilidad, nada inverosímil por otra parte, de que, durante ese período, el Estado pudiera obtener en el mercado interno, en mejores condiciones que en el mercado internacional de capital, las cantidades suficientes para pagar el empréstito aquí proyectado y liberarse así de la deuda externa. Por otra parte, es de observar igualmente que, de acuerdo con el artículo 41 de la Constitución Nacional, “el Poder Público se ejercerá conforme a esta Constitución y a las leyes que definan sus atribuciones y facultades”, por lo cual —agrega el mismo artículo— “todo acto que extralimite dicha definición constituye una usurpación de atribuciones”; y es precisamente el caso de que en las leyes que definen las atribuciones y facultades del Poder Ejecutivo Nacional en materia presupuestaria y de crédito público, no existe autorización alguna en cuya virtud pueda el poder administrador limitarse, por vía contractual, la facultad de contratar empréstitos públicos internos o de efectuar gastos públicos. Además, si, como antes se expuso, la contratación sobre el poder de imposición atenta contra la soberanía del Estado y compromete la majestad y dignidad de la República, cuyo resguardo la nación venezolana proclama en el artículo 1º de la Constitución Nacional como razón primordial de su existencia, lo mismo sucedería con la contratación por el Estado sobre su propia facultad de realizar gastos públicos y de procurarse arbitrios fiscales por los medios que las leyes ponen a su disposición.

VI. LAS CONCESIONES FERROCARRILERAS

“Es principio que en las concesiones ferrocarrileras, vencido el lapso de la concesión la vía férrea debe pasar a beneficio de la nación. En esta situación, antes del vencimiento de dicho lapso, el concesionario no está facultado para enajenar su patrimonio por no tener la libre disposición del mismo”.

PND - 53/54 - 148

3-8-53

42. Con fecha 17 de marzo de 1880, el Ejecutivo Federal celebró con el ciudadano un contrato para la construcción de un ferrocarril desde el puerto de La Ceiba o de La Mochila, en el Estado Trujillo, hasta el lugar denominado Sabana de Mendoza, en el mismo Estado, y dicho contrato fue aprobado por el Congreso de la República conforme consta del decreto de dicho Cuerpo Legislativo, fechado el 10 de abril de 1880, ordenado ejecutar el 13 de los mismos y publicado en la **Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela** el 16 del mismo mes y año, ejemplar número 2.054; el artículo 11 del contrato en referencia dice textualmente así: “Los empresarios conservarán como propiedad de ellos la línea férrea por el término de ochenta años, contados desde el día en que la vía férrea sea abierta al público; y terminado este lapso de tiempo quedará dicha línea férrea con cuanto le es anexa, a beneficio de la nación, comprometiéndose los empresarios a entregarla en buen estado”.

Posteriormente, el 3 de mayo de 1897, el Ejecutivo Federal celebró con la Compañía Anónima Ferrocarril de La Ceiba un contrato modificatorio del anterior, incidiendo la modificación en los artículos 5º, 9º y 14 del contrato anteriormente referido, y relacionada la misma con la exención del pago de derechos de importación y de todo impuesto de Aduanas para los materiales, máquinas, herramientas y demás útiles destinados al servicio del ferrocarril, y, además, con cierta especificación sobre tarifas de pasajes y de fletes en los vehículos de la empresa; este contrato fue aprobado también por el Congreso Nacional conforme al decreto de fecha 15 de mayo del referido año 1897; mandado a ejecutar el 24 de los mismos y publicado en el ejemplar número 7.082 de fecha 6 de agosto del mismo año, de la **Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela**.

Más tarde, el día 15 de enero de 1924, el Ejecutivo Federal celebró otro contrato con la misma Compañía, el cual fue aprobado por decreto del Congreso Nacional de fecha 30 de mayo del mismo año, mandado a ejecutar el 8 de junio de ese mismo año y publicado en la **Gaceta Oficial** el día 15 de julio de 1924, en el ejemplar número 15.338; en la cláusula 7ª de este

contrato la Compañía renuncia al privilegio de duración hasta por noventa y nueve años otorgado a la concesión ferrocarrilera y el Gobierno Nacional, "en vista de que no ha concedido a la Compañía ningún apoyo pecuniario como suscriptor de acciones, ni la ha favorecido con ninguna subvención de importancia, ni le garantizó ningún rendimiento líquido, declara insubsistente el derecho que se reservó la nación por el artículo 11 del contrato fechado a trece de abril de mil ochocientos ochenta, relativo a la primera sección, la cual declaración es conforme al espíritu de la Ley de Concesiones Ferrocarrileras vigente".

Por último, el día 25 de junio de 1928 el Ejecutivo Federal celebró con la misma Compañía otro contrato, referente a rebaja en los fletes, a exención de la obligación de prolongar el ramal ferrocarrilero hasta Valera y algunos otros puntos de secundaria importancia; este contrato fue aprobado por el Congreso Nacional en decreto de 13 de julio del mismo año; mandado a ejecutar el 19 de los mismos y publicado en el ejemplar número 16.562 del 20 de julio del mismo año, de la *Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela*.

Ahora bien, a los fines de la evacuación de esta parte de la consulta, debe concretarse únicamente el primitivo contrato de 1880 y a la modificación que de éste se hiciera en el año de 1924; y a tal efecto, considera la Procuraduría de la Nación que por virtud de la expresa renuncia que el Gobierno Federal hiciera del derecho que la nación se reservara por el artículo 11 del contrato de fecha 13 de abril de 1880, la Compañía Anónima Gran Ferrocarril de La Ceiba adquirió la libre disposición de la totalidad de sus bienes, en cuanto concierne a la posible sujeción que éstos tenían con miras a hacerse parte del patrimonio nacional una vez concluido el plazo estipulado contractualmente para la duración de la concesión y, por tanto, desde este punto de vista, la referida Compañía está facultada para enajenar su patrimonio.

VII. LOS PRINCIPIOS DE LA CONTRATACION COLECTIVA EN LA ADMINISTRACION PUBLICA

PN - I57/58 - 456

9-7-58

43. El contrato colectivo de trabajo es una figura típica del Derecho del Trabajo, que no tiene cabida en ninguna otra de las ramas del Derecho Positivo. Además, en el campo de las relaciones jurídicas que median entre un patrono y sus trabajadores, el contrato colectivo de trabajo presupone la vigencia entre el primero y los segundos de una situación jurídica re-

gida por todas las normas que integran el Derecho del Trabajo, a la cual viene a incorporarse el contrato colectivo como un sistema normativo complementario; de manera que por el hecho mismo de celebrarse un contrato colectivo de trabajo se está reconociendo la existencia de un contrato individual de trabajo entre el patrono o empresa y cada uno de los trabajadores que le prestan sus servicios.

Esta circunstancia reviste particular importancia en el caso que nos ocupa, en razón de que el proyecto analizado abarca a todos los trabajadores que prestan sus servicios al Ministerio de Agricultura y Cría, tanto obreros como empleados; y, por tanto, de accederse a suscribir un contrato colectivo sin discriminar entre empleados y obreros, se estaría reconociendo la vigencia de la Legislación de Trabajo con respecto a unos y otros; lo cual, como hemos dicho, es contrario a los principios, y establecería un precedente que podría ser luego invocado por todos los demás trabajadores de la Administración Pública.

Por tales razones, el presente caso no debe ser considerado y resuelto en forma aislada, sino como un precedente que ha de establecer el criterio oficial frente al problema jurídico que se analiza.

Como consecuencia de las consideraciones expuestas, y antes de entrar al análisis de las cláusulas que integran el proyecto de contrato colectivo de trabajo a que se refiere este memorándum, nos permitimos formular las siguientes conclusiones previas:

1ª) En el caso de que se llegue a celebrar un contrato colectivo de trabajo entre el Ministerio de Agricultura y Cría y sus trabajadores, tal contrato deberá abarcar únicamente a los obreros al servicio del mencionado Despacho, y no a los empleados y funcionarios dependientes del mismo. Si el Ministerio decidiese otorgar también a los empleados y funcionarios de su dependencia algunos de los beneficios económicos contenidos en el contrato colectivo que celebre con los obreros, deberá hacerlo de acuerdo con la ley, como acto de la Administración, por la vía ordinaria, y en la forma acostumbrada para tales medidas, pero no mediante contratación colectiva.

