

REVISTA
de la
FACULTAD
de
CIENCIAS
JURIDICAS
Y POLITICAS

CARACAS, 1992
No. 85



SUMARIO

Presentación, <i>Fernando Parra Aranguren</i>	5
DOCTRINA	
El juez natural en los delitos militares, <i>Asdrúbal Aguiar</i>	15
Unificación del Derecho Procesal en Iberoamérica, <i>Sandra Alvarez Bernée de Escalona</i>	35
Metodología y técnica jurídica, <i>José Manuel Delgado-Ocando</i>	63
El centenario de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, <i>Gonzalo Parra Aranguren</i>	75
Los partidos y la reforma del sistema político, <i>Miguel VanderDijs</i>	101
LEGISLACIÓN	
La inherencia y la conexidad de actividades en el Derecho venezolano, <i>Rafael Alfonzo Guzmán</i>	151
El salario en la nueva Ley Orgánica del Trabajo, <i>Tulio Alberto Alvarez</i> . 169	
El salario y los elementos que lo integran, <i>Victor M. Alvarez</i>	197

Algunas consideraciones sobre el artículo 8 de la LOT, con referencia a la inaplicabilidad del llamado fuero sindical a los empleados públicos,
Rómulo Parra Jara 217

Los funcionarios públicos y la Ley Orgánica del Trabajo. El galimatías del artículo 8, *Humberto Villasmil Prieto* 235

COLABORACIONES INTERNACIONALES

Armonización y unificación del Derecho privado en América Latina:
esfuerzos, tendencias y realidades, *Alejandro M. Garro* 281

TRABAJOS DE ASCENSO

Situaciones de hecho, consideraciones sobre la recepción del hecho en el Derecho de Familia venezolano, *César José Ramos* 335

NOTICIAS DE LA FACULTAD 417

Presentación

1. Este número de la Revista está dividido en cinco secciones: Doctrina, Legislación, Colaboraciones Internacionales, Trabajos de Ascenso y Noticias de la Facultad.
 2. La primera contiene estudios de Asdrúbal Aguiar (**El juez natural en los delitos militares contra la cosa pública**), Sandra Alvarez de Escalona (**Unificación del Derecho Procesal en Iberoamérica**), José Manuel Delgado-Ocando (**Metodología y técnica jurídica**), Gonzalo Parra-Aranguren (**El centenario de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado**) y Miguel VanderDijis (**Los partidos y la reforma del sistema político**).
- A.- En Venezuela -afirma Asdrúbal Aguiar A., “sectores interesados han venido reclamando la sustracción, desde el fuero militar y hacia la jurisdicción penal ordinaria, del juzgamiento de los militares en actividad; y más específicamente, de aquellos quienes hayan incurrido en la comisión de delitos contra la ‘cosa pública’”.

Concluye afirmando “que la jurisdicción especial militar cumple con las exigencias constitucionales necesarias para afirmar su autoridad sobre los miembros activos de las Fuerzas Armadas Nacionales y posee competencia expresa para conocer de los delitos contra la administración militar excluyendo la competencia atribuida por la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio

Público a la novísima jurisdicción especial de salvaguarda". Esta jurisdicción especial "sólo puede aplicar las normas sustantivas contenidas en el Código de Justicia Militar", aun cuando "queda pendiente, a todo evento, la obligación del Poder Legislativo para restablecer mediante las reformas del caso, el principio constitucional de igualdad en la aplicación de la ley para los casos relacionados con la salvaguarda del patrimonio público".

B. De Sandra Alvarez Bernée de Escalona se divulga la ponencia presentada en el XI Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, celebrado en Tegucigalpa, Honduras, entre el 26 de abril y el 1º de mayo del presente año. Luego de indicar la necesidad de acercar los ordenamientos laborales de los países iberoamericanos, se refiere a los principios constitucionales y de Derecho Sustantivo tendentes a facilitar la igualación. Esto la lleva a concluir que la unificación de esta rama jurídica "es el medio idóneo para la realización de la justicia social. Sin embargo, la tendencia uniformadora procesal no se ha hecho sentir con igual intensidad que la del Derecho Sustantivo Laboral".

C. La meditación de José Manuel Delgado-Ocando se refiere a diversos temas: la dialéctica y la retórica, modalidades del pensamiento discursivo; la verdad formal y la ontológica; la lógica específica del Derecho; la técnica jurídica y el procedimiento de la controversia; la lógica jurídica y las reglas paralógicas o extralógicas; la unidad de la lógica; la técnica, fenómeno social; la técnica jurídica como técnica social específica y su función; la construcción y el sistema; las presunciones y las ficciones; y tópica y casuística.

D. Gonzalo Parra Aranguren comenta el centenario de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado celebrada en 1893, bajo la presidencia de Tobias M.C. Asser, con la participación de trece países. Su estudio, dividido en seis partes, hace referencia a los antecedentes; la primera etapa de la Conferencia: reuniones de 1893, 1894, 1900 y 1904; la segunda, reuniones de 1925 y 1928; la tercera, a partir de 1951, fecha de aprobación del "Estatuto de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado", vigente desde 1955, en la cual ha orientado sus esfuerzos a la solución de asuntos concretos (de índole administrativa, civil -sustantivo y adjetivo-, mercantil); a partir de 1980, se inició el período de apertura: se permitió la participación de Estados no-miembros, se modificó la política relacionada con la revisión de Convenciones, la cooperación con otros organismos y la obligación de

usar recomendaciones o leyes modelo y de modelos con el objeto de examinar el funcionamiento de la Convención; la última sección del trabajo está dedicada a la celebración del centenario, donde cabe destacar la posibilidad de utilizar el español, como uno de los idiomas oficiales de la Conferencia.

E. El ensayo de Miguel VanderDijs presenta la percepción de las actuales élites dirigentes sobre la necesidad de la descentralización del poder puesto en manos del Estado. De allí las líneas que orientaron el Proyecto de Reforma Integral del Estado, sobre las cuales existen acuerdos básicos, pero también discrepancias, particularmente, en la forma de concebir el papel del Estado frente a la sociedad civil y viceversa. Además de la parte introductoria, el autor hace mención a tres temas principales: estado de partidos y partidos políticos, los estatutos de los partidos y los partidos políticos como agentes de la democratización.

3. La segunda contiene diversos estudios sobre la Ley Orgánica del Trabajo: Rafael Alfonzo Guzmán (*La inherencia y la conexidad de actividades en el Derecho venezolano*), Tulio Alberto Alvarez (*El salario en la nueva Ley Orgánica del Trabajo*), Víctor M. Alvarez (*El salario y los elementos que lo integran*) Rómulo Parra Jara (*Algunas consideraciones sobre el artículo 8 de la LOT, con referencia a la inaplicabilidad del llamado fuero sindical a los empleados públicos*) y Humberto Villasmil Prieto (*Los funcionarios públicos y la Ley Orgánica del Trabajo. El galimatías del artículo 8*).

A. Rafael Alfonzo Guzmán plantea la problemática de las locuciones inherente y conexo pues “su significado y alcance constituye un espacio poco iluminado por la doctrina y la jurisprudencia nacionales, no obstante ser ellas la clave indispensable para determinar la vinculación solidaria entre el contratista de obras o servicios y su contratante o comitente”.

Los vocablos analizados “aluden (...) a la integración o interdependencia de acciones (trabajos, obras, servicios), de contratante y contratista, de tal modo que la actividad de éste aparece como un medio o instrumento para que culmine aquél el fin que persigue su actividad civil o mercantil”; “presupone la concurrencia de los trabajadores del contratante con los del contratista”; y “supone una necesidad permanente del contratista, por parte del contratante

(...) en el proceso de obtención del producto, como una fase unitaria del conjunto de acciones destinado a lograr el resultado, de tal manera que la serie de acciones de comitente y contratista integran una sola unidad”.

La esencia de tales conceptos -concluye- “ha de radicarse en la comprensión del quehacer del contratista en la esfera del quehacer del contratante, dentro de la cual se muestra como un sector o segmento indispensable para la integración de dicha esfera de actividad”. Esto es, “la inherencia o conexidad se muestra como **cualidad de lo que es parte inseparable de la actividad habitual, constante, del contratante, y no de lo que es extraño a ella, por estar fuera de su proceso técnico de desarrollo**, aunque le sirva de presupuesto o infraestructura”.

Con fundamento en estas ideas explica el por qué no existe el “nexo solidario preceptuado en el artículo 56 de la Ley Orgánica del Trabajo” entre la C.A. Metro de Caracas y las empresas que ejecutaron las obras de infraestructura requeridas para la actualización del objeto para el cual fue constituida, tal como se pretende en la acción intentada por Jean Paul Hubert por ante el Juzgado Cuarto de Primera Instancia del Trabajo en la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda (Expediente N° 10.738).

B. Tilio Alberto Alvarez pretente “establecer una delimitación del concepto legal de salario y reflejar la connotación de la institución en la relación de trabajo”. Para ello formula unas consideraciones generales sobre el tema, hace referencia a las categorías de salario, clases y protección del mismo, y la participación del trabajador en los beneficios de la empresa. Su análisis lo lleva a afirmar: “El énfasis del legislador en su protección y el sentido amplio que se mantiene en la nueva Ley Orgánica del Trabajo nos permite concluir que es por la vía de la revisión salarial que los trabajadores pueden obtener mejores condiciones de vida. No obstante, desvincular el salario de la productividad y desequilibrar la relación de trabajo con aumentos compulsivos, sin base económica alguna, sólo ocasionará acentuar los conflictos laborales y perjudicar la estabilidad de las empresas”.

C. De Víctor M. Alvarez, presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, se difunde la ponencia que presentara, en el II Congreso Venezolano de Derecho Social (Maracaibo, 1991), bajo el título **El salario y los elementos que lo integran**, donde comenta las innovaciones de la Ley Orgánica del Trabajo en este campo (Título IV, artículos 129 al 184, ambos inclusive). Luego de

formular unos planteamientos generales, hace referencia a los diversos tipos de salario, el concepto de salario justo, el salario mínimo, el salario normal, la propina, las limitaciones a su libre estipulación, los aumentos salariales por vía de decretos, la exclusión de éstos para el pago de las prestaciones, las utilidades como salario, el examen de inventarios y balances, las retribuciones que no constituyen salario y los incrementos con base en la productividad.

Sostiene en su ponencia -en relación con los aumentos ordenados por el Ejecutivo- que, en caso de suspensión de un decreto y promulgación de uno nuevo, la remuneración establecida en el último debe ser cancelada desde la fecha del primero con fundamento, entre otros, en el principio **in dubio pro operario**. Para mayores detalles sobre la materia, se sugiere al lector revisar la sección de Legislación, Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Católica Andrés Bello, Nº 45, Caracas, 1992, donde se difunden diversas opiniones sobre el tema.

D. El objeto perseguido en el estudio de Rómulo Parra Jara es definir cuál de las dos normativas -Ley de Carrera Administrativa (LCA) o Ley Orgánica del Trabajo (LOT)- resulta aplicable a los dirigentes de los sindicatos de empleados públicos. Con esta finalidad analiza “el contenido del artículo 8º de la citada Ley Orgánica, en los tres aspectos que éste contempla, a saber: la aplicación de la Ley de Carrera Administrativa en ciertas materias, la aplicación supletoria de la legislación laboral ordinaria y el acceso de los funcionarios públicos a las dos instituciones a las cuales éste se les había sido negado: contratación colectiva y huelga. A continuación analizaremos, a la luz de estas consideraciones, el problema concreto de la aplicabilidad o no al funcionario público de las normas contenidas en la Sección Sexta, Capítulo II, Título VII de la Ley Orgánica del Trabajo”.

De su meditación infiere el autor las siguientes conclusiones: el artículo 8 LOT crea un sistema mixto en relación con los empleados públicos; la LCA puede mejorar las condiciones establecidas en la LOT; las normas relacionadas con la contratación colectiva y la huelga sólo se aplican a los funcionarios de carrera y de acuerdo con la compatibilidad y exigencias de la Administración Pública; las normas sobre fuero sindical no regulan los funcionarios públicos y ello por diferentes razones: la LOT remite a la LCA en materia de estabilidad, motivo por el cual aquélla tiene carácter supletorio; la LCA consagra la estabilidad absoluta

de los funcionarios de carrera: ello hace innecesario e inadecuado aplicarle normas de inamovilidad; y, finalmente, porque, de aplicarse dichas reglas, se estaría modificando la jurisdicción natural (la del Tribunal de Carrera Administrativa), pues las decisiones del Inspector del Trabajo son revisables por los tribunales contencioso-administrativos ordinarios.

E. Humberto Villasmil Prieto -actualmente cursando estudios de doctorado en España- nos envía un estudio relacionado con los funcionarios públicos y la Ley Orgánica del Trabajo, contentivo de “los problemas que cabe esperar de la remisión” del artículo 8 del citado texto normativo a la Ley de Carrera Administrativa y al Título VII de la misma ley.

En opinión del autor, la evolución de la disposición -desde la presentación del Anteproyecto de Ley en 1985 hasta la sanción de la Ley en 1990- “no deja ver ideas muy claras sobre el origen y alcance de la regulación que para los funcionarios públicos se persigue”. Con miras a precisarlas, el Ejecutivo Nacional presentó un Proyecto de Reforma de la Ley de Carrera Administrativa donde se reconocían los derechos de negociación colectiva, de huelga y de sindicación a los empleados públicos.

La Confederación de Trabajadores de Venezuela, sin embargo, dio su apoyo irrestricto al artículo 8 de la Ley, y, al aprobarse, “la Reforma de la Ley de Carrera Administrativa dejó de tener sentido”. De este modo, la Central de laborantes “a la larga (...) hizo un mal negocio, cuyas consecuencias comienzan a notarse” como resultado de la vigencia del Reglamento para la negociación de condiciones colectivas de trabajo de los funcionarios públicos de carrera de 26 de junio de 1991.

4. La de Colaboraciones Internacionales divulga un estudio de Alejandro M. Gárrido, profesor de Derecho Latinoamericano de la Universidad de Columbia. El trabajo está dividido en tres partes. La primera “**pretende ubicar el tema de la unificación del Derecho Privado dentro de la perspectiva actual de creciente globalización de la economía y solidificación de áreas de libre comercio.** Luego haré un repaso de las dos etapas fundamentales en que se han dividido estos esfuerzos de unificación, destacando el rol protagónico asumido durante los últimos treinta años por el Comité Jurídico Interamericano de

la OEA'. Finalmente, se formulan algunos planteos respecto a los obstáculos con que se enfrentan las fuerzas de la unificación jurídica latinoamericana y se esbozan algunas perspectivas sobre la integración futura de los países de América Latina, a las corrientes universales del Derecho Mercantil internacional".

5. En la de Trabajos de Ascenso se difunde el denominado "**Situaciones de Hecho, Consideraciones sobre la recepción del hecho en el Derecho de Familia venezolano**" de César José Ramos, para optar a la categoría de Profesor Titular. Dicho estudio fue aprobado por el jurado examinador. El trabajo -precedido por una parte introductoria donde hace consideraciones de carácter general- hace referencia al concepto de situación de hecho y a diversos casos aceptados por el Derecho patrio: la separación conyugal, la posesión de estado y la filiación, el concubinato y dos situaciones relativas al Derecho de menores (la guarda de hecho y la acción alimentaria según el artículo 44, numeral 3º, de la Ley Tutelar de Menores). De los casos presentados extrae diversas conclusiones, entre las cuales destaca el cambio importante en la concepción clásica sobre la materia.

6. En la última sección, Noticias de la Facultad, se publican dos comunicaciones: una de la Directora de la Escuela de Derecho y la otra del Director de la Escuela de Estudios Políticos y Administrativos, ambas dirigidas a la Fundación Fernando Parra Aranguren indicándole los nombres de los candidatos de ambas escuelas para los premios Caracciolo Parra León y Oscar García Velutini, otorgados por esa Institución. De acuerdo con las mismas, el primero de los premios indicados -diplomá y treinta mil bolívares- lo ganó la abogada Roxana D. Orihuela G., cédula de identidad N° V-10.348.274, con un promedio de 18,70 puntos. El segundo -diploma y quince mil bolívares- le correspondió al estudiante Michael S. Penfold B., cédula de identidad N° V-10.334.058, con un promedio de 18,60 puntos. La premiación se llevará a cabo en la oportunidad que fijen las autoridades.

Se da noticia, además, de la aparición de **Academia**, boletín de opinión jurídica y política universitarias editado por un grupo de profesores y estudiantes.

Finalmente, se incluyen las palabras pronunciadas por la abogada Roxana D. Orihuela G. en el acto organizado por la Facultad con motivo de la culminación de los estudios de la promoción de 1991.

7. La Coordinación de la Revista agradece la colaboración recibida en la publicación de este número y espera que el material presentado sea del interés de los lectores. Aprovecha, asimismo, la oportunidad para reiterar su gratitud a quienes le han prestado, y le siguen prestando, su generosa colaboración para que su publicación sea una realidad.

Caracas, 20 de julio de 1992.

Fernando Parra Aranguren

Doctrina



El juez natural en los delitos militares

Asdrúbal Aguiar A.
Universidad Católica Andrés Bello
Universidad Central de Venezuela

Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, N° 85,
Universidad Central de Venezuela
Caracas, 1992



El reconocimiento de la autonomía propia y de la sustantividad definida del Derecho Penal Militar, en tanto que derecho especial, según afirmaba el maestro **José Rafael Mendoza Troconis**, es común a los escritores de Derecho Penal. El carácter también especial de la Administración Militar, como “diferente de los otros servicios del Estado”, data de muy antigua fecha, a un punto tal que, dentro del Derecho hispánico, se citan como antecedentes las Ordenanzas firmadas por Fernando el Católico e Isabel I en el año de 1503, en Barcelona y en Monasterio, respectivamente.¹

En Venezuela, sin embargo, dada la atipicidad de su controversia política, sectores interesados han venido reclamando la sustracción, desde el fuero militar y hacia la jurisdicción penal ordinaria, del juzgamiento de los militares en actividad; y más específicamente, de aquellos quienes hayan incurrido en la comisión de delitos contra la “cosa pública”, todavía admitiéndose que para su realización les fue necesaria la detención o el ejercicio de funciones públicas de naturaleza castrense.

En las apuntaciones que siguen trataremos de abordar algunos aspectos de esta delicada temática, apegados a las orientaciones constitucionales y legales que nos aporta el Derecho patrio y situándonos en una perspectiva que se adapte, en última instancia, con la vigencia y garantía de los derechos fundamentales de

¹ MENDOZA T. José Rafael: **Curso de Derecho Penal Militar venezolano**. Caracas, Empresa El Cojo C.A., 1976. Tomo I, p. 7 y Tomo II, p. 262.

la persona². A tal efecto, desdoblaremos nuestra argumentación en las siguientes hipótesis de trabajo:

- a. La relativa a los conflictos de jurisdicción y de competencia que puedan plantearse entre los Tribunales Militares y los Tribunales Ordinarios para el juzgamiento de los miembros de las Fuerzas Armadas incursos en delitos contra la cosa pública.
- b. La concerniente a la aplicación, en el caso **sub judice**, de las normas sustantivas y procesales relacionadas con los delitos contra la cosa pública, contenidas ellas ora en el Código de Justicia Militar ora en la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público.

En cuanto al primer aspecto, cabe observar por vía preliminar lo siguiente:

Por jurisdicción hemos de entender “la facultad de administrar justicia de acuerdo con la Constitución y la ley, facultad delegada por el Estado a los jueces y tribunales”. La misma puede ser tanto ordinaria como especial.³

La competencia, por otra parte, refiérese al “conjunto de factores que determinan el ámbito dentro del cual un juez puede administrar justicia... (lo cual) depende de la calidad del agente, de la naturaleza de la infracción y del lugar donde ésta se haya cometido”. La misma también es conocida o identificada por la doctrina como “capacidad objetiva” de los jueces para administrar justicia.⁴

Así las cosas, en orden a la primera de las mencionadas hipótesis debe tenerse presente que el texto constitucional de 1961 atribuye a la competencia del poder nacional “la administración de justicia y la creación, organización y competencia de los tribunales;...” (cfr. artículo 136-23 *eiusdem*). En otras palabras,

² Compartimos en esta línea de pensamiento, la posición que recuerda “que la persona humana es la destinataria última del proceso penal y su dignidad y derechos correlativos deben, en toda ocasión, ser tenidos en cuenta y salvaguardados debidamente”. Así, Pedro J. Bertolino: *El funcionamiento del Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires, Depalma, 1985, p. 228.