2ª) En el contrato colectivo que celebrare el Ministerio con los obreros de su dependencia deberá hacerse constar de modo claro que la celebración del contrato no implica, en manera alguna, derogación, ampliación ni modificación de los principios establecidos en el artículo 6º de la Ley del Trabajo vigente.

3ª) Toda vez que la fijación del criterio oficial con respecto a la interpretación y aplicación de la Legislación del Trabajo

corresponde al Ministerio del Trabajo, máxime cuando se trata de las relaciones entre el Estado como patrono y los trabajadores que le sirven, parece lo indicado que dicho Ministerio intervenga en las tramitaciones previas a la celebración de todo contrato colectivo que haya de celebrar alguna dependencia de la Administración Pública. La importancia de esta sugestión se pone de manifiesto al considerar la anómala situación que surgiría si en dos o más contratos colectivos suscritos por diferentes departamentos de la Administración Pública se estableciesen puntos de vista contradictorios; así como también en el caso de que, al surgir una discrepancia de criterio sobre la interpretación de un contrato colectivo celebrado por un Despacho Administrativo, el Ministerio del Trabajo adoptase un criterio adverso al sustentado por el departamento suscriptor del contrato.

4ª) No debe incluirse en los contratos colectivos que celebre con sus obreros la Administración Pública, ninguna cláusula que, de manera directa o indirecta, menoscabe el principio de autoridad, ni las facultades inherentes a los órganos del Estado para la preservación del orden público, siendo entendido que es nula cualquier cláusula contraria a este principio, toda vez que las facultades inherentes a los órganos del Poder Público son irrenunciables.

5ª) Existe otra cuestión a la cual no hemos hecho referencia, y que debe ser también objeto de cuidadoso análisis, y es la legitimidad del organismo sindical que, según el proyecto, habría de suscribir el contrato en representación de los trabajadores. A este respecto surge, ante todo, una cuestión de principio de indiscutible trascendencia, que es la siguiente: No estando sometidos de manera irrestricta sino limitada a la Legislación del Trabajo los trabajadores del Estado, cabe preguntar si es legítima la representación de esos trabajadores por un sindicato cuya existencia, organización y función están regidas por dicha Legislación.

Surge, asimismo, otra observación con respecto a la legitimidad de la representación sindical. En efecto, la denominación de "Comité Sindical Unificado Nacional" parece indicar que se trata de un organismo con jurisdicción en todo el territorio nacional, pero que no está organizado como federación sindical. De ser ello cierto, la cuestión ameritaría un detenido análisis para su esclarecimiento, ya que los sindicatos, técnicamente, son organismos de primer grado, con jurisdicción territorial limitada, y sólo las federaciones sindicales tienen jurisdicción nacional.

Como es fácil advertir, si la hipótesis planteada en el párrafo anterior resultare cierta, el contrato no debería ser sus-

crito por el mencionado organismo, sino por una verdadera federación sindical, o bien personalmente por cada uno de los trabajadores, como es costumbre hacerlo cuando se trata de contratos colectivos celebrados directamente entre empresas privadas y los integrantes de su personal.

La solución a esta cuestión previa, por su dimensión y trascendencia, escapa a los límites del presente memorándum. Por ello nos limitamos a plantearla, pues consideramos que ha de ser resuelta para fijar al respecto un criterio oficial definido, antes de suscribir cualquier contrato colectivo de trabajo con un sindicato. Y es de observar que la necesidad de resolver esta importante cuestión abona el criterio anteriormente expuesto acerca de la conveniencia de que intervenga en el asunto el Ministerio del Trabajo.

JURISPRUDENCIA PENAL

Por el Dr.

ISIDRO DE MIGUEL PEREZ

Profesor de Derecho Penal adscrito
al Instituto de Ciencias Penales

Publicamos a continuación algunos de los extractos que viene recopilando el Instituto de Ciencias Penales de las sentencias dictadas por la Corte Suprema de Justicia, en Sala Penal. Forma parte este trabajo del Proyecto N° 21 que patrocina el Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico de la Universidad Central de Venezuela.

APROPIACION INDEBIDA

(Arts. 468 y 470 del C. P.)

“El expresado defensor ataca el fallo recurrido porque éste aplicó el artículo 470 *eiusdem*, que trata de la apropiación indebida calificada, en vez del 468, que contempla la apropiación indebida pura y simple; pero no denuncia como infringido el primero de dichos artículos que —según lo arguye— ha debido ser denunciado por errada aplicación, así como el segundo lo ha debido ser por falta de aplicación. La formalización adolece, de consiguiente, de fallas sustanciales y de técnica. Pero aún preceptuándola sin esos reparos, no es procedente la denuncia. En efecto, consta de los autos que el procesado... se apropió indebidamente de la cantidad de dieciséis mil novecientos treinta y cinco bolívares, durante el desempeño de sus funciones de cobrador de... Tal delito fue perpetrado por el reo merced a sus funciones de cobrador. No se requiere, como requisito indispensable para la configuración del delito de apropiación indebida calificada, que el agente tenga la condición de depositario de los objetos apropiados. El artículo 470 del Código Penal no prevé únicamente tal circunstancia, sino también el caso de que la apropiación se cometa sobre objetos en razón de la profesión,

industria, comercio, negocio, funciones o servicios del agente, tenga éste o no la posesión de la cosa. Como lo ha asentado esta Sala anteriormente, «no es necesaria la relación jurídica del contrato de depósito para que exista el delito de apropiación indebida inculcado en estas disposiciones (los artículos 468 y 470 del Código Penal). El vocablo depositario en la segunda de las disposiciones citadas está usado en concordancia con la primera, que es la que define el delito de apropiación indebida, y en cuya disposición se habla de aquel a quien se hubiere confiado o entregado alguna cosa ajena; por lo que el depositario del artículo 470 no es sino la persona a quien se le ha entregado o confiado alguna cosa mueble ajena, por razón de su profesión, industria o aun de simples servicios». (Sentencia de fecha 14 de agosto de 1945, Tomo II, página 227)". (C.F.C., Sent. de 15 de abril de 1951, G.F. N° 7, págs. 336-339).

ATENUANTE POR MINORIA DE EDAD

(Art. 347 C. E. C.; Art. 74, Ord. 1° C. P.)

"La menor edad expresada por el procesado en sus declaraciones debe ser apreciada en favor del reo en virtud del principio de que la duda se resuelve en su beneficio cuando no existe en autos prueba en contrario que la vuelva falsa, ni las consideraciones correspondientes a circunstancias de hecho que tornen inverosímil el hecho del procesado al respecto. Por lo cual procede la aplicación de la atenuante prevista en el ordinal 1° del artículo 74 del Código Penal: en consideración a lo anteriormente expuesto, esta Sala de Casación en lo Penal, haciendo uso de la facultad que le atribuye el artículo 347 del Código de Enjuiciamiento Criminal, declara con lugar, en interés de la ley y en beneficio del reo, el recurso de fondo interpuesto, en lo que se refiere al punto cuestionado, ya que ha sido infringido el artículo 74, ordinal 1° del Código Penal por falta de aplicación" (C.S.J., Sentencia del 30 de abril de 1963).

RELACION DE CAUSALIDAD

"En referencia a la denuncia de los artículos 12 C.P.C., 43 C.E.C., y 261 y 279 ejusdem:

...no se rompió el nexo de causalidad existente entre la agresión del procesado y la muerte de F. R.; que para llegar a esa conclusión examinó la circunstancia anotada ahora por el formalizante, de que en el puesto de socorro no se le apreció la lesión en el ojo derecho, pues estimó que ello no es suficiente para deducir que tal lesión dimanara necesariamente de un golpe recibido con posterioridad a la referida agresión, a tenor del

dicho del facultativo, que la recurrida aprecia como indicio grave... La tesis médico-legal aparece robustecida por las declaraciones de los testigos... esta última enfermera... quien señaladamente dice que es pensionista de la misma casa donde vivía F. R., a quien vio el domingo... y lo observó en un estado de demencia... que el martes fue pasado a un sanatorio y el miércoles lo volvieron a pasar a la casa... en donde se le estuvo atendiendo hasta el sábado que murió". (C.F.C., Sentencia del 1 de marzo de 1951, G. F. N° 7, págs. 274-293).

HOMICIDIO CALIFICADO Y AGRAVANTE GENERICA

(Arts. 77, Ord. 19, y 408 del C. P.)

"Se encuentran plenamente en autos dichas agravantes por las siguientes razones: a) La premeditación por parte de los reos; ello se evidencia del hecho y la forma normal como fue desarrollándose la voluntad de las partes; los indicios (sí planearon la acción criminal, cuando tuvieron a la vista al viajero, fue conocida, sostenida con serenidad de ánimo y reflexión); b) Agregando también la alevosía, pues los culpables emplearon medios, modo o formas de ejecución que llevaron a asegurarla sin menor riesgo para sus personas; hicieron uso de la traición, del engaño, de la perfidia, al llamarlo para pedirle "un trago de ron", y acto continuo lo atacaron sorpresivamente. Ahora bien, salta sin menor esfuerzo otra agravante genérica, que como accesorio autónoma, acompaña al delito, y es la contemplada en el ordinal 19 del artículo 77 del Código Penal...".

"Los culpables no acostumbraban a trabajar sino que andaban para arriba y para abajo, es decir, vagos".

"Queda demostrado por la inserción anterior, que el sentenciador ha aplicado correctamente, de acuerdo con los hechos que declara probados, los artículos del Código Penal en que se basa para calificar el delito como homicidio previsto en el artículo 408 del Código Penal, más la agravante genérica contemplada en el ordinal 19 del artículo 77 del Código Penal".

"De manera que la recurrida no ha incurrido en error de derecho en la calificación del delito".

"En cuanto a la denuncia de los artículos 407 del Código Penal y 408 **ejusdem**, el primero por falta de aplicación y el segundo por mala aplicación o aplicación indebida, se observa que se fundamenta en el ordinal 5° del artículo 331 del Código de Enjuiciamiento Criminal, esto es, «cuando se haya incurrido en error de derecho»".

“Ahora bien, se ha resuelto en el punto anterior que la sentencia cuestionada no ha incurrido en error de derecho al resolver sobre la aplicación del artículo 408 del Código Penal en cuanto a la culpabilidad de los procesados. Viene, en consecuencia, igualmente, la denuncia conjunta de los artículos 407 y 408 *eiusdem*”. (C.S.J., Sentencia de 3 de julio de 1963).

HOMICIDIO CULPOSO (IMPRUDENCIA DE LA VICTIMA)

(Art. 411 del C. P.)

“Para que la Sala pueda entrar a analizar el fundamento de la denuncia, que en esencia se refiere a error en la interpretación de pruebas de autos, a fin de verificar si (en contra de la solución jurídica acogida en el fallo recurrido) existen comprobados los extremos exigidos por el artículo 182 del Código de Enjuiciamiento Criminal para que proceda la detención preventiva de la persona sindicada, es necesaria la denuncia de reglas legales sobre el mérito de la prueba, es decir, aquellas que resultaron violadas por el sentenciador *a quo* por errónea interpretación, indebida aplicación o falta de aplicación, lo que no consta en el respectivo escrito de formalización. Pues en ausencia de ello y en virtud del principio de libre apreciación de los hechos por los jueces de instancia, deberá atenerse a la solución jurídica del fallo recurrido y verificar simplemente si lo dispositivo está conforme con los hechos declarados probados; y como en el caso de autos el sentenciador *a quo* consideró evidenciada la ausencia de exceso de velocidad por parte de la sindicada, que ésta no tuvo culpa alguna y que la víctima fue imprudente y causa directa y principal del accidente, no existe error al declararse, en consecuencia, la falta de prueba del delito imputado (homicidio culposo)”.

“Reitera así la Sala jurisprudencia semejante establecida en anteriores fallos en relación a la denuncia aislada del artículo 182 del Código de Enjuiciamiento Criminal (G. F. N° 2, 1953, pág. 738; N° 18, 1957, pág. 178)”. (C.S.J., Sent. del 18 de abril de 1963).

LESIONES PERSONALES

(Art. 417 C. P. Art. 578 C. J. M.)

“...el artículo 417 se refiere a lesiones personales comunes, que caen dentro del derecho penal común, y el caso de autos son lesiones personales entre militares, constituyendo un delito militar contemplado y penado expresamente en el artículo 576 del Código de Justicia Militar en cuyo ordinal tercero se contempla la pena hasta de seis años de acuerdo con la gravedad de las le-

siones a juicio del juzgador. Mal puede, de consiguiente, hablarse de la infracción del artículo 20 *eiusdem*, que se refiere a disposiciones supletorias en los casos no previstos por este Código ni a la infracción del único aparte del artículo 4º del Código Civil, pues tal disposición se refiere a la aplicación por analogía cuando no hubiere disposición precisa de la ley, y en este caso —lesiones personales entre militares— la hay, y muy precisa, en el artículo 576 arriba citado, siendo ésta la aplicable y no la contemplada en el artículo 417 del Código Penal y así se declara”. (C.F.C., Sentencia del 24 de enero de 1951, G. F. N° 7, págs. 250-256).

PECULADO

(Art. 195 C. P. y Arts. 30, 38, 48 y 63 de la Ley de Enriquecimiento Ilícito)

“El procesado ejercía el cargo de Jefe de la Oficina Radio-Telefónica de Anaco, Municipio Guevara y Lira del Estado Anzoátegui”.

“La materia penal, pues, debatida en el proceso es objeto de previsión expresa por la Ley contra el Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios o Empleados Públicos, ley que estableció un procedimiento especial en virtud del cual se adjudicó en forma exclusiva su conocimiento en Primera Instancia a los jueces de Primera Instancia y en Segunda Instancia a la Corte Federal”. (C.S.J., Sentencia del 29 de enero de 1963).

HURTO DE GANADO

(Arts. 455 del C. P. y 42, 330, 2º del C. E. C.)

“... Habiendo sido resumidas en la parte narrativa del fallo recurrido únicamente las declaraciones de los citados testigos rendidas en el sumario sin juramento, haciéndose respecto a las posteriores la simple reseña de que los testigos «ratificaron sus declaraciones rendidas por ante la Prefectura», es lógico concluir que la ineficacia probatoria con que en él se las sanciona se refiere únicamente a las primeras, no abarcando las rendidas con posterioridad ante el juez instructor. Y, precisamente, estas declaraciones sumariales de los citados testigos no fueron tomadas en cuenta en el fallo recurrido (ni resumidas siquiera), apareciendo en consecuencia sin motivo alguno rechazadas. Y como ellas se refieren al objeto del delito imputado, deben ser analizadas en el presente caso, pues sin este requisito no se puede cumplir en el fallo recurrido, tal como ha sido alegado por el formalizante (al fiscal ante la Corte Suprema de Justicia), con la expresión clara y terminante de los hechos que

el Tribunal consideró probados, motivo de casación (art. 330, núm. 2º, del C.E.C.) que implica la expresión de las razones por las cuales así fueron considerados. En consecuencia, se violó en el fallo recurrido al artículo 42 del Código de Enjuiciamiento Criminal". (C.S.J. Sent. del 16 de abril de 1963).

AMPLITUD DE NUESTRA SEGUNDA INSTANCIA

(Arts. 52 y 295 del C. E. C.)

"En virtud de la facultad señalada en el apartado único del artículo 52 del C.E.C., las sentencias de primer grado pueden ser revocadas, confirmadas o reformadas, aumentando o disminuyendo la pena por el Tribunal de alzada. La materia del debate de Segunda Instancia no está restringida, como ocurre en otras legislaciones, a los motivos de la apelación que exprese el recurrente, sino que puede dársele a los hechos una calificación distinta de la del juez de Primera Instancia o del fiscal. (Art. 295 *ejusdem*)". (C.S.J., Sent. del 13 de diciembre de 1962).

NOTA NECROLOGICA

FRANCESCO CARNELUTTI

Por el Dr.

H. GIMENEZ ANZOLA

Ha muerto Francesco Carnelutti. El pensamiento jurídico mundial está de duelo. Ha desaparecido el Maestro, uno de los más geniales y laboriosos juristas que haya producido Italia y más aún, el mundo. Nació el 15 de mayo de 1879 en Udine, en el Véneto.