³ OLIVAR BONILLA, Leonel: *Temas de Derecho Penal militar*. Bogotá, Editorial Temis, 1975, p. 71.

⁴ *Ibidem*.

corresponde a la ley nacional precisar, según los lineamientos constitucionalmente pre establecidos, la jurisdicción y, de manera subsiguiente, resolver lo relativo a la competencia de los tribunales.

En efecto, establece la Constitución de la República lo siguiente:

Artículo 204. El Poder Judicial se ejerce por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que determine la ley orgánica, (destacado nuestro).

Artículo 207. La ley... establecerá las normas relativas a la competencia, organización y funcionamiento de los tribunales en cuanto no esté previsto en esta Constitución, (destacado nuestro).

Estas normas, por otra parte, son esenciales para comprender, a renglón seguido, los alcances de otra disposición constitucional cuya consideración resulta necesaria para resolver la cuestión jurídica planteada. Nos referimos, específicamente, a la previsión según la cual, como garantía de la libertad y seguridad personales del ciudadano, ninguno de ellos “podrá ser juzgado sino por sus jueces naturales...” (artículo 69 *ejusdem*) o por los que, en palabras utilizadas por la doctrina española, se conocen como *jueces de ley*⁵.

Ahora bien, de cara a la disposición contenida en la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas Nacionales que, de manera general, prevé en su artículo 211 que “**todos los miembros de las Fuerzas Armadas Nacionales en situación de actividad estarán sometidos a la jurisdicción militar en los términos que prescribe la Ley**”, cabría respondernos, en primer término, lo siguiente:

Gozan los jueces militares de jurisdicción en los términos previstos por el constituyente y, de ser ello así son, los mismos, jueces de ley o jueces naturales de los miembros activos de las Fuerzas Armadas.

⁵ Así, cf. Vicente Gimeno Cendra: *Constitución y proceso*. Madrid, Tecnos, 1988, pp. 56 y ss.

“Siendo la Constitución la primera Ley, a cuyo respeto y observancia se comprometen no sólo los ciudadanos, sino también los poderes públicos, se infringiría claramente el principio del juez legal si se creara cualquier órgano con funciones judiciales en el que estuviera ausente alguna de las notas esenciales que conforman la Jurisdicción (así, la independencia, inamovilidad, responsabilidad y sujeción de los jueces al imperio de la ley) o de los principios que han de presidir la actuación de los Juzgados y Tribunales (así, caso de violentarse las reglas de asignación de atribuciones y de competencia, con el fin de que v.gr. un tribunal de excepción conozca de un caso particular e individualizado o de un grupo de esos casos); supuesto, este último, que además conllevaría, en nuestra opinión, a una violación del principio constitucional de igualdad ante la Ley^{6,7}.

Hemos de recordar que la llamada “jurisdicción especial” indispensable, dada la “complejidad (creciente y contemporánea) de las relaciones jurídicas”, es establecida y reconocida expresamente por la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuyo fundamento encuéntrase en el artículo 204 de la Constitución reseñado *ut supra*. La doctrina patria refiere, apropiadamente y al comentar la existencia y justificación de las jurisdicciones especiales (que no de excepción), cómo “de la jurisdicción civil ordinaria se han desprendido primero la jurisdicción mercantil y luego la del trabajo” y cómo el castigo de los delitos y faltas no está encomendado de modo exclusivo a los tribunales penales ordinarios”, pues los hay también de hacienda, de menores y militares y, agregariamos nosotros, los hay también de salvaguarda del patrimonio público⁸.

⁶ *Ibidem*.

⁷ En lo relativo al principio de la igualdad, vid. Gregorio Pece-Barba: *Los valores superiores*. Colección Temas Clave de la Constitución Española. Madrid, Tecnos, 1986; pp. 148 y ss.; Miguel Rodríguez-Piñero y María Fernanda López: *Igualdad y discriminación*. Colección Temas Clave de la Constitución Española. Madrid, Tecnos, 1986, *passim*; Luis Carlos Sánchez: *Derecho constitucional de la libertad*. Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1988, pp. 34 y ss.

⁸ Acerca de los antecedentes del llamado “fuero militar”, conocido desde la época imperial romana cuando el Emperador Constantino transfirió al Magister Militum la potestad y jurisdicción que tenía sobre los soldados el prefecto del Pretorio; consultese a Mendoza T., *op. cit.*, I, pp. 27 y ss. Por otra parte, en lo relativo a la distinción entre las jurisdicciones excepcionales (por nosotros llamadas de excepción) y las jurisdicciones de excepción (que llamamos “especializadas”), la doctrina anota como características distintivas de aquellas las siguientes: “Su composición da cabida, en general, al lado de los magistrados de carrera..., a elementos extrajudiciales...; y, en cuanto al procedimiento, frecuentemente se ven reducidas de forma más o menos considerable “las garantías que el derecho común asegura al acusado”, excluyéndose además toda vía para los recursos (cf. Jean Rivero: *Les libertés publiques: 1. Les droits de l'homme*. París, Presses Universitaires de France, 1987, pp. 161 y ss.).

Tratándose de la jurisdicción especial militar, la antes mencionada Ley Orgánica le otorga su específico reconocimiento al señalar que “la elección de los Tribunales Militares se hará de conformidad con el Código de Justicia Militar” (Cfr. parágrafo 2, artículo 2 ejusdem); a lo que luego agrega, que “corresponde Poder Judicial conocer, salvo las excepciones expresamente establecidas por la Ley, de las causas y asuntos civiles, mercantiles, penales... militares (destacado nuestro), políticos, administrativos...; decidirlos definitivamente y ejecutar o hacer ejecutar las sentencias que dictare” (cfr. artículo 4 ejusdem).

De su parte, el Código de Justicia Militar, garantiza en el caso de los tribunales militares las notas distintivas de la constitucionalidad de su jurisdicción, al prever la autonomía funcional y de elección de los respectivos jueces (artículos 2, 33, etc.), su inamovilidad (artículos 31, 42 y 49), su responsabilidad (artículos 577 a 590) y su sujeción al imperio de la Ley (artículo 1).

Pero, además, la “especialidad” de la jurisdicción militar, según las previsiones del indicado Código, se admite y justifica predominantemente **rationae materiae** y no necesariamente **rationae personae**, con lo cual la existencia de dichos tribunales mal podría reputarse de violatoria del principio constitucional de igualdad ante la Ley y, por ende, constitutiva de un supuesto privilegio en favor de quienes son miembros activos de las Fuerzas Armadas Nacionales. Antes bien, como lo anota Balda Cantisani:

*“La necesidad de esa separación radica en la circunstancia de que, en presencia de un tribunal ordinario, el militar culpable aparecería menos culpable de lo que en realidad es, ya que lo juzgarían jueces para quienes la importancia de la disciplina no reviste el carácter exacto que se le debe impartir desde el punto de vista castrense”*⁹.

En fin, la identificación dentro de los tribunales militares de Venezuela de las señaladas notas distintivas de lo que representa la jurisdicción, es lo que

⁹ BALDA CANTISANI, Germán: *Derecho Penal militar*. Caracas, Editorial San Camilo, 1949, pp. 14-15.

impide puedan reputárseles como “tribunales de excepción”; los que -según la doctrina clásica ya abandonada- sólo cabría admitir en el supuesto de que tales fueros excepcionales tuviesen su explicación en la mera repartición de atribuciones y de competencia¹⁰. De manera tal que, conforme lo prevé el artículo 21 *eiusdem*, en concordancia con el artículo 211 de la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas Nacionales, el conocimiento de los delitos comunes de los militares en actividad, siempre y cuando la comisión de los mismos no tenga lugar dentro de instalaciones militares o, fuera de ellas si la comisión del respectivo delito se originó por el ejercicio de funciones o comisiones militares, corresponderá siempre a la jurisdicción penal ordinaria.

Igualmente, el reconocimiento de la jurisdicción especial militar tampoco vulnera, a nuestro juicio, el principio superior de unidad y exclusividad jurisdiccional, pues además de darse en ésta las ya señaladas notas distintivas de la jurisdicción, tanto en la elección de sus jueces como en la revisión de sus causas la misma queda sujeta a la autoridad jerárquica de la Corte Suprema de Justicia, que es el más alto tribunal de la República a tenor del artículo 211 de la Constitución. En este orden, el Código de Justicia Militar contempla el recurso de casación en los juicios penales militares, el cual procede a petición de parte o, también de oficio y en interés del reo cuando la sentencia correspondiente imponga pena de presidio (*vid. artículos 343 a 349 ejusdem*)¹¹.

¹⁰ GIMENO *op. cit.*, p. 59.

¹¹ Sobre los alcances de la casación en materia militar y la idea según la cual parecería conveniente crear un Supremo Tribunal de Mérito, a fin de que garantice la unidad de interpretación de la ley castrense, refiérese ampliamente el ex Fiscal General de la República, César Naranjo-Osty. Véase su tesis, “El proceso penal militar por delitos para tiempos de paz: Relaciones con el enjuiciamiento criminal común” (1940), en la obra colectiva *Derecho Penal militar*. Caracas, Ministerio de la Defensa/Dirección del Servicio de Justicia Militar, s/f, pp. 121 y ss. A su vez, en cuanto al debate sobre el principio de unidad de la jurisdicción, véase a Rivero, *op. cit.*, pp. 250 y ss. El mismo apunta, en lo particular, que la unidad de jurisdicción fue la solución liberal inicial inglesa que, a su vez, tuvo gran influencia en las revoluciones liberales del siglo XIX en América del Sur. Y agrega que, la tradición francesa ha sido inversa, favorable al dualismo jurisdiccional. Cita Rivero, en tal sentido, que tratándose v. gr. de la creación de una autoridad jurisdiccional especializada dentro de lo contencioso-administrativo, criticada por los ingleses al ver en ésta el producto de las creaciones consulares e imperiales napoleónicas, no cabe duda que “el juez administrativo conoce mejor la administración (y, por lo tanto), puede censurar los abusos mejor que un juez judicial (u ordinario), quien mal puede conocer todos los aspectos del problema a él sometido” (*Ibidem, loc. cit.*). No deja de mencionar el citado profesor emérito de la Universidad de París, sin embargo, que mediante Ley del 21 de julio de 1982 fueron suprimidos, para los tiempos de paz,

De lo antes dicho se colige y así lo admitimos, que la jurisdicción militar, por haber sido reconocida en la Ley Orgánica del Poder Judicial, por poseer las notas constitucionales distintivas de la jurisdicción conforme se desprende del Código de Justicia Militar, por afirmar su especialidad **rationae materiae** y no sólo **rationae personae**, mal puede reputarse de inconstitucional o de foro privilegiado violatorio del principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley, como tampoco puede desconocerse, por vía de consecuencias, que sus jueces son jueces **naturales y legales** de cara a los miembros en actividad de las Fuerzas Armadas Nacionales y tratándose del juzgamiento de los delitos de carácter militar.

Deslindado, entonces, este escenario conceptual y normativo, cabría revisar y respondernos lo siguiente: Cómo se concilia la autoridad de la jurisdicción especial militar y el carácter “natural” de sus jueces para conocer de los delitos en que hayan incurrido los miembros activos de las Fuerzas Armadas Nacionales, con el ejercicio de la competencia particular que a la jurisdicción especial de salvaguarda le confiere la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, a fin de que conozca de los delitos cometidos contra la cosa pública por “los funcionarios y empleados públicos” y demás personas que se indican en ella (cfr. artículos 1 y 81 *ejusdem*).

En nuestra precedente exposición ya citamos los supuestos necesarios que debe llenar el juez de causa a fin de que se le admita, desde un punto de vista constitucional, como juez legal o natural de determinados ciudadanos y, en el caso comentado, los militares en servicio activo. Y decíamos, al respecto, que el juez legal, para serlo, debe tener, además de jurisdicción, competencia, la cual, a tenor del artículo 207 de la Constitución vigente, corresponde fijarla a la ley en cuanto no esté prevista por la misma Constitución.

los tribunales permanentes de las fuerzas armadas. Los delitos de los militares franceses son ahora juzgados por un tribunal de “gran instancia” y, los crímenes, por una Corte de Audiencias “compuesta exclusivamente de magistrados” y que incluye un jurado “no judicial”. Lo cual tampoco supuso, y ello es bueno advertirlo, una total eliminación de la jurisdicción especializada militar, tanto que, “los tribunales de las fuerzas armadas todavía subsisten, en tiempos de paz, para las tropas estacionadas y que operen dentro de Francia”. Comenta Rivero, además, que la experiencia -en cuanto al juzgamiento de los crímenes de los terroristas- ha demostrado que la Corte de Audiencias sustitutiva de la jurisdicción militar queda totalmente paralizada e imposibilitada de formar el “jurado”, una vez que comienzan las amenazas personales contra los magistrados (*Ibid.*,).

En este sentido, cabe reparar que la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas Nacionales, al prever que todos sus miembros “en situación de actividad estarán sujetos a la jurisdicción militar” (vid. artículo 211 *eiusdem*), deja entrever que el carácter natural de sus jueces podría quedar subvertido por mandato legal, cuando tal mandato, agregaríamos nosotros, fije normas relativas a la competencia que desplacen, por ejemplo, el conocimiento de determinadas materias y dada su naturaleza desde la jurisdicción militar hacia la jurisdicción penal ordinaria. Ello corrobora, tanto la citada norma de la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas Nacionales al disponer que la sujeción de los militares a la jurisdicción militar tendrá lugar “en los términos que prescribe la Ley”, cuanto las previsiones específicas del Código de Justicia Militar que, a título de ejemplo, fijan como excepción a la autoridad de la jurisdicción militar el conocimiento de los delitos comunes en que incurran los miembros activos de la Fuerzas Armadas (cfr. *ut supra*).

Así las cosas, la solución del interrogante precedente, no es de fácil acometimiento:

La Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, ciertamente, al determinar el objeto de su regulación indica que el mismo no es otro que “**prevenir, perseguir y sancionar el enriquecimiento ilícito y los delitos contra la cosa pública que en ella se determinan**” (destacado nuestro); y, al precisar el ámbito personal de su validez, no fija exclusiones o diferenciaciones salvo en lo relativo a la determinación del tribunal competente para conocer de las causas de salvaguarda en primera instancia. Tanto es así que, el artículo 1 *eiusdem*, apenas refiere como sujetos de la Ley, de manera genérica, **(a) los funcionarios y empleados públicos y demás personas que se indican en ella** (destacado nuestro). A su vez, el **artículo 2** de la indicada Ley Orgánica, al explicar quiénes se consideran funcionarios o empleados públicos y, por ende, sujetos de la ley, cita a todos quienes “están investidos de funciones públicas, permanentes o transitorias, remuneradas o gratuitas, originadas por elección, por nombramiento o por contrato otorgado por la autoridad competente, al servicio de la República, de las Entidades Federales, Municipios o de algún instituto o establecimiento público sometido por la ley a control de tutela, o de cualquier otro tipo, por parte de dichas entidades”.

Aún más, la Ley Orgánica de Salvaguarda, no se limita a considerar como funcionarios o empleados públicos a quienes están investidos de funciones

públicas, sino que, para los fines de reprimir los delitos contra la cosa pública, extendió expresamente tal condición a los directivos y administradores de entes descentralizados e, incluso, los mismos particulares en los casos previstos por dicha ley.

Tal es la amplitud y generalización de dicha norma que, la propia doctrina, interpretando los alcances del artículo 2 *eiusdem* y discriminando quienes, de manera particular, “están investidos de funciones públicas”, cita que son todos los funcionarios al servicio del Poder Legislativo incluidos diputados y senadores, al servicio del Poder Judicial, al servicio de la administración central y descentralizada, al servicio de las administraciones estatales y municipales e incluso, los funcionarios y empleados al servicio de administraciones con autonomía funcional como la Contraloría General de la República, el Ministerio Público, el Consejo de la Judicatura y el Consejo Supremo Electoral¹². No se producen, en efecto y según lo ya dicho, exclusiones para los fines de la aplicación de dicha ley; y, además, la competencia de los órganos predeterminados para exigir las responsabilidades correspondientes (civiles, penales y administrativas) se presume establecida, a nuestro juicio, *rationae materiae* y no *rationae personae*.

En esta línea de pensamiento cabría admitir, inicialmente, que no habiendo fijado la Ley Orgánica de Salvaguarda distinciones en cuanto al ámbito personal de su validez, mal puede el intérprete establecerlas; toda excepción legal, en efecto, no puede presumirse y ello constituye principio general e indiscutible de Derecho. Y siendo así las cosas, habiéndose reservado la competencia para el conocimiento de los delitos contra la cosa pública la jurisdicción especial de salvaguarda, vendría de suyo que los jueces por ella predeterminados, teniendo jurisdicción y competencia, son jueces naturales o de ley incluso para quienes sean miembros activos de las Fuerzas Armadas Nacionales.

Por otra parte, si se llegase a sostener que la previsión final del artículo 211 de la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas Nacionales, que dispone el sometimiento

¹² BREWER CARIAS, Allan R.: “La responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos”, en la obra colectiva *La Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1983, pp. 29 y ss.

de los miembros activos de las Fuerzas Armadas a la jurisdicción militar “en los términos que prescribe la Ley”, tiene un carácter meramente tautológico y no alude a condición alguna para la aplicación de la señalada norma, también cabría observar que la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público es posterior y, por ende, en caso de conflictos entre una y otra Ley Orgánica la colisión ha de resolverse mediante la aplicación del principio jerarquizador *lex posteriori derogat priori*.

Según nuestra percepción, sin embargo, no desconociendo el peso que podrían ejercer estas últimas argumentaciones para la solución al problema que plantea la hipotética colisión entre la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas Nacionales y la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, tratándose del enjuiciamiento de militares en servicio activo que hayan incurrido en la comisión de delitos contra la cosa pública, el esfuerzo interpretativo debe ponderar no sólo los aspectos formales sino también y fundamentalmente aquellos de carácter sustantivo relacionados con la aplicación de una u otra ley.

Entonces, obviando la máxima de la experiencia que nos informa acerca de los muy variados vicios de inconstitucionalidad y de redacción, aunados a las también múltiples omisiones que acusa la Ley Orgánica de Salvaguarda y que se explican en el apresuramiento con el cual ésta se redactó y sancionó, cabe tener presente lo siguiente: si bien es cierto que la mencionada ley no fija exclusiones en cuanto a los funcionarios o empleados públicos sujetos a su imperio, llama poderosamente la atención, en lo relativo al ámbito material de validez de la ley y a la naturaleza de los delitos que prescribe, que el artículo 109 *ejusdem*, al prever la derogatoria expresa de las Leyes de Responsabilidad de Funcionarios, de 1912, y de Enriquecimiento Ilícito, de 1974, así como de las normas del Código Penal relativas a los delitos contra la cosa pública, no haya incluido las normas correspondientes del Código de Justicia Militar que tipifican los delitos contra la Administración Militar (artículos 570 al 572 *ejusdem*).

De haber entendido el legislador que la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público conllevaba la sustracción plena y consiguiente derogatoria de las normas sustantivas sobre salvaguarda, contenidas en la legislación militar y de aquellas atributivas de competencia en favor de los Tribunales Militares para el juzgamiento de los referidos delitos contra la cosa

pública cuando fuesen cometidos por miembros activos de las Fuerzas Armadas Nacionales, nada más elemental que la misma hubiese proveído lo conducente, como así lo hizo en el caso de las normas contenidas en el vigente Código Penal.

En orden a esta línea de pensamiento, parece prudente se tengan presentes las apreciaciones de la doctrina patria y extranjera, acerca de la autoridad de la jurisdicción especial militar para el juzgamiento de los miembros de las Fuerzas Armadas.

Alberto Arteaga Sánchez, ex decano de la Facultad de Derecho de la UCV y penalista de muy reconocida trayectoria, al referirse en su libro **Estudios de Derecho Penal** al conflicto de competencia que se presentó entre los tribunales ordinarios y los militares a raíz del enjuiciamiento del ex presidente de la Corte Marcial, general retirado Pedro María Díaz Paredes por el delito de tráfico de drogas, apuntó lo siguiente:

*"Tratándose de militares retirados, integrados por tanto a la vida civil con todos los derechos y obligaciones que a tal situación le son inherentes, su enjuiciamiento, por hechos punibles que no son per se militares, corresponde a los tribunales penales ordinarios (destacado nuestro)"*¹³.

De lo dicho inferimos, entonces, que el criterio rector para definir la competencia de la jurisdicción especial militar, ha de radicar en la naturaleza del respectivo delito como delito militar. Y le corresponde a la ley, obviamente, definir en qué casos se está ante un delito militar por oposición a los comunes o a los especiales cuyo conocimiento corresponde a otras jurisdicciones también especiales como la militar (así, la jurisdicción especial de Hacienda). Ya indicamos, con anterioridad, que el Código de Justicia Militar tipifica como delitos militares los indicados en él y asimila a éstos los delitos comunes caso de concurrir en su comisión determinados elementos que están previstos expresamente por el indicado Código.

¹³ ARTEAGA SANCHEZ, Alberto: **Estudios de Derecho Penal**. Caracas, Editorial Jurídica Alva srl, 1987, pp. 203 y ss.

Cabría interrogarse, entonces, si el delito contra la cosa pública, cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción especial de salvaguarda, puede ser considerado en determinados supuestos un delito típicamente militar.

Al respecto, es pertinente no olvidar que antes de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Salvaguarda, el Código Penal vigente tipificaba dentro de los delitos comunes los llamados delitos contra la cosa pública, sin que ello fuera óbice para admitir que, junto a éstos, también existían y se reconocían en su tipicidad los “delitos contra la administración militar”, cuyo juzgamiento siempre ha correspondido a la jurisdicción especial militar. Pero, nos parece más interesante la opinión que acerca de este punto introduce la doctrina colombiana, representada por el profesor Antonio Cancino Moreno, Titular de Derecho Penal de la Universidad Externado de Colombia. En su enjundiosa monografía sobre **El delito de peculado en el nuevo Código Penal**, señala Cancino lo siguiente:

“Nada fácil ha sido la interpretación jurisprudencial y doctrinal que durante más de un siglo se le ha dado a la cualificación que el legislador otorga a los sujetos activos de delitos cometidos con abuso de la función pública... “Para nadie es extraño que la ausencia de una definición del concepto de funcionario público..., produjo casi insalvables complicaciones hermenéuticas, las cuales, obviamente, abrieron las puertas a la impunidad. La disposición que se comenta, esto es, el artículo 63 del Código Penal, en verdad soluciona la mayoría de las dificultades... que se presentaban en el anterior estatuto”... Aunque los miembros de las Fuerzas Armadas (Ejército, Armada, Aviación, Policía) son, según el caso, funcionarios o empleados públicos y en consecuencia no hacía falta especial referencia, la clarificación tampoco produce efectos negativos. Lo que ocurre en la realidad es que cuando el delito de peculado es cometido por “militares” en servicio activo, como el ilícito exige la relación funcional, serán las autoridades de justicia castrense las encargadas de juzgarlos, pues por una parte, se dan las exigencias para la actuación de esta jurisdicción especializada y por la otra, el Código de Justicia Penal Militar regula las figuras en los artículos 231 y ss., aunque las considera como infracciones contra los bienes del Estado, sin que se pueda pensar que el nuevo

*Código introdujo modificaciones que lleguen a tener incidencia en la estructura de los tipos de Código de Justicia Penal Militar..." (destacado nuestro)*¹⁴.

Esta calificada opinión, así lo creemos, se adecúa plenamente para resolver el caso a que se contraen estas apuntaciones y, la acogemos como válida en defecto de la hipotética conclusión contraria que avanzamos anticipadamente, a título de mero ejercicio especulativo. A todo evento, dado el argumento precedente de que la Ley Orgánica de Salvaguarda privaría, en todo caso, sobre la previsión de la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas Nacionales dado su carácter posterior, conviene observemos lo siguiente:

Así como existe el principio jerarquizador **lex posteriori derogat priori**, su aplicación amerita de una plena coincidencia entre los ámbitos de vigencia personal, material y espacial de una ley frente a la otra, descontando que las mismas tengan igual autoridad y naturaleza legislativa. Pues, de no coincidir los indicados ámbitos de validez, mal podría operarse la derogatoria de la norma precedente o anterior por la sola entrada en vigencia de la norma posterior. Y, en este sentido, si bien podría alegarse que el ámbito personal de validez de la Ley Orgánica de Salvaguarda coincide con el de la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas Nacionales, siendo que aquélla no discrimina o fija exclusiones entre los sujetos que considera "investidos de la función pública", debiendo estimar dentro de tales a los militares en actividad, no parece que ocurre lo mismo en lo relativo al ámbito material de una y otra Ley Orgánica.

La Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público tipifica, en efecto, los delitos contra la cosa pública; pero, por su parte, el Código de Justicia Militar si también tipifica delitos contra la cosa pública lo hace sólo en el caso de los delitos en cuya comisión surge como elemento determinante la relación funcional de carácter militar. Y, en este supuesto, el principio jerarquizador en caso de conflictos de competencia ya no es el de primacía de la ley posterior sobre la anterior, antes bien se impone aquel según el cual **lex specialis derogat**

¹⁴ CÁNCINO, Antonio M.: **El peculado**. Bogotá, Temis, 1983, pp. 22 - 23.

generales¹⁵. No cabe duda, ciertamente, que si los delitos de salvaguarda y la jurisdicción correspondiente asumieron carácter especial frente a los delitos comunes tipificados por el Código Penal y a la jurisdicción de los respectivos tribunales penales ordinarios, igualmente, los delitos contra la cosa pública militar y la jurisdicción militar poseen como nota distintiva su especialidad frente a la generalidad de las normas y de la jurisdicción "ordinaria" de salvaguarda del patrimonio público. Y es éste, definitivamente, nuestro criterio para los fines del presente estudio.

En la parte inicial de este documento, desdoblamos metódicamente la cuestión jurídica de cuya resolución nos hemos venido ocupando en los párrafos anteriores. Quizás ellos sean bastantes y suficientes para la clarificación de nuestras dos hipótesis de trabajo.

Empero, no teniendo nosotros duda alguna acerca de que los jueces de la jurisdicción militar son los jueces naturales y de ley de los militares en servicio activo de las Fuerzas Armadas Nacionales y, por ende, competentes para conocer de los delitos contra la cosa pública en que éstos hayan incurrido con ocasión de sus funciones militares, nodejamos de albergar algunas vacilaciones en cuanto a las normas sustantivas que, para el caso aquí reseñado, debe aplicar en Derecho el juez militar competente.

Este punto en particular lo apreciamos de complejo y delicado, pues involucra aspectos sustanciales de orden constitucional que ameritarían de jerarquizaciones diferentes de las anteriores.

Ciertamente que, si se compara el contenido normativo del vigente Código de Justicia Militar con el de las normas del Código Penal referidas a los delitos contra la cosa pública y que fueron derogadas por la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, puede apreciarse que, comparativamente, en uno y otro caso, las tipificaciones de las correspondientes conductas delictivas y las consecuencias jurídicas previstas al respecto, guardaban una razonable proporcionalidad. De manera tal que, desde un punto de vista

¹⁵ Cfr. artículo 7 del Código Penal y artículo 14 del Código Civil.

sustantivo y al margen de los argumentos que justifican la necesidad de una jurisdicción especial militar, mal podría haberse argumentado que el tratamiento dispensado por la legislación penal militar a los militares en actividad, tratándose de los delitos contra la cosa pública, fuese de carácter discriminatorio frente a los otros ciudadanos no poseedores de la mencionada cualidad.

Entre las normas sustantivas y procesales que fija la nueva Ley Orgánica de Salvaguarda y las que, para situaciones similares establece el Código de Justicia Militar, por el contrario es manifiesta la brecha tratamiento jurídico que, por parte de la jurisdicción especial militar y la jurisdicción especial de salvaguarda recibirían militares y civiles, según los casos. Y a este respecto, es dable preguntarse si, admitida la autoridad de la jurisdicción militar, acaso la misma no debería aplicarse a los casos de que conozca las normas sustantivas y procesales contenidas en la Ley Orgánica de Salvaguarda, en defecto de las normas sustantivas y procesales contenidas en el Código de Justicia Militar.

Pensamos, en efecto, que no resulta difícil admitir, en cuanto al planteamiento jurídico que atendemos, la primacía de la jurisdicción especial militar por sobre la de salvaguarda del patrimonio público en los delitos contra la cosa pública por militares en actividad; pues, el derecho constitucional permite al juez natural introducir una razonable diferenciación o exclusión en favor de los militares, no contemplada expresamente por la Ley de Salvaguarda. Sin embargo, tratándose de la aplicación de las normas sustantivas de dicha ley, la diferenciación de trato en favor de los militares en actividad, debida a las tipificaciones contenidas en el Código de Justicia Militar, vulneraría no sólo el principio ordenador de igualdad ante la ley, sino y por sobre todo el de igualdad en la aplicación de ley, el cual se infiere del preámbulo de nuestra Constitución y concreta normativamente el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado mediante Ley del Congreso de la República del 15-12-1977¹⁶.

¹⁶ El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, suscritos en 1966, retoman en su conjunto las previsiones de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (1948), transformándola de directiva moral en obligación jurídica para sus Estados partes. Cfr. Rivero, *op. cit.*, pp. 283 y ss.

Esta última interpretación la consideramos pertinente y ajustada a derecho, pues si bien no consta en la Ley Orgánica de Salvaguarda una derogatoria expresa de las normas sustantivas del Código de Justicia Militar, relacionadas con los delitos contra la cosa pública, la interpretación formal de dicha realidad normativa no puede conducir al absurdo de sostener una tesis que, de manera manifiesta, subvierta el orden constitucional vigente. Pero, también entendemos, como irremediable, la necesidad de sustentar que la jurisdicción militar no tiene otra alternativa que aplicar, en lo relativo a los delitos contra la administración militar, los tipos descritos en el Código de Justicia Militar y no los contemplados en la Ley Orgánica de Salvaguarda, por lo siguiente:

La defensa del principio ordenador de la igualdad ante la ley, como vía adecuada para enmendar las lagunas y deficiencias formales de la vigente Ley de Salvaguarda, podría chocar con la defensa y garantía de otro derecho individual contenido en el numeral 2 del artículo 60 de la Constitución, que se resume en la expresión latina *nullum crimen nulla penae sine lege*¹⁷. Y, dada la colisión entre dos derechos humanos fundamentales, el de la igualdad y el de la libertad y seguridad personales, lógicamente que debe establecerse como jerarquización la primacía del derecho que, en el caso concreto, mejor garantice la plena vigencia de la personalidad del individuo y afirme su seguridad jurídica dentro del medio social, y aquél no sería otro que la defensa de su libertad. En efecto, sería grave la sustentación de un argumento jurídico que trate sobre la posibilidad de tipificar delitos y exigir responsabilidades penales por vía de una mera interpretación y con el objeto de subsanar las lagunas o fallas contenidas en determinada ley.

La realización del principio ordenador de la igualdad en la aplicación de la ley, de cara a la colisión que actualmente se presenta entre las normas sustantivas de la Ley Orgánica de Salvaguarda y las contenidas en el Código de Justicia Militar, debe ser resuelta, entonces, mediante la actuación legislativa y no por vía de una interpretación judicial que fracture la vigencia de otros derechos humanos fundamentales.

¹⁷ Su desarrollo normativo, en lo atinente a los delitos militares, encuéntrase en el artículo 6 del Código de Justicia Militar.

A manera de corolario, dado los razonamientos anteriores y salvo mejor criterio u opinión, es nuestra tesis que la jurisdicción especial militar cumple con las exigencias constitucionales necesarias para afirmar su autoridad sobre los miembros activos de las Fuerzas Armadas Nacionales y posee competencia expresa para conocer de los delitos contra la administración militar, excluyendo la competencia atribuida por la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público a la novísima jurisdicción especial de salvaguarda. Por lo demás, la vigencia de la norma contenida en el artículo 211 de la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas Nacionales encuéntrase respaldada por el artículo 69 de la Constitución, que prevé que “nadie podrá ser juzgado sino por sus jueces militares” y, en consecuencia, mal puede subvertirse el mandato constitucional por vía de interpretación de una norma legal o mediante el subsanamiento de sus lagunas.

Asimismo, al conocer de los delitos contra la cosa pública, la jurisdicción especial militar, sólo puede aplicar las normas sustantivas contenidas en el Código de Justicia Militar, en defensa del principio constitucional *nullum crimen nulla penae sine lege*. Queda pendiente, a todo evento, la obligación del Poder Legislativo para restablecer mediante las reformas del caso, el principio constitucional de igualdad en la aplicación de la ley para los casos relacionados con la salvaguarda del patrimonio público.



Unificación del Derecho Procesal en Iberoamérica

Sandra Alvarez Bernée de Escalona
Universidad Central de Venezuela

Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, N° 85
Universidad Central de Venezuela
Caracas, 1992



La Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo desde su creación por el insigne juslaboralista Dr. Guillermo Cabanellas ha venido propiciando una labor de acercamiento de los ordenamientos laborales de los países iberoamericanos.

Así, en sus diversos Congresos se ha reflexionado o disentido sobre las distintas instituciones laborales iberoamericanas que facilitan el estudio comparativo de sus legislaciones y sirven de orientación para el logro de finalidades comunes.

La búsqueda de instrumentos de integración del Derecho Procesal Laboral es labor que debe emprenderse, particularmente si consideramos que muchos países iberoamericanos no han logrado una legislación adjetiva autónoma del Trabajo, mientras que ya es realidad en otros países de igual o menor desarrollo económico.

El Derecho Procesal del Trabajo, que como lo asienta el tratadista mexicano Alberto Trueba Urbina, “...es el más joven de todos los procesos, no sólo por sus años en relación con otros, sino por el espíritu juvenil de la norma procesal del trabajo en función de la tutela constante del obrero en los conflictos de trabajo”¹, consagra normas y principios, tales como el de la desigualdad de las partes, con el móvil de proteger al trabajador que en la vida real es la parte más débil. Este principio permite el desarrollo y aplicación de normas como el de la oralidad, la inversión de la carga de la prueba cuando

¹ TRUEBA URBINA, Alberto. Nuevo Derecho Procesal del Trabajo. 4^a ed. Editorial Porrúa S.A., México, 1978. p. 61.

se trata, por ejemplo, del reclamo del trabajador de una indemnización por despido injusto, la inmediación, concentración, publicidad, abreviación...etc.

Trueba Urbina considera que "*la diferencia entre el Derecho Procesal del Trabajo y el Proceso Civil, radica en que el primero, por su naturaleza social, impone el orden jurídico y económico, tutelando y reivindicando a los trabajadores, en tanto que el segundo trata de conservar el orden jurídico entre iguales, en razón de su carácter burgués*".²

Independientemente de la conveniencia de una regulación adjetiva autónoma que pueda adecuarse a las particularidades de cada país, es necesario la sistematización de los principios procesales generalmente admitidos por la doctrina y acogidos en los códigos y leyes laborales de cada país, procurando armonizarlos para agilizar y liberar al proceso laboral iberoamericano de su estancamiento.

En los países iberoamericanos ha surgido desde hace cierto tiempo la idea de la integración del Derecho Laboral, tanto en lo concerniente a su normativa sustantiva como procesal, simplificando y haciendo más viable el mejoramiento de las condiciones laborales de los trabajadores.

La Organización Internacional del Trabajo ha sancionado numerosas convenciones referidas a problemas laborales iberoamericanos en un gran esfuerzo por su unificación. Sin embargo, el número de ratificaciones demuestra que aún está lejos de alcanzarse esa unificación. Las diferencias existentes en el nivel de las economías nacionales, en los recursos tanto humanos como materiales, en los conceptos en materia social y procesal han venido obstaculizando la concretización práctica de esos propósitos.

PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y DE DERECHO SUSTANTIVO QUE FACILITAN LA UNIFICACION DE LAS LEGISLACIONES SOCIALES EN IBEROAMERICA

Un avance hacia la unificación lo constituye el hecho de que una cantidad considerable de constituciones nacionales han incluido ciertos principios de

² TRUEBA URBINA, Alberto, *ibid.*, p. 36

Derecho Laboral, que coinciden con los principios contenidos en la Constitución de la OIT, guardando así cierta uniformidad.

Según ha expresado Efrén Córdova, la tendencia hacia la armonización puede encontrar dificultades prácticas en aquellos países en que condiciones específicas de trabajo han sido incorporados a preceptos constitucionales. La tendencia hacia la armonización chocaría aquí con la tendencia hacia la constitucionalización (que es también marcada en América Latina) y como consecuencia de ello, podría resultar difícil introducir enmiendas legislativas dirigidas a acoplar las diversas condiciones de trabajo.³

En Honduras, se incorporan importantes figuras laborales a la Constitución: la irrenunciabilidad, la estabilidad, el pago de prestaciones e indemnizaciones en caso de despidos injustificados, el reintegro de salarios dejados de percibir, salarios caídos, principios y garantías que son desarrollados por el Código del Trabajo.

Bolivia desde su Constitución de 1947 ha dedicado secciones a la protección de los trabajadores en su salud, su economía y estabilidad en el trabajo. Disposiciones semejantes en su concepción contienen las Cartas Fundamentales de Costa Rica, Panamá, Perú, Guatemala, Venezuela.

Otras Constituciones contienen normas programáticas que desarrollan sus correspondientes leyes laborales. Así, de particular importancia en las Constituciones de los países iberoamericanos ha sido la influencia inicial ejercida por la Constitución de Querétaro de 1947 y su famoso artículo 123. También cabe observar que las disposiciones de índole social de la Constitución Cubana de 1940 fueron casi totalmente reproducidas en la Constitución Panameña de 1946. En Venezuela, la Constitución de la República de 1961, enumera los derechos sociales sobre los cuales el Estado venezolano asienta los principios fundamentales que lo orientan en relación con el trabajo. Deja la Constitución a la ley la provisión de lo conducente a la obtención de un salario justo y a asegurar a todo trabajador un salario mínimo; a garantizar igual salario para igual trabajo, sin discriminación alguna; a fijar la

³ CORDOVA, Efrén. "Posibilidades de armonizar la legislación laboral latinoamericana". En: Revista Internacional del Trabajo. Vol. 92, 4 de octubre 1975, p. 342.

participación que deba corresponder a los trabajadores en los beneficios de las empresas y a proteger el salario y las prestaciones sociales con la inembargabilidad y con los privilegios que ella establezca.

La universalidad sustancial del Derecho del Trabajo es otro fenómeno favorable a la unificación, el progreso del Derecho del Trabajo nacional ha guardado cierta relación y similitud en los países iberoamericanos. Por ello se evidencia en el Derecho Sustantivo ciertas tendencias comunes. Sólo tres de los países americanos no cuentan con un Código o una Ley del Trabajo.

Si se comparan los códigos y leyes del trabajo vigentes en los países iberoamericanos, se observa que la mayoría contiene la misma base de disposiciones relativas a las relaciones individuales de trabajo; se observa identidad en los principios básicos que rigen las relaciones individuales de trabajo y que pueden resumirse así: El principio **Indubio Pro-Operario**; el principio de la irrenunciabilidad de los derechos que favorezcan al trabajador, el respeto a la libertad de trabajo, la imperatividad de las normas laborales, cuyo fin es asegurar al trabajador un mínimo indispensable de garantías que permitan el desarrollo de su personalidad. Igualdad de tratamiento en las relaciones de trabajo, sin poder establecer distingos por razones de sexo, edad, raza, nacionalidad, credo político, religioso o condición social. Siguiendo enfoques muy parecidos, algunas legislaciones incorporan estos y otros principios, como el de la inalterabilidad de derechos en caso de sustitución de patronos, responsabilidad solidaria o directa cuando se utilizan intermediarios, etc.

Las semejanzas de contenido y orientación se mantienen en la gran mayoría de las instituciones que caracterizan al Derecho del Trabajo y que han pasado a integrar la legislación laboral iberoamericana; así, se han producido interesantes estudios que destacan estas similitudes.