Carnelutti fue, como él mismo lo reconocía, un infatigable constructor de conceptos. Más que jurista, fue un artista del Derecho y sus concepciones, teorías y enseñanzas, superan en originalidad, organicidad y capacidad fructífera, especialmente en los campos del proceso civil y penal y de la teoría general del Derecho, a todo lo escrito.

Pasar revista así sea ligeramente, a su voluminosa y densa obra, es imposible en una nota como la presente. Por ello, sólo me referiré a lo más destacado de su producción traducida a nuestra lengua.

En 1940 se traduce en México su **Metodología del Derecho**, obra incomparable para aprender a estudiar el Derecho.

Carlos G. Posada, Madrid, 1941, traduce la **Teoría General del Derecho**, obra de indudables méritos por sus cualidades sugestivas y formativas del pensamiento jurídico-filosófico. Tiene sus bases en la **Metodología del Derecho** y es un "libro de un abogado y de un procesalista, escrito para juristas en general y no para filósofos en particular", como lo afirmó el prologuista Angel Enciso.

En 1942, Jaime Guasp traduce en Barcelona, España, las **Instituciones del nuevo Proceso Civil italiano**, un volumen de 629 páginas. Esta obra constituía el vértice de una pirámide iniciada con las **Lecciones sobre el proceso civil** (7 volúmenes) y continuada con el **Sistema de Derecho Procesal Civil** (4 volúmenes). Es una grandiosa obra de síntesis y cautiva por la brillantez de los pensamientos y teorías del insigne Maestro. No

comprendía los procedimientos especiales. Como lo reconoció el autor, su elaboración fue apresurada, a objeto de proporcionar una fuente de estudio y de ayuda a los prácticos, derivada de la promulgación en 1940, para regir desde el 21 de abril de 1942, del nuevo Código de Procedimiento Civil italiano. En las **Instituciones**, Carnelutti reconoce el valor que tuvieron los autores alemanes en la formación de su pensamiento, mucho mayor que el de los franceses, pues en aquéllos encontró algo que consideró fundamental: el método, a propósito de lo cual dijo: "Así, pues, lo que yo vi hacer a los alemanes mucho mejor que a los franceses es la anatomía de la realidad jurídica".

Posteriormente, en 1944, es traducido el **Sistema de Derecho Procesal** (4 volúmenes), en Buenos Aires, por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Esta obra constituye una de las más densas y profundas en el ámbito mundial del proceso civil. Si bien de difícil manejo, estudio y consulta, la misma presta ayuda invaluable, tanto en la teoría como en la práctica. Su utilización en Venezuela ha sido restringida por algo muy sencillo: la falta de capacidad y voluntad de trabajo de la mayoría de nosotros, que preferimos el camino fácil y los comentaristas exegéticos a la dura tarea de asimilar las profundas y bellísimas enseñanzas del **Sistema**. Este quedó incompleto, pues no se trataron en él los procedimientos de ejecución y especiales.

En 1945, aparece en México la traducción de la obra **Usucapión de la propiedad industrial y naturaleza jurídica de los consorcios industriales**. También Vásquez del Mercado traduce numerosos artículos de Carnelutti para las revistas **Jus**, **La Justicia** y **Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia**.

Mientras permanecía en Buenos Aires, escribió en español su obra **Arte del Derecho, seis meditaciones sobre el Derecho** (1948), obra de la cual se ha efectuado una nueva edición en 1956. De este trabajo se ha dicho que "es el presente que Carnelutti hizo entonces al Derecho americano", por lo cual "es el libro más nuestro entre los del maestro italiano". No encuentro palabras para describir la belleza del mismo y su trascendencia. Es necesario leerlo y releerlo para gozarlo en su plenitud.

Luego, en Buenos Aires, en 1950, Santiago Sentís Melendo, traduce los cuatro volúmenes de las **Lecciones sobre el Proceso Penal**, sobre las cuales debe, en general, decirse lo mismo que sobre el **Sistema**. La traducción española quedó incompleta.

Santiago Sentís Melendo traduce en Buenos Aires, en 1952, numerosos trabajos de Carnelutti y los reúne en dos gruesos volúmenes, titulados **Estudios de Derecho Procesal** (1.277 páginas en total). Estos sólo contienen una selección de los en-

sayos, artículos y monografías del ilustre desaparecido, por lo cual fácil es darse cuenta de lo gigantesco de su producción científica, valiosa no sólo por su cantidad sino, lo que es mejor, por su indiscutible calidad.

La Prueba Civil, en su segunda edición italiana, es traducida por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo en Buenos Aires, 1955. Junto a la obra figura un Apéndice, valioso por cierto, debido a su discípulo Giácomo P. Angenti. La comparación hecha por éste, respecto al pensamiento carnelutiano entre la primera edición, 1914, y la segunda, junto a la evolución de sus ideas en el interregno transcurrido, es de gran valor para aprender a Carnelutti. Este fue su peor crítico y a menudo se corregía y rectificaba a sí mismo. Su pensamiento, casi totalmente dedicado al Derecho y a la filosofía del mismo, junto a la teoría general, sufrió constantes transformaciones de evolución, madurez y perfeccionamiento. En el prólogo de la segunda edición, Carnelutti confiesa su desengaño por el Derecho, por haber rebasado sus confines, saliendo de él para adentrarse en la metafísica del mismo. Y concluía: "De ahí que nunca haya trabajado tanto por el Derecho como cuando me he evadido de los límites de su ciencia".

La tercera edición italiana de su **Teoría General del Derecho**, aparece en nuestro idioma en Madrid, 1955, gracias a la traducción de Francisco Javier Osset. Las 543 páginas de esta nueva edición, contrastan con las 392 de la primera, lo que demuestra la evolución del pensamiento del autor, quien en el prefacio afirma que se esforzará en ponerla de acuerdo consigo mismo, pues no está ya de acuerdo con lo que él mismo dijo en las ediciones anteriores.

En 1959 aparecen en tres tomos, 1.370 páginas, traducidas sus **Instituciones del Proceso Civil**, provenientes de la quinta edición italiana. El traductor: Sentís Melendo, y el lugar: Buenos Aires. Se equivocaría quien pensara que esta obra es la misma traducida en 1942 por Guasp. Las sucesivas reelaboraciones de la misma, la convirtieron en una obra nueva, como lo dijera el propio autor ya al presentar la tercera edición italiana y el traductor Sentís Melendo, quien calificaba a Carnelutti como "el patriarca de nuestro derecho procesal". Esta obra contiene lo más elaborado y reciente, al menos en español, de sus concepciones procesales, rectificando viejos conceptos contenidos en sus obras anteriores y en especial en el **Sistema**. De ahí su incontestable importancia como cúspide del pensamiento carnelutiano y a la cual hay que referirse, comparándola siempre con el **Sistema**, con las **Lecciones** y con la **Teoría General del Derecho**. Es, desde el punto de vista práctico, la obra más útil de Carnelutti.

En 1959, Sentís Melendo en Buenos Aires traduce **Las miserias del proceso penal, Cómo se hace un proceso y Cómo nace el derecho**, todas ellas de utilidad para tratar de comprender lo vasto y profundo del pensamiento del gran jurista y filósofo. La labor de síntesis hecha en la segunda obra es, sencillamente, fascinante.

Cuestiones sobre el Proceso Penal equivale en su campo a los dos volúmenes de **Estudios de Derecho Procesal**. La compilación, selección y traducción de los diversos trabajos, fueron efectuadas por el infatigable Sentís Melendo (Buenos Aires, 1961, 528 páginas).

Para mí, que tuve el honor y el placer de conocerlo personalmente, estrechar su mano, admirar su espíritu y oír su voz llena de sapiencia y humildad, cuando en Roma y en 1959 tuvo la gentileza de recibirme y dedicar largas horas a la conversación sobre sus obras, constituye profundo dolor la desaparición del bondadoso y enérgico Maestro para quien sólo me resta ofrendar una lágrima en su recuerdo y una oración por su alma generosa. Su ejemplo servirá, más que todo cuanto existe, para el progreso y desarrollo de la ciencia jurídica mundial.

Paz a sus restos y honra a su titánica labor creadora.