Luis Aparicio Valdés refiriéndose a la América Latina ha expresado: “*por un sorprendente sistema de vasos comunicantes los derechos y beneficios sociales de los trabajadores del Grupo Andino confluyen hacia metas que pueden equipararlos*”⁴

⁴ APARICIO VALDEZ, Luis. Política Laboral en el Grupo Andino. Universidad del Pacífico, Lima, 1972. p. 35.

No sucede lo mismo en lo referente a la negociación colectiva. El doctor Efrén Córdova, quien ha realizado valiosos estudios sobre la legislación laboral latinoamericana, expresa que en la regulación de las relaciones colectivas, si bien existen ciertos parentescos derivados de los principios generales comunes y que, en algunos casos han dado lugar a que se hable de "grandes analogías"⁵, la realidad es que esos principios son pocos en esta materia y que a partir de ellos se han producido en la práctica serias diferencias de enfoque.⁶

Sin embargo, afirma el citado autor que la América Latina es una de las pocas regiones del mundo en que los elementos comunes y las afinidades conceptuales de sus legislaciones nacionales, son tales que permiten hablar de un sistema general, siquiera sea de principios y tendencias.⁷

TENDENCIA HACIA LA UNIFICACION DE LAS LEGISLACIONES LABORALES IBEROAMERICANAS

La formación de un Derecho Laboral común a los países iberoamericanos ha sido constante preocupación de la Organización Internacional del Trabajo, a través de su órgano la Conferencia Internacional del Trabajo. Aun cuando no todas las convenciones sancionadas por la Conferencia Internacional del Trabajo han sido ratificadas por todos sus países miembros, su obra representa un esfuerzo en el sentido de la unificación del Derecho del Trabajo.

Los problemas de trabajo comenzaron a tratarse en 1915 en la Conferencia Panamericana de Hacendistas, celebrada en Washington, que constituyó la Alta Comisión Internacional de Legislación uniforme que se reunió por primera vez en Buenos Aires en 1916. Además trataron materia laboral otras reuniones internacionales entre las cuales pueden citarse: El Primer Congreso Panamericano del Niño, el Congreso de Tucumán, el Tercer Congreso Obrero Panamericano, el Congreso de Previsión Social y las Conferencias Panamericanas.⁸

⁵ VERMENGO, Roberto. "Libertad sindical y relaciones de trabajo en la América Latina" En: Revista Interamericana del Trabajo, mayo 1956, p. 531. Cita de Efrén Córdova.

⁶ CORDOVA, Efrén. "Armonización de la legislación laboral latinoamericana" En: Revista Internacional del Trabajo. Vol. 92, oct. 1975, p. 346.

⁷ CORDOVA, Efrén. ob. cit.

⁸ PARRA ARANGUREN, Fernando Ignacio, Antecedentes de la Ley del Trabajo de 1928. Imprenta de la Universidad del Zulia, Maracaibo, 1975, pp. 59-65.

Véase también sobre la OIT. KROTSCHIN, Ernesto, Tratado práctico de Derecho del Trabajo. Vol. II. Roque Depalma Editor, Buenos Aires, 1955, p. 123.

Señala Krotoschin que a partir de la Conferencia de Santiago de Chile del año 1923, en todas las conferencias siguientes se continuaron planteando temas de trabajo, aun cuando las primeras cuestiones que se plantearon no tendieron a la formación de un Derecho común sino a la regulación de cuestiones de trabajo por la vía de tratados internacionales. Sobre todo la Conferencia de La Habana (1928), al redactar un Código de Derecho Internacional Privado incluyó en él dos principios relacionados con el Derecho Internacional Privado del Trabajo.

Del 21 de febrero al 8 de marzo de 1945 se reunió en México una Conferencia Interamericana extraordinaria llamada Conferencia de Chapultepec. En ella se adoptó la "Declaración de Principios Sociales de América" que contiene la recomendación de "considerar de interés público internacional la expedición en todas las repúblicas americanas de una legislación social que proteja a la población trabajadora y consigne garantías y derechos, en escala no inferior a la señalada en las convenciones y recomendaciones de la OIT."

La Conferencia de Chapultepec encargó al Comité Jurídico Interamericano que en colaboración con la OIT y tomando en cuenta los convenios y recomendaciones de dicho organismo y la legislación de los países americanos, formulara una "Carta Interamericana de garantías sociales", la cual debió someterse a la consideración y aprobación de la Novena Conferencia Interamericana realizada en Bogotá (1948). En la Cuarta Conferencia de Montevideo de 1949, la Quinta en Petrópolis (1952), también se sometieron a discusión problemas referentes a la unificación del Derecho Laboral.

En lo que respecta a los países latinoamericanos la Décima Conferencia de los Estados Miembros de la OIT (Méjico 1974) adoptó una Resolución sobre los aspectos sociales y laborales de la integración latinoamericana. Dicha Resolución destaca la necesidad de encontrar soluciones a los problemas sociales y señala que la integración no podrá ser realidad si no se concede especial atención a los mecanismos de armonización de las políticas y legislaciones sociales.⁹

⁹ OIT Consejo de Administración, Actas de la Décima Conferencia de los Estados de América Miembros de la OIT (Méjico 26-11-74 y 5-12-74. Documentos G.B. 195/8/17. Tomado de Efrén Córdova. Revista Internacional del Trabajo. Vol. 4, Oct. 1975.

En Latinoamérica en pocos casos y en pocos países se cree aún que es posible alcanzar niveles satisfactorios de desarrollo sin sumar esfuerzos con los demás países de la región, o al menos con los más próximos. En función de sus objetivos de desarrollo, los países de la región se han dado a la tarea compleja de integrar sus economías. Se han cuestionado los objetivos, los métodos, pero nunca se ha negado la necesidad de integración como condición ineludible de supervivencia de los países latinoamericanos.¹⁰

El interés por promover la armonización de las legislaciones laborales responde a este deseo de establecer un mercado común latinoamericano, lo cual no es posible si no se garantiza un trato uniforme a los trabajadores. Refiriéndose a Latinoamérica el Dr. Mario Deveali ha expresado: "La armonización es un ideal que debe realizarse en cada país, porque en caso contrario existe el peligro de que los países más adelantados sacrifiquen a los menos adelantados".¹¹

Dentro del proceso de integración subregional previsto en el Acuerdo de Cartagena, se han realizado esfuerzos para la armonización del Derecho del Trabajo. El Acuerdo de Cartagena enmarcado dentro del Tratado de Montevideo que dio origen a la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC), suscrito en Bogotá el 26 de mayo de 1969 por representantes de Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú, del cual pasó Venezuela a ser su sexto miembro el 31 de diciembre de 1973, entre sus objetivos se contempla la aproximación de las legislaciones sociales en las materias pertinentes.

En septiembre de 1972 la reunión de Ministros de Trabajo de Centroamérica y Panamá adoptó una resolución en la que se solicita a los gobiernos centroamericanos adopten las medidas procedentes a fin de acelerar la labor de unificar la legislación laboral. El 26 de octubre de 1973 se suscribe en Caracas, Venezuela, el Convenio Simón Rodríguez, con ocasión de la Segunda Reunión Ordinaria de la Conferencia de Ministros del Trabajo de los

¹⁰ El Instituto para la Integración de la América Latina ha desarrollado una labor intensa relacionada con los aspectos jurídicos e instituciones de la integración económica de América Latina. Véase su publicación "La dimensión jurídica de la integración" Intal, Buenos Aires, 1973.

¹¹ DEVEALI, Mario. La integración del Derecho del Trabajo, jornadas, conferencias, declaraciones. Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, Argentina, 1969, p. 74.

países del Grupo Andino, en el cual se concede atención prioritaria a la armonización de las normas jurídicas laborales y de seguridad social.

La Conferencia de Ministros del Trabajo, órgano máximo del Convenio Simón Rodríguez, señaló entre las estrategias para alcanzar la armonización, la realización de estudios comparativos de las legislaciones del trabajo de los países del Grupo Andino. La labor fue realizada y terminada en 1979, fecha en la cual se hizo entrega a la OIT de los trabajos respectivos. El estudio comparado estuvo a cargo del Dr. Emilio Morgado Valenzuela ¹² y fue entregado en la reunión celebrada por la Comisión de Delegados del Convenio Simón Rodríguez en febrero de 1980. De manera que cabría afirmar con Cesarino Junior que la armonización no solamente es posible, sino que ya ha comenzado a realizarse ¹³.

La unificación del Derecho Procesal Laboral tiene favorables perspectivas, tomando en consideración la uniformidad de los principios del Derecho Sustantivo Laboral iberoamericano. El Derecho Procesal Laboral es el medio idóneo para la realización de la justicia social. Sin embargo, la tendencia unificadora procesal no se ha hecho sentir con igual intensidad que la del Derecho Sustantivo Laboral.

La conveniencia de la unificación del Derecho Instrumental para facilitar la aplicación del Derecho del Trabajo material, ha sido mencionada por el profesor Cesarino Junior, al referirse a la necesidad de un Código Latinoamericano de Derecho del Trabajo ¹⁴. En el mismo sentido, en ponencia enviada al IV Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, se señala como misión de los juslaboralistas, la de propagar sus puntos de vista sobre el tema de “Armonización o unificación del Derecho Procesal en Iberoamérica” ¹⁵.

¹² MORGADO VALENZUELA, Emilio. *Derecho Laboral en Iberoamérica*. Libro editado bajo la dirección del Dr. Baltazar Cavazos Flores. Ed. Trillas, México, 1981, p. 871.

¹³ Véase Instituto Latinoamericano de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social, 1969, p. 23.

¹⁴ CESARINO JUNIOR, A.F. “Código Latinoamericano de Direito Internacional Privado do Trabalho” En: Revista Iberoamericana de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, 1, sep-dic. 1983. Miján, Estudios Técnicos de Artes Gráficas, Avila. Dirección del Dr. Almansa Pastor.

¹⁵ GONZALEZ HERÁZO, Edgardo. Universidad Externado de Colombia, Bogotá. Trabajo presentado al IX Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y distribuido a los asistentes, 6-10-1986.

SISTEMAS DE JURISDICCION LABORAL EN IBEROAMERICA

En la administración de la justicia laboral iberoamericana se han seguido tres direcciones: 1) los litigios laborales se ventilan por ante los órganos de la justicia común, con el procedimiento común, o bien con un procedimiento especial; 2) los juicios laborales se atribuyen a órganos especiales y se traman conforme a un procedimiento también especial y 3) dichos juicios se reservan a conocimiento de órganos profesionales no judiciales.

El sistema de jurisdicción común, con procedimiento común, se aplicó en España y hoy se ha reconocido su ineficacia. Igualmente el sistema de la jurisdicción especial con jurados, o con expertos o asesores también ha fracasado en la práctica. Tal es el caso de España, donde después de un breve ensayo con los Comités Pautarios (1926) y los Jurados Mixtos (1931) se llegó a la Institución de la Magistratura del Trabajo en 1938.

El sistema híbrido característico de nuestras legislaciones procesales del trabajo en el cual se entremezclan concepciones civilistas con normas específicas del procedimiento laboral, aplicadas por jueces, unas veces especiales dotados de conocimientos también especiales, y otras, por jueces ordinarios, carentes de la debida especialización, ha dado como resultado, la dificultad en la tramitación de los procesos laborales. Nos referiremos ligeramente a la organización judicial laboral de nuestros países:

A) *Solución procesal de los conflictos individuales en la legislación comparada*

En la mayoría de las legislaciones se atribuye a los Tribunales del Trabajo el conocimiento de los conflictos individuales y colectivos jurídicos y el de los conflictos de intereses corresponde a los organismos de conciliación y arbitraje. Existen excepciones: en Brasil, el conocimiento de todos los conflictos, bien sean de índole jurídica o de intereses, es competencia de los Tribunales de Trabajo, y en México de las Juntas de Conciliación y Arbitraje.

Hay casos en que existen competencias compartidas, como cuando se realiza en los Tribunales de Trabajo la calificación de la huelga (Costa Rica, Guatemala y Honduras), o cuando, como en el caso de Ecuador, tanto los

organismos de conciliación y arbitraje como los Tribunales de Trabajo forman parte de la administración de justicia.

En cuanto a los conflictos jurídicos (individuales o colectivos) en Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, El Salvador se someten a los Tribunales de Trabajo. En Argentina, Perú y República Dominicana su conocimiento queda entregado a organismos no judiciales¹⁶.

En el caso de Venezuela, desde la primera Ley del Trabajo del año 1936 se creó la figura del Inspector del Trabajo (funcionario administrativo) quien por sí solo o con dos Asesores nombrados por las partes, decidía las controversias y ejecutaba las decisiones en todos los asuntos que no correspondían a la conciliación ni al arbitraje; el recurso de apelación se interponía para ante la Oficina Nacional del Trabajo. Este procedimiento fue concebido con carácter provisional, hasta el año 1937 cuando se crearon tres Tribunales de Trabajo. Luego en 1940 se crearon definitivamente los Tribunales del Trabajo, cuando se promulga la Ley Orgánica de Tribunales y Procedimiento del Trabajo que aún está vigente, con dos ligeras reformas: una de 1956, fecha en la cual se suprimió la relación de la causa en Primera y Segunda Instancia; y la otra de 1959, reforma que se limitó a elevar la cuantía para la admisibilidad del Recurso de Casación en materia de trabajo.

La Ley Orgánica del Trabajo en Venezuela promulgada en mayo de 1991 concede una nueva competencia a los Tribunales de Parroquia y Distrito en los asuntos laborales de cualquier cuantía. A estos jueces deberá exigírseles el conocimiento de la materia laboral.

PERU:

La Ley de 12 de abril del año 1930, creó dos Juzgados, uno en Lima y otro en El Callao con competencia para conocer de los despidos de trabajadores. Los Juzgados creados por dicha Ley están constituidos por una sola persona: el juez, el cual gozará de iguales derechos, obligaciones y prerrogativas que

¹⁶ BRONSTEIN, Arturo S. "Conflictos laborales individuales. Soluciones procesales y convencionales" Revista Americana e Italiana de Derecho del Trabajo, Año III, 5, 1990. Editorios Cil, Roma, 1990, p. 149.

los de primera instancia, y será nombrado de la misma manera que ellos (Arts. 5º y 6º).

El procedimiento a seguir es sumario, a tenor del artículo 5º y la prueba, de conformidad con el 7º, deberá proponerse en el término de ocho días. Se da recurso de revisión para ante la Corte Suprema, cuyas Salas de los Civil serán las competentes para conocer de los mismos (Art. 8º).

CHILE

De cuidadosa redacción y contenido completo, es el Decreto con fuerza de Ley N° 178, de 13 de mayo de 1931, que promulgó el Código del Trabajo en Chile¹⁷.

En este cuerpo legal se recogen en un texto único catorce leyes, y el Libro IV, en sus dos primeros Títulos, se refiere, respectivamente, a "Tribunales e Inspección del Trabajo" y a "Conflictos colectivos y procedimiento de conciliación y arbitraje".

Estos organismos, que serán de tres clases a tenor del Art. 490, se establecerán en todas las ciudades designadas por el Presidente de la República, y la Inspección del Trabajo fijará la demarcación a que haya de extender su jurisdicción cada Tribunal. Por lo demás, en aquellos lugares en donde no exista Juez especial de Trabajo, llenará sus funciones el Juez del Departamento.

Los Tribunales de Trabajo conocerán de los siguientes asuntos: a) Litigios que surjan de la aplicación del Código del Trabajo, así como los que susciten las estipulaciones contenidas en los contratos de trabajo y b) Aplicación de la Ley sobre Seguro Obligatorio en caso de enfermedad, invalidez y vejez. Los Jueces de Trabajo conocen de estos asuntos, unas veces en primera, y otras en única instancia.

Los Tribunales de apelación se hallan establecidos en las ciudades que designe el Presidente de la República; constan de un Presidente y de dos expertos, uno

¹⁷ Apareció en el Diario Oficial del día 6 de julio de 1931, número 16.014, pp. 3.448 y ss., y una versión francesa vio la luz publicada por el BIT, en la Série Législative, volumen correspondiente a 1931. Chil., 1, pp. 59-69.

de ellos patrono, y el otro obrero; en los nombramientos de éstos no intervienen las Asociaciones Profesionales.

BRASIL

Por primera vez se establece en Brasil una jurisdicción del trabajo al expedirse el Decreto de 25 de noviembre de 1932. Pueden crearse, a tenor del Decreto y a petición de los Sindicatos, las denominadas "Juntas de Conciliação e Julgamento", que constarán de un Presidente y dos asesores, uno de ellos obrero y otro patrono. El Presidente deberá ser, con preferencia, Abogado o funcionario, y los dos Asesores, así como sus suplentes, habrán de ser propuestos por las asociaciones profesionales de patronos y trabajadores.

La competencia que se asigna a esta jurisdicción es la relativa al arreglo de los conflictos surgidos por la aplicación de los contratos individuales de trabajo.

El procedimiento es más sencillo que ante los Tribunales civiles: la demanda puede hacerse verbalmente; debe intentarse, en todo caso, la previa conciliación, y las partes han de comparecer en persona. En cuanto a las empresas, lo harán por medio de sus administradores.

Lo corriente es que no se admita apelación, pero puede haberla en casos excepcionales; así, por ejemplo, a requerimiento del Ministro de Trabajo, Industria y Comercio cuando exista violación de ley o parcialidad manifiesta de los jueces; también, cuando alguna de las partes resulte condenada al pago de una multa, pudiendo entonces interponerla la parte en cuestión.

La justicia no es gratuita, habiendo de pagar la parte que no resulte favorecida por el fallo, un 2 por ciento (2 %) del valor de la cosa en litigio. Por último, si se estimara que la demanda era inmotivada, puede prohibirse el ejercicio de otra acción en un plazo que señale el Presidente. En el mismo supuesto, se puede suspender en sus derechos sindicales al trabajador.

El Dr. José Pérez Serrano expresa: "*No reviste garantía de ninguna clase, el que sea Abogado la persona que presida los Tribunales de Trabajo. Lo mismo hemos de decir para la hipótesis de que el Presidente sea funcionario,*

a menos que se trate de funcionario de la carrera judicial, que continúe gozando de los mismos derechos y prerrogativas que quienes pertenezcan a ella, estando a la par sujeto a sus mismos deberes y responsabilidades.

Por lo demás, sólo debemos fijar nuestra atención en los preceptos relativos a la apelación, tan restrictivos que casi anulan la posibilidad de entablarla, con tanto mayor motivo cuanto que una de las hipótesis contempladas, la de interposición a requerimiento del Ministro de Trabajo, más bien debe ser mirada como arma política que como arma justiciera ¹⁸.

También podemos citar como ejemplo de países donde existe una jurisdicción especial de Trabajo, a Portugal (Estatuto do Trabalho Nacional del 23-10-1933 y Decreto Ley del 15 de agosto de 1934).

En algunas legislaciones se ha extendido el sometimiento previo de todos los conflictos, incluso los individuales, a instancias de conciliación generalmente a cargo de Ministerios de Trabajo, que integran el llamado "Fuero Administrativo" del Trabajo. Panamá y Perú conservan jurisdicciones administrativas, no obstante la existencia en ambos, de una Judicatura del trabajo especializada. En Venezuela a la Administración Pública del Trabajo, se le ha atribuido también el poder de dirimir controversias entre trabajadores y patronos. Es decir, que corresponde a los Tribunales laborales conocer de los conflictos de derecho individual entre trabajadores y patronos, y entre ellos y sus organizaciones sindicales, pero sólo aquellos cuyo conocimiento, sustanciación y decisión no haya sido atribuido a la conciliación y al arbitraje, o a las Inspectorías del Trabajo.

En materia laboral en Venezuela al lado de la justicia laboral a cargo de la Corte Suprema de Justicia, Tribunales con competencia en lo laboral y Tribunales de Estabilidad Laboral, hay una Justicia Administrativa del Trabajo, a cargo de las Inspectorías del Trabajo.

Así las Inspectorías del Trabajo tienen entre sus funciones: intervenir en la conciliación y arbitraje en los casos que determine la ley, además podrá

¹⁸ PEREZ SERRANO, José. *La organización y el funcionamiento de los Tribunales de Trabajo en la legislación comparada y su posible aplicación a España*. Madrid, Imprenta de los sobrinos de la Sucesora de Minnesa de los Ríos, 1936.

designar funcionarios especiales para intervenir en la conciliación y el arbitraje de conflictos individuales y colectivos.

Esta disposición no estaba prevista en la legislación derogada, se trata de una nueva norma incorporada a la Ley Orgánica del Trabajo. La nueva disposición legal faculta al Ministerio del ramo, delegar en personas distintas al Inspector del Trabajo la intervención del Estado en la conciliación y el arbitraje de conflictos colectivos o individuales de trabajo. La disposición que corresponde al Artículo 592 de la Ley Orgánica del Trabajo está fundamentada en la recomendación de la OIT sancionada en 1947, que objetó tales atribuciones a los Inspectores del Trabajo, ante el temor de que el desempeño de estas funciones menoscabara la inspección del trabajo propiamente dicha.

En Venezuela, a las Inspectorías del Trabajo les ha sido atribuido el poder de decidir la calificación de despido en caso de trabajadores amparados por el fuero sindical, o de quienes se les reconoce su derecho de permanecer en su trabajo, o de inamovilidad de la trabajadora embarazada durante su gestación, la cual se extiende hasta un año después del parto.

Este fuero maternal se extiende a las trabajadoras adoptantes de menores de 3 años, hasta el año siguiente a la adopción. Esta reforma de la Ley Orgánica del Trabajo provocó controversias; un sector opinó que esta inamovilidad podía repercutir negativamente en la colocación de la mujer en los centros de trabajo.

Igualmente compete a las Inspectorías del Trabajo en Venezuela conocer de los conflictos surgidos entre trabajadores en caso de que sus sindicatos les nieguen su afiliación.

En todos los casos señalados los Tribunales carecen de jurisdicción. De igual manera, el Poder Judicial carece de jurisdicción para resolver conflictos entre los trabajadores rurales y sus patronos, respecto de la retención de frutos o del valor de las mejoras hasta el monto de los daños sufridos, perjuicios materiales causados por aquéllos a los patronos, porque la decisión corresponde al funcionario administrativo del trabajo de la jurisdicción y no a los jueces con competencia laboral.

En Venezuela dentro de la jurisdicción atribuida a los Inspectores del Trabajo, se encuentran también asuntos que si bien no son conflictos de Derecho, sin embargo, constituyen asuntos de jurisdicción voluntaria; como ejemplo

podemos citar: a) las solicitudes de estimación del valor de las propinas voluntarias en el salario de los trabajadores, cuando no constituyan un porcentaje fijo de la consumición, de solicitudes de fijación de la época del disfrute de las vacaciones anuales, a falta de convenio entre trabajadores y patronos, de solicitudes de notificación del patrono para la adquisición preferente por el patrono de la propiedad de las invenciones libres y ocasionales, de solicitudes de reclamación para interrumpir la prescripción de las acciones judiciales laborales, de notificaciones de sustitución de patronos, de notificaciones de elevación del límite legal de la jornada ordinaria de trabajo, de notificaciones de trabajos extraordinarios sin previo permiso, de solicitudes para prolongar horas extraordinarias, solicitudes de autorización para trabajos de menores, notificaciones de empleo de menores en servicio doméstico y de aprendices; autorizaciones para reducir el porcentaje obligatorio de trabajadores venezolanos rurales, notificaciones de elecciones sindicales, etc.

El exceso de funciones que la Ley Orgánica del Trabajo en Venezuela, al igual que la anterior ley, atribuye a los órganos administrativos del Trabajo, ha permitido que se hable en Venezuela de un Derecho Administrativo del Trabajo, expresándose que la jurisdicción del Poder Judicial es residual, pues sólo compete a los Tribunales de Trabajo lo que no haya sido atribuido a la Administración o a los organismos de conciliación o de arbitraje de la misma Administración del Trabajo.

La Conferencia Regional Americana, en su Resolución de Montevideo sobre los Tribunales de Trabajo, adoptada por la Cuarta Conferencia de la OIT¹⁹, instituyó la necesidad de que éstos se establecieran de manera permanente y con entera independencia del Poder Ejecutivo. De ahí que, como expresa Arturo S. Bronstein, los llamados "fueros administrativos" no pueden ser incluidos dentro de las soluciones procesales de los conflictos laborales individuales.

B) *Composición de los Tribunales de Trabajo en la legislación comparada*

Las magistraturas laborales unipersonales se encuentran presentes en Venezuela, Argentina, Colombia, Chile, Perú, Uruguay, entre otros. En Brasil los

¹⁹ *o.r. Normas internacionales y principios generales*, Serie Relaciones de Trabajo N° 44, Ginebra, 1975, pp. 105-108.

Tribunales son colegiados, tripartitos, al igual que las Juntas de Conciliación y Arbitraje de México, aun cuando éstas no forman parte del Poder Judicial.

En Costa Rica, Ecuador, Panamá y República Dominicana se integran los Tribunales en forma tripartita. En Venezuela, Perú y el Uruguay los Tribunales están integrados por jueces unipersonales de trabajo especializados.

En la Resolución de la OIT sobre Organización de los Tribunales antes citados, se ha destacado que los jueces de trabajo deberían ser seleccionados entre las personas que posean experiencia y versación especiales en cuestiones de trabajo.

C) *Características del procedimiento laboral en la legislación comparada*

En ciertos países se han dictado leyes especiales de procedimiento laboral, como por ejemplo en Venezuela: el 16 de agosto de 1940 se dictó la Ley Orgánica de Procedimiento del Trabajo, reformada luego en 1956 y 1959. En Bolivia existe el Código Procesal del Trabajo del 25 de julio de 1979. En Argentina tanto la Nación como las Provincias han dictado Códigos Procesales Laborales con reglas especiales que traducen la autonomía del Derecho Procesal. Sin embargo, en la gran mayoría de los países las disposiciones procesales del trabajo se encuentran en los códigos o leyes sustantivas del Trabajo y casi todas remiten constantemente a las normas del Procedimiento Civil.

Así, los Códigos de la República Dominicana y Ecuador remiten al Derecho común en caso de falta de disposiciones de naturaleza laboral. En Brasil y Guatemala la aplicación supletoria del Derecho Común es admisible cuando no fuere posible invocar un principio de Derecho del Trabajo. En Venezuela la Ley Orgánica de Tribunales y Procedimiento del Trabajo en su artículo 20 expresa: "En todo lo que no sea contrario a lo dispuesto en la presente ley se observarán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil". Luego, en lo que respecta a los recursos a la materia de recusación y de inhibición, práctica de diligencias de sustanciación de medidas preventivas, o de ejecución, vacaciones de los Tribunales del Trabajo, defensas previas, sustanciación y apelación de las defensas previas, términos de distancia y apelación de las sentencias definitivas se remiten específicamente al Código de Procedimiento

Civil. Es decir, que en la tramitación y decisión de los juicios laborales se aplica en Venezuela en primer término la Ley Orgánica de Tribunales y Procedimiento del Trabajo; en lo no previsto en la Ley Especial se aplican supletoriamente las normas del Código de Procedimiento Civil en materia de juicio breve; y lo no previsto se resuelve con la aplicación complementaria de las disposiciones generales del Código de Procedimiento Civil.

La Ley Orgánica de Tribunales y Procedimiento del Trabajo, como expresáramos, fue promulgada en 1940; la reforma del Código de Procedimiento Civil de 1987 introduce grandes cambios en el proceso civil venezolano, por lo que en los supuestos de colisión de la Ley Orgánica de Tribunales y Procedimiento Civil de 1940 y el Código de Procedimiento Civil del año 1987 se plantean problemas de interpretación sobre si debe aplicarse la vieja ley adjetiva laboral por su carácter de orgánica o el artículo 940 del Código de Procedimiento Civil que declara derogada cualquier disposición de procedimiento que se oponga al Código en las materias que él regula.

Pero, además existe otro problema en nuestro sistema procesal laboral y es que la Ley Sustantiva del Trabajo contiene también normas de procedimiento. La nueva Ley Orgánica del Trabajo venezolana crea los Tribunales de Estabilidad Laboral, transfiriendo al Poder Judicial Laboral la competencia que antes correspondía a organismos administrativos (Comisiones Tripartitas). Los Jueces de Estabilidad Laboral deben calificar los despidos de los trabajadores ordinarios.

La Ley Sustantiva incluye (artículos 116 al 125) el procedimiento de estabilidad desde la presentación por el trabajador de la solicitud de calificación ante el Juez distribuidor, hasta la ejecución del fallo. Esta incidencia de la normativa procesal civil sobre las disposiciones del proceso laboral, evidencia la urgencia de una reforma de la Ley Orgánica de Tribunales y Procedimiento del Trabajo de Venezuela.

PRINCIPIOS CARACTERISTICOS DEL PROCESO LABORAL EN IBEROAMERICA

En las normas de procedimiento laboral iberoamericano se hace imperativo abreviar los lapsos y disminuir las incidencias, los recursos y las formalidades;

así por ejemplo, la legislación mexicana señala que los procedimientos laborales son sencillos, concentrados, públicos y gratuitos.

En 1980 al reformarse la Ley del Trabajo Mexicana se incorporaron novedosos principios procesales como el de la suplencia de la defensa en virtud del cual el Tribunal puede mejorar las demandas de los trabajadores. Expresa la comentada disposición procesal:

*"Cuando la demanda sea incompleta, en cuanto no comprenda todas las prestaciones que de acuerdo con la ley deriven de la acción intentada, conforme a los hechos expuestos por el trabajador, la autoridad en el momento de admitir una demanda subsanará ésta o señalara los defectos u omisiones, en que haya incurrido el obrero indicándole un término perentorio para que la corrija"*²⁰

"Otra innovación muy importante de la Ley Federal del Trabajo Mexicana en su reforma de 1980 lo constituye el señalamiento expreso de que el proceso del trabajo es preponderantemente oral. En la gran mayoría de legislaciones iberoamericanas no aparece este principio. Paréjenos de gran importancia la incorporación en la Ley Laboral Mexicana de la oralidad. Este debería ser un principio rector en todos los procesos sociales iberoamericanos. Entendida en un sentido general, la oralidad significa, en dicha ley, un cierto tipo de procedimiento que se opone a aquel que aparece en el área iberoamericana en el que hay un absoluto predominio de la escritura. Según Mauro Cappelletti, "el proceso escrito tiene varias características las cuales, generalmente, aparecen relacionadas íntimamente y que son las que distinguieron al proceso común (romano canónico). En primer lugar es el de la escritura, presidido por el principio de que "quod non est in acto non est in mundo"; en segundo lugar, la ausencia de todo contacto directo entre el juez y las partes y también los peritos y testigos o toda otra fuente de información como lugares y cosas. El tercer carácter es el criterio de apreciación legal de la prueba (o prueba tasada), quitándole al juzgador toda posibilidad de buscar por sí la verdad. El cuarto carácter es el de la realización del procedimiento en etapas separadas y clausuradas por términos preclusivos en las cuales se va desarrollando el

²⁰ Art. 685 de la Ley Federal del Trabajo Mexicana.

trámite. "Las escrituras provocan las contra-escrituras, dice el maestro florentino, que se van escalonando en un interminable lapso provocando la excesiva duración del trámite"²¹.

La reforma a la Ley Mexicana incorpora un proceso mixto porque no pueden perderse los beneficios de la escritura, sino que se sigue un modelo de proceso por audiencia, destacándose la audiencia preliminar²² que permite la reunión de quienes protagonizan el proceso: El proceso oral, el de hablar y oír (audire-audiencia) constituyen los modelos que han sido solicitados por los procesalistas para todos los procesos²³.

El maestro Mozart Víctor Russomano, refiriéndose a las reformas de la Ley Mexicana de 1980, en la cual, también se contempla una nueva distribución de la carga de la prueba, la palabra del trabajador basta para establecer una presunción *juris tantum* a su favor; señaló que México con esta reforma habría recuperado el liderazgo social²⁴.

El principio de la inmediación, según el cual el juez debería de actuar personalmente en el proceso, especialmente en la recepción de la prueba, también ha comenzado a cobrar vigencia en algunas legislaciones. Así notamos que ya no se considera al Juez Laboral simple espectador en el proceso, sino que se le dan facultades para interrogar testigos, para que practique las pruebas que estime apropiadas y para valorarlas libremente.

La legislación venezolana contempla también el deber del juez de promover la conciliación entre las partes, en cualquier estado del juicio. En lo que respecta a los recursos, existe una tendencia casi generalizada, de la doble instancia en materia laboral y en algunos países como Venezuela también se concede recurso de casación para juicios de elevada cuantía.

²¹ "La oralidad en el proceso civil italiano" En: Libro homenaje al Dr. Luis Loreto. Caracas, Ediciones de la Contraloría General de la República, 1975, pp. 91-103.

²² Así en España en la reforma de 1985 se incorpora la audiencia preliminar para determinados asuntos (Ley de Reforma Urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Juicios de menor cuantía. Casación y otros aspectos fundamentales de la Ley del 6 de agosto de 1984, Madrid, 1985).

²³ SALINAS SUÁREZ DEL REAL, Mario. "Principios rectores del Derecho Procesal del Trabajo" En: Derecho Laboral en Iberoamérica, dirigido por Baltazar Cavazos Flores. Editorial Trillas, México, 1990. p. 892.

²⁴ CAVAZOS FLORES, Baltasar. Síntesis de Derecho Laboral comparado. Ed. Trillas, México, 1991, p. 69.

Algunas legislaciones como Panamá, Colombia, permiten al juez fallar **ultra-petita** si las peticiones son inferiores a lo previsto en la ley y también para fallar **extra-petita** siempre que los hechos hayan sido probados en el proceso.

De la anterior visión general de algunas disposiciones adjetivas de las legislaciones iberoamericanas podemos anotar entre las fallas comunes del sistema procesal imperante las siguientes:

- a) Ausencia en muchos países iberoamericanos de una ley especial adjetiva del Trabajo encontrándose las disposiciones procesales dispersas en la legislación sustantiva y son inoperantes y anticuadas.
- b) Falta de una justicia especializada y de una regulación precisa del Derecho Procesal del Trabajo: la mayoría de las legislaciones remiten constantemente a las normas del Derecho común presentándose problemas de interpretación en los casos de colisión de normas previstas en diferentes textos legales.
- c) Excesiva atribución de funciones jurisdiccionales a la administración pública del trabajo.
- d) Carencia de intervención activa del juez desde el comienzo del proceso para lograr que la parte económicamente más débil tenga un fácil acceso a la justicia. Algunas legislaciones otorgan facultad al juez desde el comienzo del proceso, al establecer la audiencia preliminar con presencia obligatoria de las partes. En dicha audiencia el juez asesora a las partes sin violar el derecho de defensa, por cuanto estando todos presentes permite a la contraparte conocer la nueva pretensión y oponer su defensa, lográndose así la simplificación del proceso²⁵.
- e) Atribución de la función conciliadora que deberá corresponder al juez, como técnico en Derecho y mejor conocedor del alcance de las pretensiones de las partes a organismos administrativos del trabajo.

²⁵ Véase como ejemplo de esto la Legislación Mexicana del CPCDF. En el nuevo régimen mexicano del S.F. se dispone que en la audiencia preliminar el juez verificará la regularidad de la demanda y contestación (272-A) pudiendo ordenar la subsanación de los defectos o disponer de las medidas necesarias a ese fin (272-D); resolver todas las excepciones dilatorias y presupuestos procesales salvo la incompetencia (Art. 35). Hará valer de oficio la litispendencia y la cosa juzgada si no se hubiere opuesto.

f) Lentitud: por las formalidades exigidas en la tramitación de los procesos, trabas para la citación del demandado, excesivo trámite de las incidencias, falta de regulación de la doble instancia y el recurso de casación.

g) Escritura: el proceso es mayoritariamente escrito, fraccionado en etapas y sin inmediación, lo cual conlleva a la poca utilización por parte de los jueces laborales de las facultades para buscar la verdad y decretar de oficio las pruebas. En la mayoría de los procesos laborales las pruebas son iniciativa de las partes y las diligencias para mejor proveer aunque consagradas en algunas legislaciones, en la práctica son excepcionalmente usadas.

Algunos juslaboralistas señalan como falla el que no se conceda a los jueces facultad para fallar *extra petita y ultra petita*, facultad esta reconocida en algunas legislaciones. Pensamos que este punto debe ser cuidadosamente estudiado, meditando las ventajas y desventajas que podrían presentarse. Nos resulta necesaria la intervención activa del juez en el proceso laboral y la protección que éste debe prestarle al económicamente más débil, pero el permitirse que en la sentencia el juez falle sobre algo no pedido podría violar las garantías del proceso y el derecho de defensa en juicio, ya que se falla sobre algo no reclamado, ni discutido, en lo que el demandado no tuvo oportunidad de presentar pruebas ni de defensa alguna.

CONVENIENCIA DE LA UNIFICACION DEL DERECHO PROCESAL LABORAL EN IBEROAMERICA

La breve referencia que hemos hecho al Derecho Procesal Laboral Comparado nos lleva a plantearnos la conveniencia, en los actuales momentos, de la unificación del Derecho Procesal iberoamericano.

Como expresáramos, existen factores favorables que propician un proceso de unificación de las legislaciones sociales iberoamericanas, sin desconocer que muchas diferencias de las legislaciones responden a condiciones ambientales de cada país, difíciles por lo tanto de eliminar. También reconocemos que la tesis de la unificación de las legislaciones laborales sustantivas y adjetivas de estas veinte naciones, que tienen sin lugar a dudas semejantes y comunes problemas sociales, tiene defensores muy calificados y que como dejáramos expresado ya, ha comenzado a trabajarse en el proceso unificador.

Sin embargo, creemos que por lo menos en lo que respecta a lo instrumental, hay pasos previos que deben darse. En los actuales momentos consideramos que no están dadas las condiciones para lograr en la práctica la unificación del Derecho Instrumental Laboral. Debe lograrse primero que el Derecho Adjetivo Laboral de cada país se integre al proceso renovador que está vigente en el Derecho Sustantivo.

Como anotáramos en el campo del Derecho Sustantivo, entre los intentos por la unificación se llegó a redactar un Código Iberoamericano Laboral, con carácter programático ya que como es sabido un Código Iberoamericano no podría en la praxis regir efectivamente ningún país, salvo el caso en que estos países llegaran a constituir una Federación o Confederación. Sostenemos que antes de efectuar estos intentos en el campo instrumental debe lograrse que el proceso renovador del Derecho Adjetivo Laboral comience por las legislaciones nacionales, de acuerdo a las necesidades y posibilidades de cada país.

CONSIDERACIONES PARA FUTURAS REFORMAS

Adhiriéndonos a la opinión mayoritaria de la actual doctrina procesal laboral y siguiendo los lineamientos de algunas legislaciones avanzadas como la Mexicana, la de Brasil, Uruguay, nos permitimos concluir este enfoque con el señalamiento de algunos aspectos que creemos de interés considerar en futuras reformas a la legislación adjetiva de nuestros países, o en la elaboración, si se estimare prudente, de un cuerpo legislativo modelo, para posibles reformas de las legislaciones nacionales, a saber:

1. Creemos necesario el señalamiento expreso en la legislación procesal laboral de los principios específicos de Derecho Laboral. En la consagración de estos principios deben seguirse las orientaciones de los más modernos procesos laborales.
2. De acuerdo a lo antes expresado y como solución más eficaz contra la excesiva duración del proceso, debe procurarse la efectiva realización de los principios de oralidad, abreviación de los trámites, el principio de publicidad, de inmediación y de concentración.
3. Respecto a las Notificaciones, Citaciones, Emplazamiento a las partes y al tercero procesal es donde más palpablemente debe manifestarse la idea de una

mayor celeridad procesal. Tradicionalmente, el retraso en el cumplimiento de estos actos es una de las causas principales de la lentitud de los procesos. La ley procesal laboral debe darle entrada a medios de comunicación usados con profusión en la sociedad y que han sido admitidos en algunas reformas a las leyes de procedimiento ordinario, como el caso del correo certificado en Venezuela. Creemos que el proceso laboral para imprimir aún más celeridad a estos actos debe recoger en su texto la citación por telegrama o cualquier otro medio idóneo, con lo que quedaría abierta la posibilidad del uso de los medios de comunicación que la técnica vaya poniendo a disposición de la sociedad.