BIBLIOGRAFIA

De Sola Cañizares, Felipe: **Tratado de Derecho Comercial Comparado**. Tomo I: "Evolución, concepto y fuentes de derecho comercial y justicia comercial", XXIV, 510 pp.; Tomo II: "Empresa, hacienda, propiedad industrial e intelectual, competencia comercial". XIII, 649 pp.; Tomo III: "Sociedades". XI, 557 pp. Barcelona. Montaner y Simón, S. A., 1963.

La obra de la cual damos noticia es la última publicada por Felipe De Sola Cañizares, el gran comparatista, fallecido a fines del mes de abril de 1965, en Estrasburgo. Esa obra es a la vez la más importante, entre las numerosas publicaciones del jurista español. En efecto, a base de muchos trabajos preliminares, el autor nos presenta ahora un **Tratado de Derecho Comercial Comparado** del cual han salido los tres primeros tomos. De Sola Cañizares proyectaba tres tomos más, dedicados a los contratos de derecho mercantil y a los títulos valores.

En su prefacio, el autor señala los obstáculos que se oponen a una obra de tal índole en lo que se refiere a la reunión del material. A ello se añaden las dificultades de dominar conceptualmente la materia.

Desde el primer punto de vista, el autor ha reunido un material amplísimo, que ha podido conseguir, en parte, con la ayuda de comparatistas de muchos países. En su introducción, promete completar el Tratado mediante apéndices periódicos. En efecto, resulta imposible en un libro que comprende el derecho de tantos Estados, indicar aun solamente las últimas leyes o decretos. Por ejemplo, en Venezuela ya no rige la Ley de Propiedad Intelectual de 1928, sino la Ley sobre el Derecho de Autor de 1962. Sería deseable que el Instituto de Derecho Comparado de Barcelona, del cual el jurista desaparecido fue el director, cumpla con tal propósito de actualizar oportunamente la obra.

El alcance de la obra es muy vasto. Comprende el derecho de autor, lo que no me resulta justificado, como tampoco creo defendible la inclusión de esta materia en el derecho industrial, de acuerdo con un criterio muy frecuente en Italia. Por el contrario, el autor no quería incluir el derecho marítimo y aéreo, salvo en lo relativo a los contratos de esas especialidades, ni tampoco, al menos por ahora, el derecho de quiebra, pese a ciertas dudas.

Algunos tópicos del derecho de la propiedad industrial, han sido desarrollados por el doctor Carlos E. Mascareñas, compatriota del autor y actualmente profesor de la Universidad Católica de Ponce (Puerto Rico). Esa colaboración plantea la cuestión de si hoy en día un tratado de tales dimensiones puede ser escrito por un solo autor o si las distintas materias deben ser tratadas por especialistas diferentes.

La contestación a esta pregunta depende de la respuesta a la segunda interrogante que origina el Tratado del doctor De Sola Cañizares, a saber, si el autor, a base de los datos de numerosos ordenamientos juri-

dicos, ha circunscrito y concebido satisfactoriamente los distintos institutos jurídicos, en cuanto a sus presupuestos, su contenido y sus efectos. El autor ha intentado lograr tal fin y progresado en esa dirección mucho más que en sus publicaciones anteriores, incluso, su **Tratado comparativo de las sociedades por acciones**. No obstante, quedan numerosas dudas. Al discutir algunas de ellas, pese a la desaparición del autor, pienso que cumplo con el deseo de éste de llegar a una ampliación y profundización de los estudios comparativos mediante la libre discusión científica.

Me limitaré a dos aspectos de derecho mercantil comparado y prescindiendo de los problemas generales de la comparación jurídica. Así, no entro en la clasificación de los sistemas jurídicos contemporáneos, tratada nuevamente por el autor en la segunda parte del primer tomo, relativo a las fuentes del derecho comercial. No obstante, no creo que, a continuación de los sistemas romanistas, de los de la **Common law** y de los sistemas socialistas, habría que tratar como sistemas jurídicos distintos, aunque afines a los sistemas romanistas, además de los derechos escandinavos, los llamados derechos iberoamericanos; estos derechos pese a ciertas peculiaridades que, sin embargo, no deben ser exageradas en lo que a los países más importantes se refiere, son, de todas maneras, en materia de derecho privado, derechos latinos, a saber, derechos que pertenecen a los sistemas romanistas. La comparación jurídica en esos países, aunque a veces se lo lamenta, se hace principalmente, con los países latinos de Europa, a saber, la comparación intercontinental queda sólo en segundo lugar.

En el primer tomo, después de una exposición general sobre el desarrollo y el concepto del derecho mercantil, el autor circunscribe la concepción actual de ese derecho. No obstante, no distingue siempre entre lo que es y lo que debe ser. Según De Sola Cañizares, existe hoy, o debe existir, un derecho comercial autónomo aun en los países que hubiesen unificado las obligaciones y los contratos, ya que esa unificación constituye una ampliación del derecho mercantil y no del derecho civil. El sujeto del derecho mercantil no debería ser el comerciante sino la empresa; sin embargo, no habría que hablar de empresa mercantil, para evitar el problema de la determinación del carácter comercial de la misma. El autor admite que el concepto de la empresa no haya sido aclarado ni desarrollado satisfactoriamente, pero opina que el legislador podría definirlo con claridad suficiente.

En el segundo tomo cita las distintas concepciones desarrolladas por la doctrina respecto de la empresa, en particular, para delimitarla de la hacienda mercantil, y destaca que los códigos de comercio que se refieren a la empresa, entienden en tal sentido, por lo común, una actividad profesional. Afirma que aun desde este punto de partida, habría que distinguir entre el comerciante, que realiza profesionalmente actos de comercio, y el empresario, que es el titular de una empresa. De Sola Cañizares sostiene un concepto de empresa amplio que comprende los trabajadores y la hacienda mercantil, en el sentido de fondo de comercio, y la actividad de las personas reunidas en la empresa.

No comparto esas tesis del autor. El mismo De Sola Cañizares admite que no están de acuerdo con las legislaciones contemporáneas, pero entiende que corresponden a las condiciones y tendencias económicas y sociales de nuestros tiempos.

La unificación de las obligaciones y contratos, recomendable en muchos países, para facilitar la aplicación de derecho, representa, en verdad, una comercialización del derecho civil, pero esto no significa que todo el derecho de las obligaciones y de los contratos debe incluirse en el derecho mercantil o regularse en el Código de Comercio. Los países que han realizado la unificación, la han efectuado dentro del marco de la legislación

civil, en el sentido de derecho común, que rige para todos. Esto puede decirse aun respecto de Suiza, cuyo Código de Obligaciones va a ser presentado en América Latina, a veces, como modelo, especialmente por parte de aquellos que están interesados menos en una unificación interna que en una unificación interamericana.

Por cierto, aun en caso de unificarse las obligaciones y contratos, podría mantenerse un Código de Comercio. Este tendría, entonces, como contenido las actividades profesionales de los comerciantes, incluso las de ciertos comerciantes particulares, vgr., las de los corredores, comisionistas, comisionistas de transporte y porteadores. También figurarían en él los comerciantes colectivos, o sea, las sociedades mercantiles, concepto, sin embargo, incierto, en razón de aquellas sociedades, que son mercantiles solamente en razón de su forma, y, en los países en que la quiebra se aplica sólo a los comerciantes, el derecho de quiebra y el de los procedimientos afines, que llevan a la terminación de las actividades de los comerciantes. Pero las materias objeto de la unificación ya no pueden ser consideradas como pertenecientes a un derecho mercantil autónomo o, mejor dicho, a un derecho comercial especial. En Italia, donde los juristas que se habían educado bajo el derecho anterior creían poder comprobar un derecho mercantil especial aún después de la unificación en 1942, se impone siempre más la corriente que considera esa tesis inexacta, incluso, desde el aspecto didáctico, y que afirma que la enseñanza debe abarcar las distintas instituciones de derecho privado, de suerte que habría que tratar en un primer momento los contratos en general y más adelante los contratos especiales y los títulos valores.