4. En cuanto a los términos y plazos debe modificarse esta materia y adaptarla a las exigencias del proceso social, así, debe caracterizar la reforma el impulso procesal, y que consiste en que caducado el plazo concedido para la realización del acto procesal, y se haya llevado o no a efecto, el órgano jurisdiccional haga avanzar el proceso a las fases siguientes hasta su conclusión, sin necesidad de instancia de parte.

5. Debe adoptarse el principio del finalismo, disponiéndose que a falta de forma prevista, predomine la que sea idónea al fin perseguido.

6. Creemos aconsejable consagrar en la legislación una audiencia preliminar en la cual se intente la conciliación de las partes, se precisen los hechos en que haya desacuerdo y se depure el proceso mediante la adopción de las medidas procesales que se estimen conducentes.

7. La alegación de "excepciones" o cuestiones previas, debe retrasar lo menos posible la tramitación del asunto. El sistema actual de tramitación de excepciones en forma idéntica pero con disminución de lapsos del proceso civil ordinario, padece sin lugar a dudas de la rapidez en el trámite, norma básica en la jurisdicción laboral. Se hace necesario acudir a otros recursos. La imposición de sanciones al litigante de mala fe que promueva excepciones sin fundamento, aceptada en algunas legislaciones laborales, o la decisión de la incidencia en la definitiva pudieran ser materia de revisión.

8. La necesidad de jueces especializados en materia laboral y de una correcta selección, es fundamental, con más razón si se aumentan las facultades del Tribunal y se procura la efectividad del importante principio de inmediación.

9. En el proceso civil al regularse los medios de pruebas, en legislaciones avanzadas (Argentina, Colombia, México, Venezuela) se prevé la utilización de todos los no previstos expresamente, excepción hecha de los prohibidos por la ley. Creemos que la legislación procesal laboral debe igualmente regular estos medios modernos de prueba (ej. la prueba de reproducciones, prueba por informes). En la valorización de los medios de prueba deberá prevalecer el sistema de apreciación racional de conformidad a las reglas de la sana crítica.

10. Así como es importante la dirección por el juez del proceso, desde el comienzo y fundamentalmente en la audiencia preliminar, se hace igualmente necesaria en lo que respecta a las pruebas. Así el juez deberá estar facultado para decretar de oficio la comparecencia de las partes para interrogarlas, ordenar informes, experticias, inspecciones, examen de documentos, ordenar la evacuación de las pruebas promovidas por las partes y no evacuadas oportunamente. Igualmente deberá estar facultado para cualquier otra diligencia necesaria para el esclarecimiento de la verdad. (Ej. dictar autos para mejor proveer, etc.).

11. La sentencia debe dictarse lo más inmediato posible al terminar el período de pruebas.

12. Regulación de los recursos. Señalando los casos en que se permita la doble instancia y la casación, limitándola en cuanto a la cuantía, a la naturaleza de la controversia.

13. Prever la ejecución provisional de la sentencia recurrida, si se presenta garantía suficiente.

14. Estudiar la posibilidad de establecer un solo recurso de ilegalidad más limitado, que sustituyera la casación.

Cualquiera sea la metodología que se adopte, es indudable la necesidad de reunir ciertas orientaciones.

BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE; CALDERA; DE BUEN; HERNANDEZ; LUCENA; VILLASAMIL.
Relaciones laborales en América Latina. Coordinado por; Oscar Hernández Alvarez.- Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara. Venezuela. /s.f./

ALVAREZ, Víctor M. "Aspectos sociales y legales de la legislación laboral latinoamericana". Primer Congreso Latinoamericano de Colegios de Abogados, Caracas. En: **Boletín Academia de Ciencias Políticas y Sociales**, Vol. 42, 105-106 (1986) pp. 55-67.

BLASCO, Benjamín y ALCAZAR, Rafael L. **Derecho Procesal Laboral.** Talleres Editoriales Librería Gral. Pedro Carbuna, Zaragoza, 1974.

CAVAZOS FLORES, Baltasar. **Síntesis de Derecho Laboral Comparado.** 1^a ed. Editorial Trillas, México, 1991.

DEBATE LABORAL. Revista Americana e Italiana del Trabajo. Directores: Gianni Arrigo, Gino Giugni, Rosario Guido, Nicosia, Tiziano Treu, Bernardo Van der Laat. Publicada en Costa Rica en el marco del proyecto. Universidad de Costa Rica. Iscos Cisl, Ministerio de Relaciones Exteriores de Italia, Roma. Vol. 5, 1, 2, 4, 5, 1988-1989-1990.

DERECHO LABORAL EN IBEROAMERICA. Editado bajo la dirección de Baltasar Cavazos Flores.- Editorial Trillas, México, 1981.

GARCIA GOMEZ, Ramón A. **La responsabilidad en materia laboral y otros temas de Derecho del Trabajo.** Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra, Departamento de Publicaciones, Santiago, República Dominicana, 1990.

HERNANDEZ RUEDA, Lupo. **Novedades y tendencias actuales del Derecho del Trabajo.** 1^a ed. Instituto de Estudios del Trabajo, Editora Caripio, Santo Domingo, República Dominicana, 1987.

JUSLABORALISMO EN IBEROAMERICA. Libro Homenaje al Dr. Víctor M. Alvarez. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas Venezuela, 1990.

LOPEZ APARICIO, Alfonso; SALMORAN de TAMAYO, Marfa Cristina; HOYOS, Arturo; FABREGAS P., Jorge; MONTENEGRO BACCA, José; BARBAGELATA, Héctor Hugo; ALFONZO GUZMAN, Rafael J. **El Derecho Latinoamericano del Trabajo.** Tomo II, 1^a ed. Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Derecho, Dirección General de Publicaciones, México, 1974.

REVISTA IBEROAMERICANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL. N° 1, sep.-dic. 1983. Impresa en Mijan, Estudio Técnico de Arte Gráfica, Avila (España), 1983.

TISSEMBAUM, Mariano; PEREZ PATON, Roberto; MORALES FILHO, Evaristo; GONZALEZ CHANY, Guillermo; WALKER LINARES, Francisco; WALKERERRAZÚRIZ, Francisco; VALENCIA, Hugo; LOPEZ LARRAVE, Mario. **El Derecho Latinoamericano del Trabajo.** Tomo I, 1^a ed. Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Derecho, Dirección General de Publicaciones, México, 1974.

TRUEBA URBINA, Alberto y TRUEBA BARRERA, Jorge. **Nueva Ley Federal del Trabajo Reformada.** 36^a ed., Editorial Porrúa, México /s.f./

VILLASMIL, Fernando. **Los poderes del juez del Trabajo.** Publicaciones de la Asociación Zuliana de Abogados Laboralistas (AZAL), Maracaibo (Venezuela), 1979.

Metodología y técnica jurídica

J.M. Delgado-Ocando

Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, N° 85,
Universidad Central de Venezuela
Caracas, 1992



SUMARIO:

1.1. La dialéctica y la retórica, modalidades del pensamiento discursivo.- 1.2. Verdad formal y verdad ontológica. La diversificación de la lógica.- 1.3. La lógica específica del Derecho.- 1.4. La técnica jurídica y el procedimiento de la controversia. 1.5. La lógica jurídica y las reglas paralógicas o extralógicas. 1.6. La unidad de la lógica.- 2.1. La técnica, fenómeno social. 2.2. La técnica jurídica es una técnica social específica.- La función de la técnica jurídica.- 2.3. La construcción y el sistema.- 2.4. Presunciones y ficciones.- 3.1. Tópica casuística.

1.1. LA DIALECTICA Y LA RETORICA, MODALIDADES DEL PENSAMIENTO DISCURSIVO

En la concepción aristotélica, el campo de la investigación lógica comprende toda la complejidad del pensamiento dianoético, es decir, tanto la silogística como la dialéctica; por consiguiente, comprende no sólo la ciencia rigurosa, rígida, de la verdad necesaria, sino también las formas más flexibles del pensamiento probable o plausible (Vid. P. Cosmovici, *La logique juridique à la lumière du rapport entre la logique et les autres sciences*, Actes du Congrès Mondial de Philosophie du Droit et de Philosophie Sociale, Bruxelles, Etablissements Emile Bruylants, 1971, p. 461). La dialéctica, al intervenir en la técnica de las discusiones, constituye una guía de la argumentación tendente a convencer al adversario. La retórica -anexa a la dialéctica- tiene el mismo objetivo, pero utiliza otros medios destinados a conmover a quienes deben ser convencidos. Tanto la dialéctica como la retórica constituyen un aspecto incontestable del pensamiento discursivo.

1.2. VERDAD FORMAL Y VERDAD ONTOLOGICA. LA DIVERSIFICACION DE LA LOGICA

La lógica stricto sensu se ocupa de las condiciones de la **verdad formal**. Ahora bien, el objeto de cada ciencia es alcanzar la **verdad ontológica** en los fenómenos que estudia. El tránsito de la verdad formal a la verdad ontológica es posible siempre gracias a la lógica, pero esta vez comprendida *lato sensu*, en tanto que ciencia de la ciencia, esto es, como teoría de los métodos y de los procedimientos lógicos. Por su contribución al nacimiento de la lógica, las ciencias han adquirido por las formas, las leyes, las operaciones y los procedimientos de ésta un poderoso instrumento para su propio desarrollo y para el establecimiento de la verdad. Aristóteles no concibió la lógica como una ciencia entre otras, sino como un **organon**, una propedéutica de todas las ciencias, como su fundamento, razón por la cual está construida de otra manera. Su forma, leyes y categorías no poseen un contenido fáctico concreto; son más bien tautologías que tienen un contenido de extrema generalidad aplicable a una infinidad de situaciones en todo dominio de la ciencia. Siendo una teoría de la demostración, examinando todas las formas y las leyes del pensamiento, la lógica es el instrumento por excelencia del conocimiento científico del cual es imposible prescindir. Por nuevos y variados que sean los problemas que se planteen hoy los lógicos, la concepción aristotélica de la lógica de la ciencia conserva su carácter esencial. De ello resulta que toda “lógica” especial (lógica de los diferentes dominios de la ciencia) debe tener su punto de partida en el **organon** aristotélico. Incluso la lógica matemática, con sus sistemas fundados en lenguajes formalizados, en cálculos lógicos, que no exigen para su validez sino coherencia o no contradicción interna, no puede ignorar totalmente la experiencia ni la realidad objetiva sin caer en un idealismo estéril. La necesidad de la diversificación de la lógica, en cuanto **organon** de las ciencias, exige, pues, que las lógicas “especiales” sean sistemas de lógica formal adecuados a los diferentes objetos de la ciencia (P. Cosmovici, *op. cit.* pp. 462 - 463).

1.3. LA LOGICA ESPECIFICA DEL DERECHO

A la luz de estas consideraciones generales, la creación de una lógica jurídica parece viable. Pero es evidente que sólo podría ser un sistema lógico bien determinado, adaptado al material jurídico, y no un sistema opuesto a la lógica formal o construido fuera de ella. Es conveniente ofrecer un panorama de los

esfuerzos realizados en la literatura jurídica especializada por precisar el perfil de la lógica específica del Derecho. Ch. Perelman, por ejemplo, sostiene que no hay razón alguna para hablar de una lógica jurídica, del mismo modo que no se puede hablar de una lógica química o biológica. Tampoco se puede reivindicar la especificidad de la lógica jurídica mediante un sistema como el de G.H. von Wright, puesto que los análisis y formalizaciones de esta lógica se aplican a todos los enunciados que contienen elementos prescriptivos, y no sólo a los enunciados jurídicos. Sin embargo, la lógica jurídica podría constituirse al lado de la lógica formal, como una lógica no formal consagrada a la argumentación, es decir, al conjunto de razonamientos que sostienen o combaten una tesis, que fundan o critican una solución dada a un conflicto jurídico. Para justificar este punto de vista, se observa que las tesis no se fundan en pruebas demostrativas, sino en argumentos cuya fuerza y pertinencia son apreciados de modo distinto. Lo que se llama algunas veces "demostración" en Derecho no es, en realidad, más que argumentación, y la lógica jurídica comprendería justamente el estudio de los esquemas argumentativos no formales propios del contexto jurídico. En este sentido la lógica jurídica tendrá que examinar las argumentaciones específicas del Derecho, tales como han sido enseñadas, durante siglos, bajo el nombre de **tópica jurídica**, las cuales tienen su fundamento en la dialéctica aristotélica. Cosmovici observa, sin embargo, que nada se opone al uso específico de sistemas de lógica formal a cada dominio de investigación. Observa, además, que Perelman no destaca suficientemente la distinción entre el dominio lógico y el dominio metodológico o epistemológico. Así, por ejemplo, la inducción y la deducción son tanto formas del pensamiento como métodos, de modo que su utilización en el cuadro de las diferentes ciencias presenta caracteres específicos que pueden encontrarse no sólo en una lógica "especial" sino también en el campo de la metodología y la epistemología (P. Cosmovici, *op. cit.*, pp. 464 - 465).

1.4: LA TECNICA JURIDICA Y EL PROCEDIMIENTO DE LA CONTROVERSIA

Michel Villey sostiene un criterio similar al de Perelman. En la controversia judicial del Derecho romano o medieval, dice Villey, no se empleaba una argumentación lógico-formal propiamente dicha. La técnica utilizada tenía más bien a un acuerdo lo más amplio posible entre las opiniones, la aproximación a la verdad, el camino a partir de los principios y reglas hasta la sentencia, lo cual

constituía un ir y venir permanente desde los conceptos al caso concreto. Hoy como ayer existe en el Derecho un aspecto vivo e imprevisible que no permite la constitución de una ciencia axiomática. En esta situación, sólo el procedimiento de la controversia y el estudio de la dialéctica aristotélica -y no al intuicionismo o la ficción de un sistema deductivo- puede conducir a la lógica del Derecho.

1.5. LA LOGICA JURIDICA Y LAS REGLAS PARALOGICAS O EXTRALOGICAS

Según la concepción de G. Kalinowski, el pensamiento jurídico no puede substraerse a la lógica formal para quedar sometido exclusivamente a la "lógica jurídica" considerada como esencialmente diferente a la lógica formal y, especialmente, a la lógica matemática. La razón humana no puede seguir caminos hasta tal punto tan diversos que lo que sea lógico para el jurista no lo sea para el matemático. Podemos admitir, sin embargo, que en sectores esencialmente distintos a las ciencias, la razón no implique las mismas exigencias lógicas. En otros términos, pese a su especificidad, la lógica jurídica es lógica en la medida en que es una aplicación de la lógica formal -la misma en todos los dominios- al dominio del Derecho. No obstante, cuando utiliza reglas no lógicas (paralógicas o extralógicas), la lógica jurídica deja de ser lógica en sentido propio, aunque sea racional (razonable) en el dominio del Derecho. La diferencia entre las reglas lógicas -ciertas o probables- y las reglas racionales o no lógicas del razonamiento, que se dividen, a su vez, en reglas paralógicas (tópicas o retóricas) y reglas extralógicas (morales, religiosas, políticas, jurídicas, etc.), no parece satisfactoria, porque las reglas tópicas son, en la concepción de Aristóteles, lógicas, y no paralógicas. Del mismo modo, la "lógica especial" de una ciencia no puede ser separada de toda vinculación con la lógica formal, aunque sea, a pesar de todo, racional (razonable) [I. Ceterchi, "Le rôle de la dialectique materialiste dans la pratique de droit", en *Le raisonnement juridique*, Actes cit., pp. 466 - 467].

1.6. LA UNIDAD DE LA LOGICA

La lógica no puede estar limitada hoy a la lógica clásica, a la lógica simbólica, a la lógica dialéctica materialista (metalógica). Estos tres horizontes coexisten y se interpenetran. Ninguna lógica "especial" puede constituirse fuera de ellas, o dicho de otro modo, toda lógica "especial" es una adaptación de la lógica -concebida en su conjunto- al objeto concreto de la ciencia en que debe ser

aplicada, sin usurpar el dominio de la metodología o de la epistemología. Desde esta perspectiva, las discusiones sobre el fundamento lógico o racional (razonable) de los razonamientos jurídicos o sobre el carácter formalizable y no formalizable del Derecho pierden su interés, por lo que la investigación científica debe dirigirse al análisis de la manera específica en que la lógica formal, los esquemas y cálculos de la lógica simbólica así como los principios o leyes de la metalógica se aplican al proceso complejo del pensamiento jurídico (*Ibidem*, pp. 467 - 468).

2.1. LA TECNICA, FENOMENO SOCIAL

La técnica posee un aspecto objetivo y uno subjetivo. El primero consiste en que la técnica se realiza sobre la base de las leyes objetivas de la naturaleza y de la sociedad. El segundo está determinado por la voluntad, el saber, el proyecto y el plan de actividades prácticas del hombre que crea la técnica. Como fenómeno social, la técnica no está libre de la acción de las leyes objetivas del desarrollo de la sociedad. Así, la turbina a vapor de Herón quedó como una curiosidad histórica, porque en la época de la esclavitud no podía tener un uso económicamente justificado. Las leyes de la técnica son leyes de finalidad, pues todas las obras y dispositivos técnicos y sus elementos son creados de tal manera que, al funcionar, son medios que el hombre utiliza para alcanzar determinados objetivos. Si se considera el saber científico de su conjunto, se le puede dividir en dos campos: el del saber científico sobre las leyes de la naturaleza y de la sociedad y el del saber científico de las leyes de la transformación utilitaria de la naturaleza y la sociedad en el sentido de progreso. Este último es el saber técnico. El saber técnico es, por eso, el conocimiento de la experiencia práctica y su generalización bajo formas de reglas de la creación técnica. Desde este punto de vista, y gracias al carácter social de la técnica, las leyes que la constituyen no son una simple aplicación de las leyes de la naturaleza o una simple réplica de estas leyes. Existe en cierto sentido, además de la materia natural de la técnica, una "materia social" que puede ser puesta en evidencia en el curso del funcionamiento de la técnica y de su interacción con el hombre cuando cumple su principal destino, que es servir a la realización de los objetivos de la sociedad (Boris Ukraintserv, "Las ciencias de la naturaleza y de la sociedad y el saber técnico", en *Hombre, ciencia, técnica, enfoque filosófico*, Academia de Ciencias de la URSS, Buenos Aires, Editorial Cartago, 1973, Trad. de Claire Nerac y Piero Patini, pp. 184 - 187).

2.2. LA TECNICA JURIDICA ES UNA TECNICA SOCIAL ESPECIFICA. LA FUNCION DE LA TECNICA JURIDICA

Kelsen ha dicho que el Derecho es una técnica social específica y que el contenido de las normas jurídicas es extrajurídico. El jurista que ofrece una sola interpretación como la única correcta entre las varias posibles que permite un texto legal -escribe Kelsen- no realiza una función científica, sino política. Por eso, mientras el contenido de las normas es de naturaleza política y social, la "puesta en forma" de dicho contenido es lo específicamente jurídico. Ahora bien, la "puesta en forma" técnica del Derecho no se limita a su positividad y validez. El Derecho requiere vigencia, es decir, "realizabilidad" material o "chance" de que llegue a ser cumplido y ejecutado. Esta vigencia se extiende a la realización de los fines para los cuales el Derecho ha sido instituido. La técnica jurídica cumple, para alcanzar esta realización efectiva de las normas, una triple tarea formal, a saber: a) Organizar un mecanismo eficaz de sanciones, preventivas y represivas; b) Instituir un régimen de pruebas que haga cómoda y segura la demostración de los hechos jurídicamente relevantes; c) Sistematizar las normas de modo que su manejo resulte más eficaz y comprehensivo. Instrumentación de la coacción tendente al cumplimiento y ejecución; instrumentación de la prueba, destinada a la correcta administración de justicia; instrumentación intelectual de los conceptos y construcciones jurídicas proyectada al dominio sistemático del complejo dúctil, abundante y a veces contradictorio de las normas positivas; he aquí la función específica de la técnica social en que consiste el Derecho (Vid. Jean Dabin, *La technique de l'élaboration du droit positif spécialement du droit privé*, París, Sirey, 1935, pp. 59 - 60).