De todas maneras, el sujeto del derecho mercantil debería ser el comerciante y no la empresa. El concepto de empresa es demasiado oscilante y ambiguo para que sirva como concepto fundamental del derecho mercantil, y de esto resulta, asimismo, que tampoco es recomendable sustituir el comerciante por el empresario. En efecto, a veces se entiende, y esto corresponde a la tradición histórica, por empresa una actividad económica organizada jurídicamente relevante; a veces se la identifica con la hacienda mercantil o fondo de comercio, haciendo referencia a un objeto jurídico; a veces se usa el término en el sentido de sujeto, sin precisar su forma jurídica —vgr., empresas de seguros y reaseguros, empresas del Estado o, en Alemania, empresas pertenecientes a un *Konzern*—, y, muy a menudo, se la identifica con sociedad, en particular, sociedad anónima. En relación a esta última, se llama aún empresario no a la sociedad sino a los administradores.

El legislador mercantil necesita de un concepto subjetivo y de un concepto objetivo. A tal fin son suficientes el del comerciante, a saber, el del comerciante individual y de la sociedad mercantil, por un lado, y el del fondo de comercio o hacienda mercantil, por el otro. El primero de esos conceptos presupone el ejercicio profesional de determinadas actividades económicas o en lo relativo a las sociedades aun sólo su constitución en una forma determinada, mientras que el segundo requiere una organización de bienes por parte del comerciante para el ejercicio de sus actividades económicas. La elaboración de los proyectos venezolanos que, pese a mantener un Código de Comercio, comprensivo del estatuto profesional del comerciante, entendida tal noción en sentido amplio, siguen muy de cerca la legislación italiana de 1942, ha comprobado que, a los fines de la redacción de los textos pertinentes, se puede prescindir del término de empresa, si se quisiera atribuirle otro significado que el de hacienda mercantil, tal como ocurre en Italia.

Por lo menos desde el punto de vista del autor que defiende la tesis de un derecho mercantil autónomo, debe evitarse una sistematización que tiende a combinar nociones de derecho mercantil con otras del derecho del

trabajo y del llamado derecho económico, concebido este último como el derecho de la intervención estatal en el ejercicio de determinadas actividades económicas. En verdad, en muchos países del mundo occidental, las relaciones entre el comerciante, llamado, entonces, principal o patrono o, también, empresa, y sus trabajadores pertenecen al derecho del trabajo, que se tiene separado del derecho mercantil. Por ej., en Venezuela, la jurisprudencia ha declarado derogados por la legislación del trabajo los artículos del Código de Comercio relativos a las relaciones entre el principal y sus dependientes. Igualmente, la participación de los trabajadores en las utilidades está regulada en la legislación del trabajo.

Por otra parte y sin perjuicio de los sindicatos de empresa, no existen en el país, contrariamente a lo que ocurre, vgr., en la República Federal de Alemania, consejos de empresa, cuya constitución allí no depende de la forma jurídica de la misma, representativos de los intereses de los trabajadores, con determinadas funciones de coparticipación en la dirección de aquélla. Menos aún existe en Venezuela algo parecido al régimen alemán, que prevé una representación de los trabajadores en la administración de determinadas sociedades y, más precisamente, en su consejo contralor, que, en ciertas compañías de la industria pesada y de la minera, iguala en número la de los accionistas; en esas últimas sociedades, los trabajadores tienen, también, un representante en la dirección de la sociedad. Hay que reconocer que, desde ese último punto de partida, se podrá llegar un día a un régimen en que la empresa, concebida como sujeto jurídico, con elementos capitalistas y del trabajo, reemplace la sociedad de capitales o, al menos, la grande sociedad por acciones.

Resulta útil señalar la trascendencia del concepto de empresa en los países socialistas, para darse cuenta que no puede ser el concepto básico de un derecho mercantil autónomo, perteneciente al derecho privado. Vgr., en Yugoslavia se entiende por empresa un sujeto de derecho, en el sentido de una sociedad de trabajo organizado, la cual recuerda, en su estructura, la de la sociedad de capitales. En algunos países socialistas, en particular, en Checoslovaquia existe el concepto de derecho económico como derecho regulador de las relaciones entre las empresas estatales.

Señalo otro problema relacionado con el primero, incluso en sus matices políticos, tratado en el tercer tomo, concerniente al derecho de sociedades, cuya solución ha sido, frecuentemente, objeto de discusiones entre el autor y el suscrito, así, vgr., en las V Jornadas de Derecho Franco-Latinoamericanas (Aix-en Provence, 1956), aunque opino ahora que el alcance de la discrepancia, al menos sustancialmente, no es tan trascendental como nos parecía en aquel entonces.

De Sola Cañizares defiende, como es sabido de sus publicaciones anteriores, respecto de la sociedad anónima, la doctrina francesa de la *institution*, concebida como la idea de una obra o de una empresa, que, con miras de duración, se realiza dentro de un determinado ambiente social. De este modo, quiere excluir en relación a la sociedad por acciones, la teoría contractual, tradicional en los países latinos, a la cual, por el contrario, en la variante del contrato plurilateral de organización, sostenida, especialmente, por Ascarelli, adhiere en lo que concierne a las sociedades de personas y a las sociedades de responsabilidad limitada. Concede, luego, que la teoría de la *institution* no ha tenido el éxito y la aplicación práctica esperados, pero afirma que *institution* y régimen institucional designan, respectivamente, una teoría filosófica y una situación de las legislaciones positivas, tendientes a sustituir el contrato por reglas imperativas contenidas en estatutos legales.

Como el autor mismo señala, la teoría de la *institution*, en lo relativo a la sociedad anónima, no ha sido desarrollada hasta ahora suficientemen-

te; puede concluirse, entonces, que de ella no pueden sacarse conclusiones, al menos, para la aplicación del derecho. La situación es otra respecto de la teoría orgánica, discutida por el autor más adelante en sentido adhesivo, que ha encontrado defensores en muchos países en que no se hace referencia al concepto de institución. Entre ella y la teoría de la *institution* existe una estrecha afinidad, siempre que se entienda como núcleo de ambas el reconocimiento de un interés social que trascienda los intereses comunes de los accionistas actuales y en que tanto éstos como los administradores, en sus respectivas esferas, deben inspirarse. En tal sentido, se habla de una concepción institucional aun para los países, vgr., la República Federal de Alemania, en que la teoría de la *institution*, en su formulación francesa, no se encuentra representada.

Las posibilidades de lograr mediante la teoría orgánica que, según muchos, tiene más bien carácter sociológico que jurídico, resultados para la interpretación de la ley, no dependen tanto de la concepción teórica fundamental que ha repercutido sobre la redacción de la misma, sino del alcance de las disposiciones legales. Así, puede comprobarse que, en varios países latinos, en que los Códigos consideran los administradores mandatarios de la sociedad, la doctrina y aun la jurisprudencia se refieren a la teoría orgánica a los fines de solucionar problemas particulares no resueltos por el legislador. Por otra parte, en los mismos países, se ha podido comprobar que la mayor parte de los problemas controvertidos pueden resolverse sustancialmente mediante la teoría tradicional, aunque por otros motivos, en igual sentido que a base de la teoría orgánica, así, vgr., los que conciernen a la responsabilidad de los administradores frente a la sociedad anónima y a la de ésta por los hechos ilícitos de aquéllos.

De Sola Cañizares señala exactamente que el concepto de órgano, como por lo demás también el de institución, provienen del derecho público. Justamente por esto, su aplicación a la sociedad anónima, aun desde el punto de vista de la sociología jurídica, sólo se explica si aquélla se asemeja en su estructura a una corporación de derecho público. Pero, bajo este aspecto, interviene el criterio dimensional destacado por el autor, y aun recientemente por Ngô Bà Thánh en su libro sobre la sociedad anónima familiar en España, del cual resulta que hay que distinguir dos especies de sociedades anónimas. La aplicación de la teoría orgánica puede justificarse, en tal sentido, para las sociedades accesibles al público, en particular aquellas cuyas acciones se cotizan en bolsa; por el contrario, ella es muy discutible respecto de las sociedades cerradas o de tipo familiar. Las sociedades anónimas cerradas que se han mantenido aun en muchos países en que se introdujo la sociedad de responsabilidad limitada, y que en Venezuela, por ej., son muy frecuentes, se asemejan a las sociedades de personas, sin perjuicio de la responsabilidad limitada de los socios. Observaciones similares podrían hacerse respecto de las sociedades unipersonales.