2.3. LA CONSTRUCCION Y EL SISTEMA

La construcción jurídica debe entenderse no como confección de las normas o de los conceptos que la constituyen; tampoco como explicación de los contenidos normativos; sino como explicación formal de aquéllas en relación con un principio capaz de unificarlas en un sistema congruente (Cf. Dabin, *op. cit.* p. 186). Ejemplos de esta técnica son el concepto de *nasciturus*, la persona jurídica, el mandato doméstico, la continuación de derecho de la posesión en la persona del sucesor a título universal, el efecto declarativo de la partición, la noción de patrimonio vinculada a la de personalidad. En todos estos casos la técnica introduce en el complejo de normas un elemento de coherencia lógica que

simplifica su exposición y manejo. Veamos dos casos, a saber, la materia de sucesiones y la noción de patrimonio. En efecto, el jurista puede manejar todas las normas relativas a las clases de sucesiones, a la capacidad y al orden de suceder, a la representación, a la partición, etc. y siempre quedará al nivel de las realidades inmediatas que constituyen el estatuto jurídico de las transmisiones *mortis causa*. Pero sólo cuando, al elevarse por encima de tales normas y de su justificación pragmática, enuncia la idea de que el heredero aceptante “continúa la persona del difunto”, el jurista “construye”, es decir, explica formalmente el alcance del complejo normativo que regula la relación jurídica considerada. Otro caso es el del patrimonio. El nexo establecido por la doctrina clásica entre la noción de patrimonio y la de personalidad hace excluir a Ripert que el estudio de las llamadas personas morales no corresponde a la teoría de las personas, sino más bien a la teoría de los bienes. Así, el patrimonio afecto a un fin es la idea que reencuentra intactos en el patrimonio los caracteres generales de la personalidad-unidad, indivisibilidad, intransmisibilidad, al menos entre vivos (Cf. Dabin, *op. cit.*, p. 194). Aunque la construcción es, por esencia, *a posteriori*, pues su papel consiste en introducir en la masa de normas un orden lógico que las haga manejables, no se excluye la posibilidad de la influencia de la construcción sobre la realidad, de modo que aquélla colabora con ésta en la organización y desarrollo del Derecho. Se asiste así a un juego de influencias recíprocas, de la realidad sobre la idea, de la idea sobre la realidad, que produce un complejo donde el principio de Derecho aparece desde el comienzo encastrado, integrado en su construcción formal (*Ibidem*, p. 204).

2.4. PRESUNCIÓNES Y FICCIONES

El artículo 1.394 del Código Civil define las presunciones así: “Las presunciones son las consecuencias que la Ley o el Juez sacan de un hecho conocido para establecer uno desconocido”. Se observa que esta definición está inscrita en un capítulo del Código Civil (Sección III, título III, Capítulo V) que se intitula “De la Prueba de las Obligaciones y su Extinción”. De esta definición legal de la presunción podemos extraer los siguientes elementos: 1º La presunción es un medio de prueba. 2º La presunción comporta una relación entre dos hechos: un hecho conocido y un hecho desconocido. 3º Esta relación es una relación de verosimilitud: la existencia del hecho conocido hace probable la existencia del hecho desconocido. 4º Esta relación puede ser afirmada por la ley (presunción legal) o por el juez (presunción judicial o del hombre). Estas últimas “quedarán

a la prudencia del Juez, quien no debe admitir sino las que sean graves, precisas y concordantes, y sólo en los casos en que la Ley admite prueba testimonial” (Artículo 1.399 del Código Civil). Al precisar lo que es la presunción legal, el artículo 1.395 ejusdem prescribe que las consecuencias pueden ser atribuidas por la ley a ciertos actos o a ciertos hechos. El hecho desconocido puede ser un hecho material o un hecho jurídico. El Código Civil se refiere, por ejemplo, a “la autoridad que da la ley a la cosa juzgada”. La presunción de verdad de la cosa juzgada parte de un hecho conocido, a saber, la sentencia, un acto jurídico, para producir la prueba en otro proceso de un hecho que podría ser, él mismo, un hecho jurídico (ejemplos: la existencia de una infracción, la cualidad de comerciante, la filiación legítima o natural, etc.). “La ficción, según Henri De Page, es un procedimiento de técnica jurídica que, en la reglamentación de lo real y con vistas a su prensión por las reglas, substituye deliberadamente lo real por lo irreal”. René Dekkers, por su parte, define la ficción como “un procedimiento técnico que consiste en colocar por el pensamiento un hecho, una cosa o una persona, en una categoría jurídica conscientemente impropia, para beneficiarla, por vía de consecuencia, de tal solución práctica, propia de esta categoría”. Los mismos elementos esenciales encontramos en la definición de Pierre Pescatore: “La ficción es un procedimiento, legal o jurisprudencial, que consiste en suponer un hecho o una situación diferentes de la realidad, con vistas a deducir de ellos consecuencias jurídicas determinadas” (A. Vanwelkenhuyzen, “La présomption de constitutionnalité de la loi et du décret en droit belge” en el volumen *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruxelles, Etablissements Emile Bruylant, 1974, pp. 259-262). De estas tres definiciones doctrinales podemos deducir que:

1º La ficción es un procedimiento técnico: la técnica jurídica garantiza la “practicabilidad social de las reglas” de Derecho. 2º La ficción se aparta deliberadamente de lo real, de lo que es verdadero o exacto. 3º La ficción es una operación que interviene después de una primera calificación de lo real: después de haber calificado una cierta situación de hecho, el Derecho, a través de la ficción, sustituye el análisis hecho en el primer momento por una calificación conscientemente errónea o, al menos, que hace abstracción de la realidad reconocida y expresada en términos de Derecho. 4º La ficción busca atribuir a una situación jurídica determinada las consecuencias de Derecho que resultarian de una situación jurídica diferente; transpone, de este modo, a un caso para el cual no han sido establecidas, un conjunto de normas cuya aplicación se trata de lograr. Los autores distinguen la ficción de la presunción y, más particularmente, de la presunción irrefragable por el carácter consciente y voluntario de la

alteración de la realidad por la ficción. “En virtud de la presunción, se tiene por establecido lo que es probable, al menos, posible y normal” (Pescatore). “Al contrario, la ficción es una alteración consciente y querida de la realidad” (A. Vanwelkenhuyzen, *op. cit.*; p. 263). En suma, la presunción y la ficción son tropos; la primera es una relación metonímica; la segunda, metafórica [Vid. mi libro *Ficciones y presunciones en el Código Civil venezolano*, Maracaibo, CEFID, Universidad del Zulia, 1974, especialmente capítulos V y VI, pp. 60 y ss.].

3.1. TOPICA Y CASUISTICA

Mutatis mutandis la tópica jurídica procede según las instancias del discurso casuístico, a saber, la Sagrada Escritura, documentos eclesiásticos (teológicos o canónicos), doctrina y opinión de los teólogos y moralistas (“doctores”), legislación secular, costumbres, opinión de personas ilustradas, sentimiento común, “experiencia”, “razones”, etc. Todos estos *topoi* podrían ser catalogados bajo dos grandes rúbricas: las “autoridades” y las “razones”. En los casos de equidad, el jurista, como el casuista, pasa de una “autoridad” a otra, en favor de una “razón” que manifiestamente se impone como un lugar común o como un “proverbio” (Jules Gritti, “Dos actos de lo verosímil: la casuística y el correo sentimental” en *Lo Verosímil*, Buenos Aires, Editorial Tiempo Contemporáneo, 1970, Trad. de Beatriz Dorriots, pp. 130 - 131). La tópica, -dice Barthes- parte importante de la *inventio*, reserva de lugares comunes o especiales, de la que se podía extraer la premisa de los entimemas, tuvo una enorme fortuna en toda la antigua retórica. “Región de los argumentos”, “círculo”, “esfera”, “fuente”, “pozo”, “arsenal”, “colmena”, “tesoro donde duermen las ideas”, los retóricos no dejaron de celebrar en ella el medio absoluto de tener algo que decir. Forma preexistente a toda invención, la tópica es una reja, un simbolismo musical de escaques a través del cual se pasea el tema a tratar (*la quaestio*); de ese contacto metódico nace la idea -o al menos su comienzo, que el silogismo se encargará de prolongar en cierto modo mecánicamente-. La tópica tiene todos los prestigios de un arsenal de potestades latentes (Roland Barthes, *Sade, Loyola, Fourier*, Caracas, Monte Ávila, 1977, Trad. de Néstor Leal, pp. 64 - 65).



El centenario de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado

Gonzalo Parra-Aranguren

Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, N° 85
Universidad Central de Venezuela
Caracas, 1992



SUMARIO

I.- LOS ANTECEDENTES: 1.- La importancia de los tratados. 2.- Las enseñanzas de Pasquale Stanislao Mancini. 3.- Sus esfuerzos en favor de la codificación. 4.- La iniciativa holandesa. 5.- La primera sesión de la Conferencia de La Haya (1893).

II.- LA PRIMERA ETAPA DE LA CONFERENCIA: 6.- Las cuatro primeras reuniones (1893, 1894, 1900, 1904). 7.- La tentativa de codificar los Principios Generales. 8.- Los Convenios aprobados. 9.- Los problemas lingüísticos. 10.- El éxito de las reuniones. 11.- El impacto de la Primera Guerra Mundial.

III.- LA SEGUNDA ETAPA DE LA CONFERENCIA: 12.- Las nuevas tentativas del Gobierno holandés. 13.- Los Estados participantes en la Segunda Etapa. 14.- Las materias objeto de consideración.

IV.- LA TERCERA ETAPA DE LA CONFERENCIA: 15.- La adopción del “Estatuto”. 16.- La organización interna de la Conferencia. 17.- Su cooperación con otros organismos internacionales. 18.- Los Estados Miembros. 19.- El objeto de la Conferencia. 20.- Las Convenciones con “reglas de conflicto de segundo grado”. 21.- La Convención sobre legalización (1961), 22.- Las Convenciones sobre Derecho Procesal Civil Internacional. 23.- Los resultados obtenidos en el Derecho Civil Internacional. 24.- Las Convenciones sobre Derecho Mercantil Internacional. 25.- El abandono de la codificación global. 26.- El método de trabajo. 27.- Los idiomas oficiales. 28.- Las sugerencias de apertura idiomática.

V.- LA APERTURA DE LA CONFERENCIA: 29.- La participación de los Estados No-Miembros. 30.- La política adoptada sobre revisión de las convenciones, cooperación con otros organismos y utilización de recomendaciones o leyes modelo. 31.- La revisión de los modelos anexos a las Convenciones.

VI.- LA CELEBRACION DEL CENTENARIO: 32.- Los abusos de la adopción de menores en el seno de las Naciones Unidas. 33.- La consideración del asunto pór la Comisión Especial de la Conferencia (1988). 34.- Los contactos informales con Estados No-Miembros. 35.- La decisión de la Décima Sexta Sesión. 36.- El "Memorándum" informativo de febrero de 1989. 37.- La Primera Reunión de la Comisión Especial (junio de 1990). 38.- La posibilidad de utilizar el idioma castellano. 39.- La Segunda Reunión de la Comisión Especial (abril-mayo 1991). 40.- La Tercera Reunión de la Comisión Especial (febrero de 1992).

I.- LOS ANTECEDENTES

1.- Los antecedentes de la codificación en la época contemporánea remontan a Juan Voet quien, no obstante afirmar el principio de la territorialidad de la ley, también sostuvo la necesidad de permitir, en ciertos casos, la aplicación de legislaciones extranjeras por razones de *comitas gentium*. En consecuencia, aconsejó la celebración de Tratados para determinar los límites de vigencia en el espacio de los diversos ordenamientos jurídicos (*Commentarius ad Pandectas*, libro I título IV, *De statutis*)¹.

2.- La importancia de los acuerdos entre los Países fue destacada con particular énfasis, en el siglo XIX, por Pasquale Stanislao Mancini (1817-1888), quien insistió en la necesidad de los Tratados para uniformar las reglas de Derecho Internacional Privado. Sus primeros aportes doctrinarios sobre el tema encuentran expresión en la *Prolusione*, lección inaugural de la cátedra de Derecho Internacional Público y Privado, dictada el veinticuatro de enero de 1851 en la Universidad de Turín, bajo el título *Della nazionalità come fondamento del*

¹ DE LA PRADELLE, Paul. "Conférences de Droit International Privé de La Haye", *Reperoire de Droit International*, publicado bajo la dirección de DE LA PRADELLE, A. y NIBOYET, J.P., tomo IV, Paris, 1929, nr. 5, p. 535.

diritto delle genti²; y su conducta posterior a este respecto es digna de ejemplo, porque sus enseñanzas no se limitaron a meras elucubraciones teóricas, antes al contrario, pretendió su realización práctica apenas tuvo oportunidad de intervenir activamente en la vida política italiana.

3.- Las iniciativas diplomáticas de Pasquale Stanislao Mancini encontraron franca aceptación en la Cámara de Diputados ya en el año de 1863, pero su importancia fue mucho mayor cuando desempeñó el Ministerio de Asuntos Extranjeros del Reino de Italia. En efecto, a partir de septiembre de 1881 hizo gestiones oficiosas para conocer la posición de los Estados europeos y de algunos países sudamericanos (Argentina, Brasil y Chile) sobre la conveniencia de unificar las reglas de Derecho Internacional Privado; y en vista de su favorable respuesta, con el respaldo académico de la “Asociación para la Reforma y Codificación del Derecho de Gentes” (Milán, 1883), resolvió ampliar los objetivos del proyectado Congreso y extender la invitación a quince países europeos, a los Estados Unidos de América y a catorce Estados de la América Latina³.

4.- Sin embargo, a fines de 1884 la reunión tuvo que ser aplazada por “las condiciones higiénicas el Reino”⁴; poco tiempo después Pasquale Stanislao Mancini fue separado de la Cancillería y su fallecimiento en 1888 trajo consigo la paralización de los esfuerzos italianos para lograr la codificación del Derecho Internacional Privado. No obstante, la iniciativa se mantuvo vigente gracias a Tobias M.C. Aser (1838-1913), quien convenció al gobierno de los Países

² Años después, el treinta y uno de agosto de 1874, presentó su célebre Informe al recién constituido Institut de Droit International, cuyo título se explica por sí mismo: “De l’utilité de rendre obligatoires pour tous les Etats, sous la forme d’un ou de plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales du Droit international privé pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différentes législations civiles et criminelles”, *Journal de Droit International (JOURNAL)*, 1874, pp. 221-239; 285-304. Como consecuencia del Informe, el Institut de Droit International, en su sesión de Ginebra, aprobó el cinco de septiembre de 1874 una Resolución destacando: “La utilidad de un acuerdo común sobre reglas uniformes de Derecho Internacional Privado” (Hans Wehberg: *Tableau Général de Résolutions (1873-1956)*, Basilea, 1957, pp. 267-268).

³ PARRA-ARANGUREN, Gonzalo. “La Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello*, Caracas, 1987, Nr. 37, pp. 169-298.

⁴ El Encargado de Negocios de Italia notificó la suspensión del Congreso a la Cancillería venezolana, por circular de veinticuatro de noviembre de 1884 (*El Libro Amarillo*, 1885, p. 126); Pascual Stanislao Mancini: “Négociations diplomatiques du gouvernement italien avec les différentes Puissances relativement à la fixation par traité de certaines règles de d.i.p. et à l’exécution des jugements étrangers”, *JOURNAL*, 1885, pp. 43-44.

Bajos para que convocara con la misma finalidad a los Gobiernos europeos; y así fue hecho, con excepción de Grecia, Turquía y Serbia⁵.

La invitación estuvo acompañada de un **Proyecto de Programa**, en forma de cuestionario, donde fueron enumerados los principales problemas a considerar, agrupados en dos grandes capítulos: el primero, sobre “Principios Generales” (estado y capacidad de las personas, bienes y derechos reales, forma y fondo de los actos); y el segundo, relativo a Derecho de Familia (matrimonio, paternidad y filiación, adopción, patria potestad, tutela, interdicción, sucesiones y testamentos). De igual modo, para facilitar las discusiones, se distribuyó un “Ante-Proyecto de Disposiciones Generales en relación a los Conflictos de Leyes de Derecho Privado”⁶.

5.- Los esfuerzos del Reino de los Países Bajos tuvieron éxito: de los Gobiernos invitados, sólo la Gran Bretaña se abstuvo de participar, alegando las características especiales de su sistema jurídico; Noruega y Suecia tampoco estuvieron presentes a pesar de haber aceptado la invitación, pero los representantes de los demás Estados europeos, en número de trece, se reunieron el doce de septiembre de 1893, bajo la Presidencia de Tobias M.C. Asser, en “Conferencia de La Haya para reglamentar diversas materias de Derecho Internacional Privado”⁷.

II.- LA PRIMERA ETAPA DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA

6.- De esta manera comenzó la primera etapa de la Conferencia de La Haya, que comprende las cuatro reuniones celebradas a fines del siglo XIX y comienzos del presente (1893, 1894, 1900, 1904), todas ellas presididas por Tobias M.C.. Asser. A la sesión inaugural asistieron Alemania, Austria-Hungría, Bélgica, Dinamarca, España, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal, Rumania, Rusia y Suiza; en 1894 se incorporaron Suecia y Noruega; y en 1904 comenzó a manifestarse su apertura universalista con la participación del Japón.

⁵ OFFERHAUS, Johannes. “La Conférence de La Haye de Droit International Privé. Expériences et Perspectives”, *Annuaire Suisse de Droit International*, 1959, Tomo XVI, pp. 28-29.

⁶ DE LA PRADELLE, art. cit., nrs. 9-11, pp. 556-557.

⁷ BUZZATI, G.C. *Tratato di Diritto Internazionale Privato secondo le Convenzioni dell'Aja*, Vol. I, Milán, 1907, pp. 38-33; CONTUZZI, Francesco Paolo, *Diritto Internazionale Privato*, Milán, 1911, pp. 223-225.

Por tanto, el resultado de la iniciativa fue muy alentador; y al respecto expresa Julliot de la Morandière: “los Estados de la América del Sur se encontraban ya comprometidos entre ellos, por intermedio de la Unión Panamericana, en la negociación de convenciones sobre conflictos de leyes; los países anglosajones, en particular los Estados Unidos, son poco propicios a vincularse contractualmente con Estados cuyos sistemas de conflicto se encuentren menos impregnados que los suyos por la territorialidad. Los países nórdicos asistieron, pero se mantuvieron en actitud de reserva”⁸.

7.- El “Ante-Proyecto” preparado por el Gobierno Holandés para facilitar los trabajos de la Primera Conferencia perseguía la formulación, en ocho artículos, de los principios generales de Derecho Internacional Privado. Sin embargo, la idea fue considerada demasiado ambiciosa, en particular por el delegado de Francia (Louis Renault), quien hizo énfasis en la conveniencia de limitar las tareas al examen de los puntos específicos que ofrecieran mayor posibilidad de obtener resultados positivos; y de esta manera quedó descartado “todo método de síntesis científica derivado de principios abstractos, en favor de un método de soluciones prácticas a cuestiones concretas”⁹.

8.- La Primera Reunión de la Conferencia de La Haya concluyó con la preparación de conclusiones provisorias que debían someterse a los Gobiernos; y gracias a esta metodología, en las reuniones inmediatamente posteriores fueron aprobadas las Convenciones sobre: a) Procedimiento civil, el catorce de noviembre de 1894, reemplazada por la de diecisiete de julio de 1905; b) Conflictos de leyes sobre celebración de matrimonio, de doce de junio de 1902; c) Conflictos de leyes y de jurisdicciones relativos al divorcio y separación de cuerpos, de doce de junio de 1902; d) Tutela de menores, de doce de junio de 1902; e) Conflictos de leyes sobre los derechos y deberes de los cónyuges en sus relaciones personales y sobre sus bienes, de diecisiete de julio de 1905; y f) Interdicción y medidas similares de protección, de diecisiete de julio de 1905. Ahora bien, la composición “europea” de las reuniones durante la primera etapa explica la importancia reconocida a la ley de la nacionalidad para regular los

⁸ DE LA MORANDIERE, Julliot. “Le professeur J. Offerhaus et l’œuvre de la Conférence de Droit International Privé”, *De Conflictu Legum. Mélanges offertes à Roeland Duco Kollewijn - Johannes Offerhaus*, Leyden, 1962, p. 280.

⁹ DE LA PRADELLE, art. cit., nr. 12, p. 557.

problemas relativos al estado y capacidad de las personas, conforme a las doctrinas más aceptadas en la época por los diversos países del continente.