La extensión de la teoría orgánica a las sociedades cerradas es tan artificial como lo es la doctrina sostenida primero en Francia, que otorga la personalidad jurídica a las sociedades de personas, lo que hace posible o facilita, por lo menos, aplicar la teoría orgánica a tales sociedades. También el concepto de persona jurídica, referido en un primer momento sólo a la sociedad anónima, proviene del derecho público, en cuya esfera se movían las sociedades coloniales que ejercían funciones de soberanía. La doctrina posterior, que identifica autonomía patrimonial y personalidad jurídica, se explica, ante todo, por la idea de la unidad del patrimonio y el rechazo de la noción del patrimonio separado, por parte de la teoría clásica, desarrollada en Francia, especialmente, por Aubry y Rau.

En definitiva, diría que la obra, aunque no pone término a muchas discusiones, en particular, no a aquellas relacionadas con la dogmática jurí-

dica, constituye un esfuerzo admirable desde el aspecto de la reunión del material y de su sistematización. Por esto, los comparatistas en materia mercantil deben quedar muy agradecidos al autor, ya que les facilita considerablemente sus propias investigaciones.

No obstante, hay que destacar algo más. Contrariamente a los tratados de derecho comparado o de derecho civil comparado publicados hasta el presente, esta obra no tiene por objeto una introducción en los métodos del derecho comparado, una división en sistemas jurídicos o una introducción amplia en determinados derechos con alusiones ocasionales a otros, sino que se trata de una exposición sistemática comparativa de las instituciones de una determinada disciplina jurídica, acerca de cuya naturaleza y delimitación puede pensarse de distinta manera. Este es seguramente un acontecimiento importante en la historia del derecho comparado, que comprueba el carácter unilateral de la tesis según la cual la comparación jurídica constituye sólo un método. La obra demuestra que se puede hablar muy bien de derecho mercantil comparado, de derecho civil y de derecho penal comparados, en el sentido de disciplinas jurídicas autónomas.

No quiero terminar esta nota sin recordar a Felipe De Sola Cañizares en su carácter de organizador de la enseñanza del Derecho Comparado. En efecto, él ha sido no sólo el autor de muchas obras científicas de esa especialidad y propugnador de la colaboración internacional entre los comparatistas, sino también el verdadero fundador de la Facultad Internacional de Derecho Comparado, de Luxemburgo, y de la Facultad Internacional para la Enseñanza del Derecho Comparado, de Estrasburgo.

De Sola Cañizares estaba interesado, especialmente, en los países de América Latina, que conocía por un gran número de viajes y en cuyas universidades dictó conferencias repetidas veces. Mantenía relaciones amistosas con numerosos juristas de este continente, cuya actuación en Europa facilitó. Muchos estudiantes latinoamericanos han participado en los cursos organizados por las Facultades de Luxemburgo y Estrasburgo en Europa y por esa última, recientemente, también en México, en parte, con la ayuda de becas que el mismo De Sola Cañizares les consiguió.

El vacío que su desaparición ha dejado en la Asociación Internacional de Ciencias Jurídicas, cuya Junta Directiva integraba sin interrupción, es grande. Lo mismo rige para la Academia Internacional de Derecho Comparado con sede en La Haya, que está organizando actualmente para 1966 el VII Congreso Internacional de Derecho Comparado en Upsala, de la cual fue el Secretario General permanente.

Sus amigos, a los cuales el autor de esta nota pertenecía durante tantos años, no lo olvidarán. Su obra en la Facultad Internacional para la Enseñanza del Derecho Comparado será continuada por su esposa Regina, recientemente designada Secretaria General de la misma.

Roberto Goldschmidt

La lutte contre les maladies du bétail, principalement la fièvre aphteuse
(La lucha contra las enfermedades del ganado, principalmente la fiebre aftosa). Publicación de la Asociación Internacional de Ciencias Jurídicas y del Instituto Internacional de Ciencias Administrativas, Bruselas, 1964, 239 pp.

La Asociación Internacional de Ciencias Jurídicas, a cuya Junta Directiva el suscrito pertenece actualmente, en colaboración con el Instituto Internacional de Ciencias Administrativas, ha iniciado una serie de publicaciones, simultáneamente en francés e inglés, intitulada "Casos concretos de Administración comparada". El tomo del cual damos noticia constituye el primer volumen de esa serie.

Los estudios comparativos en derecho administrativo deben fundarse no tanto en un análisis de la estructura jurídica de las distintas leyes, sino más bien en una investigación de la aplicación de tales leyes en la práctica administrativa. En tal sentido, serán objeto de la comparación no únicamente las reglas jurídicas, sino también las prácticas administrativas; así se examinará los efectos de las reglas jurídicas en la práctica administrativa, especialmente las modalidades de solución de los conflictos entre el ciudadano y el Estado. Se reunirá una documentación que contenga, además de una descripción de las bases legales de la acción administrativa, los hechos concretos de esa actuación, o sea, los de la tramitación administrativa, y procederá, a la vez, a una apreciación crítica de las fuerzas y debilidades de la ejecución administrativa. De esta manera, se contribuirá al perfeccionamiento de los sistemas legales y administrativos de los distintos países. Se ayudará, incluso, a los países en vía de desarrollo, a los cuales una descripción de las experiencias de los otros países será útil, sea en vista de la elaboración de nuevas estructuras o de nuevos sistemas, sea para llevar a cabo una organización eficaz y adaptada a sus necesidades.

Los primeros temas elegidos por la Comisión encargada de la realización del programa esbozado, son: los aspectos administrativos de la indemnización de los accidentes de trabajo; la contaminación de las aguas por la industria; y el tema tratado en el tomo a que se refiere esta nota.

A los fines de un desarrollo adecuado del objeto de investigación, la Comisión ha buscado y encontrado colaboradores en los países de "Derecho Administrativo" (Alemania Federal, Francia, Países Bajos y Suecia), en los países de *Common Law* (Estados Unidos y Reino Unido) y en los países de "Derecho socialista" (Polonia y Yugoslavia). Las ponencias nacionales están precedidas de un prefacio del presidente de la Comisión, G. A. Van Poelje (Países Bajos), y una ponencia general de André Heilbronner (Francia).

Consideramos útil llamar la atención sobre esa serie de casos concretos de administración comparada, por ser novedoso el método de investigación y por poder interesar en el país los temas que se están estudiando. En particular, la lucha contra las enfermedades del ganado, principalmen-

te, la fiebre aftosa, es de gran importancia para los países de América Latina. En su prefacio, el consejero Van Poelje adelanta que en el futuro se pedirán, asimismo, ponencias de los países en vía de desarrollo. Puede agregarse que un reciente documento redactado y dado a conocimiento por el Comité Interamericano de Alianza para el Progreso, anuncia que el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo están dispuestos a contribuir al financiamiento de una campaña multinacional que termine con la fiebre aftosa en América del Sur, después de su casi total eliminación en el Canadá, Estados Unidos y países centroamericanos.

Roberto Goldschmidt

Robert C. Hays: "Unfair Competition. Another Decade" (California Law Review. Vol. 51 n. 1, Marzo 1963).

El artículo en examen contiene el análisis de los precedentes jurisprudenciales que se han dado en el Estado de California desde el año 1952, sobre los casos de competencia desleal existente entre empleado y patrono después que se terminó la relación contractual entre ellos.

Este artículo sigue al otro precedente publicado por el mismo autor sobre el mismo tema para la década 1942-1952 (ver Hays: "The California Law of Unfair Competition takes a turn against the employer", en 41 California Law Review, 38-1953). Conclusión de aquel trabajo fue el reconocimiento de que las tendencias de las cortes californianas eran favorables al ex empleado. En efecto, la Corte Suprema del Estado de California había establecido (en el caso Aetna Bldg. Maintenance Co. vs. West) que, para que existiera competencia desleal del empleado para con su ex patrono, era necesario que fueran evidentes los siguientes hechos:

- 1) Que la información obtenida por el ex empleado fuera confidencial y no accesible fácilmente a los competidores;
- 2) Que el ex empleado trató de atraerse a los clientes de su ex patrono con intención de producirle un daño;
- 3) Que el ex empleado buscó ciertos clientes preferidos cuyo comercio fuera particularmente provechoso y cuyas identidades no son generalmente conocidas al comercio;
- 4) Que la actividad económica es de tal naturaleza que el consumidor generalmente utilizará los servicios de una sola empresa;
- 5) Que la relación de negocios establecida entre el cliente y el ex patrono continuaría normalmente si no interfiriera alguien con ella.

El autor trata de demostrar, a través del examen de la nueva jurisprudencia, que, salvo casos especiales, tal tendencia se ha mantenido.

El problema es ver si el empleado puede, después de haber abandonado el empleo, hacer concurrencia al patrono en el mismo campo comercial de él, y en particular si, usando él los conocimientos adquiridos durante su trabajo, no dé lugar a un acto de concurrencia desleal.

Se trata, como se ve, de un contraste entre los derechos de propiedad del ex patrono y los derechos del ex empleado a seguir con su ocupación. Siguiendo los métodos propios del sistema norteamericano, el autor examina las últimas decisiones de las cortes californianas, analizando los hechos y discutiendo sobre los motivos que han dado lugar a las decisiones, tratando así de delimitar los precisos límites de licitud de la actividad competitiva del ex empleado y los remedios que pueden ser obtenidos por el ex patrono cuando estos límites han sido superados.

No hay una regla general aplicable a todos los casos prácticos; existen, al contrario, distintas soluciones según las particulares situaciones que se presentan en la práctica. Por eso, el autor, recogiendo los precedentes jurisprudenciales, los divide, según la característica de las situaciones que se presentan al juez, en distintos grupos, a ver:

- A) Casos de repartidor a domicilio;
- B) Casos de copia de diseños no protegidos por patente;
- C) Casos de empleados no repartidores a domicilio;
- D) Casos en los cuales hay una estipulación limitativa de la competencia entre las partes.

Repartidores a domicilio. Se trata de casos especiales en los cuales los servicios vienen prestados a los clientes a intervalos regulares y generalmente son basados sobre llamadas o visitas a períodos determinados. La relación con los clientes continuaría si no fuera turbada o interferida por otros concurrentes. En tales casos, las cortes norteamericanas han favorecido al patrono, dándole la posibilidad de obtener una *injunction* y también resarcimiento de daños.

Copia de diseños. Se trata de casos en los cuales el ex empleado compete con su patrono mediante el comercio de productos originalmente diseñados por aquél y no protegidos por patentes y cuya manufactura el ex empleado ha aprendido durante su relación contractual con el patrono.

En estos casos es orientación general de las cortes californianas favorecer a los ex patronos, aun a pesar de no ser los diseños protegidos por patentes. Tal orientación se basa, en efecto, sobre el carácter de secretos de comercio que tienen las informaciones que el ex empleado ha obtenido de una relación confidencial.

Casos de empleados no repartidores a domicilio. Los casos de los empleados normales que no pertenecen a la categoría especial de empleados-repartidores a domicilio (que son los más frecuentes), son generalmente resueltos contra el ex patrono. No se considera, en efecto, que existan razones especiales basadas sobre la característica de la relación contractual existente entre las partes (como es el caso de los repartidores a domicilio) para favorecer al patrono. Es evidente en efecto, que el empleado tiene derecho, después de la cesación del empleo, de usar cualquier cosa que no sea de propiedad del patrono y en especial de usar aquellos conocimientos e informaciones (que no constituyan secretos comerciales) que él aprendió durante su empleo.

Casos en los cuales hay una estipulación limitativa de la competencia entre las partes. Son considerados válidos por las cortes solamente aquellos pactos que miren a proteger un derecho o un interés del ex patrono, susceptibles de protección bajo los principios que regulan la concurrencia desleal. Para que sea válido un tal pacto es necesario que sea cuidadosamente limitado a la protección de tales derechos e intereses, puesto que de otra manera sería nulo por ser contrario a la disposición contenida en el artículo 16.600 del Código de Negocios y Profesiones (Business and Professions Code) el cual establece que "todo contrato con el cual cualquier persona se obligue a abstenerse de ejercer una profesión, un comercio o un negocio lícito de cualquier género, es a tal efecto, nulo".

Remedios judiciales obtenibles por el ex patrono. La última parte del trabajo de Hays versa sobre los remedios que pueden ser obtenidos por el patrono, una vez reconocida por el juez la existencia de competencia desleal por parte de su ex dependiente. Tales remedios son:

- 1) La *injunction*.
- 2) El resarcimiento de los daños.

La *injunction*, en el sistema norteamericano, es una orden emanada de un tribunal con un contenido muy amplio, cuyo incumplimiento acarrea las sanciones penales correspondientes al delito de desacato al tribunal (*contempt of Court*).

En el campo que nos interesa, el objeto de la injunction contra el ex empleado desleal puede ser:

- a) La prohibición de vender o de entregar mercancía a los clientes del ex patrono;
- b) La prohibición de aceptar negocios con los que han sido clientes del patrono al tiempo de la relación contractual;
- c) La prohibición de distribuir, poner en uso, vender maquinarias fabricadas por el ex empleado aplicando secretos comerciales de su ex patrono;
- d) La obligación de devolver los archivos, los ficheros, los formularios, los materiales sin usar que han sido entregados por el patrono, etc.

En cuanto al resarcimiento de los daños, las cortes pueden conceder los dos tipos previstos en el sistema norteamericano, que son: los daños compensatorios (aunque sean algunas veces difíciles de determinarse) causados a los patronos y también, eventualmente, los daños ejemplares, es decir, aquellos daños que no se basan sobre un daño efectivo o eventualmente sufrido, sino que vienen pagados a la contraparte a título de pena para que sirva de ejemplo (como ocurrió en el caso *Southern Cal. Disinfecting Co. Vs. Lomkin*, 183 Cal. App. 2d. 431).

Benito Sansó

IMPRESO DURANTE ABRIL DE 1966
EN LA IMPRENTA UNIVERSITARIA
DE CARACAS

- Vol. XV — Acciones Posesorias. Ramiro A. Parra.
- Vol. XVI — Algunos problemas fundamentales del contrato por adhesión en el derecho privado. Gert Kummerow.
- Vol. XVII — El "Iter Criminis" (Prólogo del profesor Luis Jiménez de Asúa). José Antonio de Miguel Serrano.
- Vol. XVIII — El Proceso Civil y la Realidad Social. José Rodríguez U.
- Vol. XIX — La Protección Penal del Cheque en el Código de Comercio de 1955. Simón González Urbaneja.
- Vol. XX — La tutela de menores en el derecho venezolano (Teoría General). José L. Aguilar Gorrondona.
- Vol. XXI — Estudios acerca del régimen legal del petróleo en Venezuela. Rufino González Miranda.
- Vol. XXII — Estudios de Derecho Comparado. Roberto Goldschmidt.
- Vol. XXIII — La Tipicidad. Jorge Sosa Chacín.
- Vol. XXIV — Opinión Jurídica. René De Sola.
- Vol. XXV — Lógica jurídica. Ulrich Klug.
- Vol. XXVI — Necesidad, apertura y constitución de la tutela ordinaria de menores en el Derecho venezolano. José Luis Aguilar Gorrondona.
- Vol. XXVII — Nuevos estudios de Derecho Comparado. Roberto Goldschmidt.
- Vol. XXVIII — Introducción al estudio del Derecho. José Alberto y Luis Eduardo Zambrano.
- Vol. XXIX — El Contrato de Conserjería en el Derecho venezolano. Arturo Luis Torres Rivero.
- Vol. XXX — Esquema del daño contractual resarrible según el sistema normativo venezolano. Gert Kummerow.
- Vol. XXXI — ⁴La nacionalidad venezolana originaria (Tomo I). Gonzalo Parra Aranguren.
- Vol. XXXII — La nacionalidad venezolana originaria (Tomo II). Gonzalo Parra Aranguren.
- Vol. XXXIII — Ensayo sobre la adquisición a non domino de bienes muebles. Gert Kummerow.
- Vol. XXXIV — Hechos Antisociales del Menor. Luis Villalba-Villalba.
- Vol. XXXV — Estudios de Derecho Industrial. Benito Sansó e Hildegart Rondón de Sansó.