9.- Las cuatro primeras reuniones se celebraron en francés, en su carácter de idioma diplomático universalmente aceptado en aquellos tiempos; pero, no obstante, muy pronto fue sentida la necesidad de la interpretación uniforme de los textos convencionales, y se consideró inaceptable acudir a la *lex fori* para la debida inteligencia de los términos técnicos (*termini technici*), porque de esa manera se degradaría en nacional una norma de naturaleza internacional. En consecuencia, F. Meilli y A. Mamelok afirmaron, a comienzos de siglo, la conveniencia de incluir ciertas definiciones en las propias convenciones, para garantizar la uniforme interpretación de conceptos tales como tutela, *Trenung von Tisch und Bett*, y otros similares¹⁰.

10.- Aun cuando durante las primeras cuatro sesiones sólo se aprobaron "tratados cerrados", ¹¹ fueron recibidos con gran júbilo como un paso muy importante hacia la codificación del Derecho Internacional Privado. Los comentarios favorables no se limitaron al continente europeo y provinieron también del hemisferio americano, según lo comprueban las elogiosas expresiones de los intervinientes en el examen de las convenciones, con finalidad divulgativa, realizado en el "Congreso Mundial de Abogados y Juristas" que tuvo lugar en 1904, en Saint Louis, Missouri, con ocasión de la conmemoración del centenario de la compra de Louisiana por los Estados Unidos de América del Norte¹².

11.- Las aventuras bélicas de la segunda década del presente siglo dejaron sentir su huella en los trabajos de la Conferencia de La Haya. En efecto, en 1913 Francia denunció las Convenciones sobre celebración de matrimonio, divorcio y tutela; en 1918 Bélgica hizo lo mismo respecto a las Convenciones sobre

¹⁰ F. Meilli y A. Mamelok. *Das internationale Privat- und Zivilprozessrecht auf der Grund der Haager Konventionen. Eine systematische Darstellung*, Zurich, 1911, pp. 57-60.

¹¹ La apertura de las Convenciones de La Haya se produjo algún tiempo después, gracias al Protocolo Adicional suscrito en veintiocho de noviembre de 1923 y cuatro de julio de 1924 por los Estados Contratantes de cada uno de los Tratados, para permitir la adhesión de Países no asistentes a las respectivas Reuniones.

¹² *Official Report of the Universal Congress of Lawyers and Jurists held at St. Louis, Missouri, U.S.A. September 28, 29 and 30, 1904*, St. Louis, Missouri, 1905, pp. 131, 167-168. En esa oportunidad Daniel Josephus Jitta y F. Meilli presentaron sendas Ponencias sobre el tema: "A review of the Fourth Hague Conferences on Private International Law, the Object of the Conferences and Probable Results".

celebración de matrimonio y divorcio. En 1916, Francia denunció las Convenciones sobre los efectos del matrimonio y sobre la interdicción; en 1922 Bélgica también lo hizo con la Convención sobre los efectos matrimoniales; y la Convención sobre el divorcio fue denunciada sucesivamente por Suiza (1928), Suecia (1933) y Alemania (1933).

Por otra parte, fue sufrido el impacto de los Tratados de Versalles (1918), Saint Germain (1919) y Trianon (1920) que pusieron fin a la Primera Guerra Mundial, por cuanto, según sus cláusulas, sólo mantuvieron vigencia entre los países beligerantes los tratados multilaterales señalados en forma expresa; y de las Convenciones de La Haya únicamente fueron objeto de mención las relativas a procedimiento civil y a tutela, habiéndose guardado silencio respecto a las convenciones referentes al matrimonio y a la interdicción¹³.

III.- LA SEGUNDA ETAPA DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA

12.- Una vez concluida la Primera Guerra Mundial, el gobierno de los Países Bajos inició gestiones para mantener el funcionamiento de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado; y desde 1921 dirigió a los Países asistentes a las reuniones anteriores, cuestionarios sobre quiebra, reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, sucesiones, competencia en materia sucesoral, divorcio y separación de cuerpos, matrimonio y procedimiento civil. Los esfuerzos tuvieron éxito y, antes de la nueva interrupción, fueron celebradas la Quinta y la Sexta Reuniones (1925 y 1928), ambas presididas por B.C.J. Loder.

13.- Durante la segunda etapa de la Conferencia de La Haya se produjeron cambios importantes en la estructura de los Estados participantes: La Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas se abstuvo de continuar asistiendo, como lógica consecuencia del aislacionismo producido en virtud de la Revolución de octubre de 1917; pero el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte se incorporó a los trabajos, aun cuando originariamente con el único propósito de

¹³ MAKAROV, Alexander N. "Haagar Konventionen zum Internationalen Privatrecht, Wörterbuch des Völkerrechts, publicado por STRUPP, Karl - SCHLOCHAUER, Hans Juergen, Tomo I, Berlin, 1960, p. 748.

intervenir en las discusiones relativas a la quiebra. Sin embargo, de esta manera se comprendió la falacia del imaginario abismo que se creía existente y pudo comenzarse una fructífera cooperación entre los países de derecho continental y los del Common Law.

14.- Las materias objeto de examen sufrieron el inevitable impacto de las dificultades experimentadas: ante las lecciones de la experiencia fue comprendida la necesidad de abandonar programas muy ambiciosos y los temas que reflejaran con mayor vigor las tradiciones y los intereses demográficos de los Estados, como los referentes al derecho de la familia. Debido a la falta de resultados concretos en los estudios iniciados sobre nacionalidad y sucesiones, los esfuerzos se dirigieron a la quiebra y la eficacia extraterritorial de las sentencias, pero también en estas materias fue sentida la susceptibilidad estatal.

Por consiguiente, se resolvió dedicarse a asuntos menos polémicos, como la compraventa internacional de bienes muebles, aun cuando las marcadas diferencias legislativas impidieron acuerdos inmediatos; y este fracaso en aprobar algún Proyecto de Convención durante la Quinta y la Sexta Reunión, explica los comentarios de Johannes Offerhaus cuando sostuvo: "Antes de la Segunda Guerra no se estaba dispuesto a admirar las Convenciones de La Haya. Renombrados juristas como Niboyet, Arminjon y Gutteridge les volvían la espalda. Mi venerado Maestro del Derecho Internacional Privado, I. Henri Hijmans, decía que no eran un éxito sino un fracaso completo"¹⁴.

IV. LA TERCERA ETAPA DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA.

15.- Despues de concluida la Segunda Guerra Mundial, los perseverantes esfuerzos del Gobierno de los Paises Bajos se vieron de nuevo coronados por el éxito: en 1951 tuvo lugar la Séptima Reunión, que fue decisiva para los trabajos posteriores en virtud de haberse aprobado el "Estatuto de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado", vigente a partir del quince de julio de 1955. De esta manera se creó un organismo permanente, compuesto por todos los Estados que habían asistido a una o a varias sesiones, si aceptaban el

¹⁴ OFFENHAUS, art. cit., pp. 30-31.

Estatuto; y, cumpliendo el mismo requisito, por cualquier otro Estado cuya participación fuera de interés jurídico para las tareas asignadas a la Conferencia, cuando obtuviera el voto favorable de la mayoría de los Miembros (arts. 1 y 14).

16.- La Comisión de Estado neerlandesa, instituida por decreto de veinte de febrero de 1897 para promover la codificación del Derecho Internacional Privado, conservó su misión histórica de asegurar el funcionamiento de la Conferencia; y decide el temario de las reuniones, previa consulta con los Estados Miembros (art. 3), quienes se comprometen a designar un órgano nacional (art.6). Sin embargo, corresponde a la Secretaría Permanente (**Bureau Permanent**), con sede en La Haya, compuesta de un Secretario General y de algunos auxiliares de diferentes nacionalidades, la preparación y organización de las sesiones de la Conferencia y de las Comisiones Especiales. En principio, las reuniones ordinarias deben celebrarse cada cuatro años, no ya por invitación sino por convocatoria del Gobierno de los Países Bajos, a requerimiento de la Comisión de Estado (Art. 3); y, por tanto, se produjo un cambio significativo en su naturaleza, ya que hasta 1928 sólo se trató de Conferencias Diplomáticas *ad-hoc* reunidas por iniciativa del Estado huésped¹⁵.

17.- La Conferencia de La Haya se encuentra en plano de igualdad con otras organizaciones internacionales: ha concluido acuerdos con el Consejo de Europa (trece de diciembre de 1955) para delimitar sus respectivos campos de actividad; con las Naciones Unidas sobre las modalidades de colaboración entre las Secretarías; y con el gobierno de los Países Bajos sobre inmunidades y privilegios. Colabora también con la Comisión de las Comunidades Europeas (CEE) y con muy variadas organizaciones internacionales, como la Asociación de Derecho Internacional (**International Law Association**), la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), la Organización de los Estados Americanos, y el Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano (AALC). Asimismo lo hace con el Instituto de Derecho Internacional (**Institut de Droit International**), el Instituto Internacional para

¹⁵ DROZ, Georges A.L. "La Conférence de La Haya de Droit International Privé", *Recueil des Cours*, 1980 III, Tomo 168, p. 135. Por supuesto, los gastos son cubiertos por los Estados Miembros, de acuerdo con el presupuesto que debe aprobarse en una sesión especial (art. 9).

la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) y la Comisión Internacional del Estado Civil (CIEC)¹⁶.

18.- Los Estados Miembros de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado eran treinta y siete hasta el primero de enero de 1992, a saber: República Federal de Alemania, Argentina, Australia, Austria, Bélgica, Canadá, Checoslovaquia, Chile, República Popular de China, Chipre, Dinamarca, Egipto, España, Irlanda, Israel, Italia, Japón, Luxemburgo, México, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Rumania, Suriname, Suecia, Suiza, Turquía, Uruguay, Venezuela y Yugoslavia¹⁷.

19.- De acuerdo su anterior Secretario General, M.H. van Hoogstraaten, la Conferencia de La Haya “persigue la coexistencia organizada entre sistemas jurídicos tan diferentes como el Common Law, los sistemas germano-románicos, el derecho de los países socialistas, el derecho musulmán y el derecho judío”¹⁸; y, por mandato del artículo primero de su Estatuto Constitutivo, tiene por objeto “travailler à l'unification progressive des règles de Droit international privé”. Por consiguiente, no le fueron asignadas tareas de unificación en el campo del Derecho sustantivo; y aun dentro de sus objetivos específicos, cabe advertir que nunca se ha ocupado de todas las materias incluidas en la concepción amplia del Derecho Internacional Privado, a saber, la nacionalidad, la condición de los extranjeros, la escogencia de la ley aplicable y el Derecho procesal civil internacional.

20.- Durante su tercera etapa la Conferencia de La Haya ha pretendido, en algunas ocasiones, resolver mediante “reglas de segundo grado” los conflictos,

¹⁶ VAN HOOGSTRAATEN, M.H. “Conférence de La Haye de Droit International Privé”, *Repertoire de Droit International*, publicado bajo la dirección de Phocion Fransescakis, Tomo I, París, 1968, Nrs. 8-9, p. 463; “Note relative à certains problèmes de coopération de la Conférence avec d’autres organisations chargées de l’unification du droit”, Documento Preliminar Nr. 4, de noviembre de 1979 a la atención de la Décima Cuarta Reunión (*Actes et Documents de la Quatorzième Session*, Vol. I, La Haya, 1982, p. 95).

¹⁷ Brasil participó como Estado Miembro en la Décima Segunda y en la Décima Tercera Conferencia, pero se retiró inmediatamente después de concluida esta última; se trata de “un départ que nous regrettons beaucoup et que reste toujours inexplicable”, en palabras del Presidente, J.C. Schultz, pronunciadas en seis de octubre de 1980 en la Sesión Inaugural de la Décima Cuarta Reunión (*Actes et Documents de la Quatorzième Session*, Tomo I, op. cit., p. 16).

¹⁸ VAN HOOGSTRAATEN, M.H. “La Codification par Traités en Droit international privé dans le cadre de la Conférence de La Haye”, *Recueil des Cours*, 1967 III, Tomo 122, p. 345.

positivos y negativos, ocasionados por la diversidad de sistemas estatales de Derecho Internacional Privado.

Los conflictos positivos se presentan cuando cada uno de los Países interesados considera aplicable su propia ley para decidir el asunto concreto; y fueron resueltos mediante la atribución de competencias exclusivas, tanto en la "Convención sobre el fuero contractual en caso de compra-venta internacional de bienes muebles corporales", de quince de abril de 1958, como en la "Convención sobre los acuerdos para la elección de Tribunal", de veinticinco de noviembre de 1965.

La "Convención para regular los conflictos entre la ley de la nacionalidad y la ley del domicilio", de quince de junio de 1955, pretendió resolver los conflictos negativos de sistemas, que surgen cuando los Estados interesados en la controversia declaran aplicable una ley extranjera, la cual, a su vez, reenvía a la legislación de origen o a la de un tercer país. Aun cuando no llegó a tener vigencia, sus soluciones fueron utilizadas en la "Convención sobre la Administración Internacional de las Sucesiones", de dos de octubre de 1973, y en la "Convención sobre la ley aplicable a los regímenes matrimoniales", de catorce de marzo de 1978.

21.- En las últimas décadas la Conferencia de La Haya se ha ocupado, en forma esporádica, de ciertos problemas administrativos, tal vez poco interesantes desde una perspectiva filosófica, aun cuando de enorme importancia práctica: así lo hizo la "Convención que suprimió el requisito de la legalización de los documentos públicos extranjeros", de cinco de octubre de 1961, cuyo éxito no es discutible por cuanto se encuentra vigente en más de treinta Estados¹⁹.

22.- El Derecho procesal civil internacional ha sido objeto de consideración particular durante la tercera etapa de la Conferencia de La Haya. Además de la "Convención sobre la competencia del fuero contractual en caso de compra-venta internacional de bienes muebles corporales", de quince de abril de 1958, y de la "Convención sobre los acuerdos para la elección de Tribunal", de veinticinco de noviembre de 1965, antes mencionadas, se han obtenido los siguientes resultados concretos:

¹⁹ Hasta el dieciocho de abril de 1991, treinta y seis Estados le habían ratificado o se habían adherido a ella.

- 1) "Convención relativa al Procedimiento Civil", de primero de marzo de 1954; modificada por la "Convención tendiente a facilitar el acceso internacional a la Justicia", de veinticinco de octubre de 1980;
 - 2) "Convención relativa al reconocimiento y a la ejecución de las decisiones en materia de obligaciones alimentarias respecto a menores", de quince de abril de 1958; sustituida por la "Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las decisiones referentes a obligaciones alimentarias", de dos de octubre de 1973;
 - 3) "Convención relativa a la competencia de las autoridades y a la ley aplicable en materia de protección de menores", de cinco de octubre de 1961;
 - 4) "Convención relativa a la competencia de las autoridades, a la ley aplicable y al reconocimiento de las decisiones en materia de adopción", de quince de noviembre de 1965;
 - 5) "Convención relativa a la citación y a la notificación en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial", de quince de noviembre de 1965;
 - 6) "Convención sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias extranjeras en materia civil y comercial" y su "Protocolo Adicional", ambos de fecha primero de febrero de 1971;
 - 7) "Convención sobre el reconocimiento de divorcios y separación de cuerpos", de primero de junio de 1970;
 - 8) "Convención sobre la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o comercial", de dieciocho de marzo de 1970; y
 - 9) "Convención sobre los aspectos civiles del secuestro internacional de menores", de veinticinco de octubre de 1980.
- 23.- A pesar del fracaso de las convenciones de principios de siglo, durante su tercera etapa la Conferencia de La Haya ha incursionado con éxito en el campo del Derecho Civil Internacional. En efecto, además de la "Convención sobre la

competencia y la ley aplicable en materia de protección de menores”, de cinco de octubre de 1961, y la “Convención sobre la competencia de las autoridades, la ley aplicable y el reconocimiento de las decisiones en materia de adopción”, de quince de noviembre de 1965, antes mencionadas, se han obtenido los siguientes resultados:

- 1) “Convención relativa al reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades, asociaciones y fundaciones”, de primero de junio de 1956;
 - 2) “Convención sobre la ley aplicable a las obligaciones alimentarias respecto a los menores”, de veinticuatro de octubre de 1956; sustituida por la “Convención sobre la ley aplicable a las obligaciones alimentarias”, de dos de octubre de 1973;
 - 3) Convención sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias”, de cinco de octubre de 1961;
 - 4) “Convención sobre la ley aplicable en materia de accidentes en la circulación por carretera”, de cuatro de mayo de 1971;
 - 5) “Convención sobre la administración internacional de las sucesiones”, de dos de octubre de 1973;
 - 6) “Convención sobre la ley aplicable a la responsabilidad por el hecho de los productos”, de dos de octubre de 1973;
 - 7) Convención sobre la ley aplicable a los regímenes matrimoniales”, de catorce de marzo de 1976;
 - 8) “Convención sobre la celebración y el reconocimiento de la validez de los matrimonios”, de catorce de marzo de 1978; y
 - 9) “Convención sobre la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte”, de primero de agosto de 1989.
- 24.- Los esfuerzos de la Conferencia de La Haya durante la tercera etapa se han orientado asimismo hacia el Derecho Mercantil Internacional; y el resultado

puede considerarse satisfactorio, por cuanto han sido aprobados los siguientes instrumentos:

- 1) "Convención sobre la ley aplicable a la compraventa internacional de bienes muebles corporales", de quince de junio de 1955; sustituida por la "Convención sobre la ley aplicable a los contratos de compra-venta internacional de mercaderías", de veintidós de diciembre de 1986;
- 2) "Convención sobre la ley aplicable a la transferencia de la propiedad en caso de compra-venta internacional de bienes muebles corporales", de quince de abril de 1958;
- 3) "Convención sobre la ley aplicable a los contratos de intermediarios y a la representación", de catorce de marzo de 1978; y
- 4) "Convención sobre la ley aplicable al fideicomiso y a su reconocimiento", de primero de julio de 1985.

25.- Según se desprende del análisis comparativo de los anteriores resultados, la tercera etapa de la Conferencia de La Haya presenta la característica de haber abandonado la idea de las codificaciones globales; y sus esfuerzos se orientan a ciertos asuntos concretos, que, en la actualidad, plantean importantes problemas en las relaciones internacionales. En consecuencia, ha formulado normas rígidas de escogencia de la ley aplicable, que garantizan al máximo la certidumbre y la seguridad jurídica ²⁰; pero en los últimos tiempos algunos de sus textos convencionales sufren el manifiesto impacto de las nuevas directrices norteamericanas, que preconizan su flexibilidad para permitir la realización de la justicia en el caso concreto ²¹.

²⁰ Así fue destacado en: "Note relative aux obligations contractuelles et délictuelles (Acte final, Douzième session, Parie C, sous d)", preparada por la Secretaría Permanente, Documento Preliminar Nr. 1, de diciembre de 1975 (*Actes et documents de la Treizième Session*, Tomo I, La Haya, 1978, pp. 70-76); y en: "Feasibility study on the law applicable to contractual obligations", preparado por Hans von Loon, Secretario de la Oficina Permanente, Documento Preliminar E, de diciembre de 1983 (*Actes et documents de la Quinzième Session*, Tomo I, La Haya 1986, pp. 104-113).

²¹ A título ilustrativo puede mencionarse el tercer párrafo del artículo tercero de la "Convención sobre la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte" (1989), de acuerdo con el cual, en los casos no previstos por los párrafos primero y segundo, "la sucesión se rige por la ley del Estado de la nacionalidad del causante al tiempo de su muerte, a menos que el difunto no haya tenido, en ese momento, vínculos más estrechos con otro Estado, caso en el cual se aplica la ley de este último".

26.- La diferente metodología utilizada después de la Segunda Gran Guerra, ha impuesto una mayor atención a la escogencia de los temas objeto de futuro examen, que es el resultado de concienzudas investigaciones previas, en las cuales el derecho comparado desempeña un papel predominante para determinar si existe o no un mínimo común denominador en los sistemas jurídicos interesados. En efecto, se ha comprendido la inutilidad de establecer reglas uniformes de Derecho Internacional Privado, cuando la diversidad es muy grande y la legislación declarada competente es manifiestamente contraria a los principios fundamentales de la ley del Juez, porque en semejante hipótesis no vacila en surgir el fantasma de la excepción de orden público para restablecer el necesario equilibrio jurídico; y también constituye un hecho innegable de la época contemporánea la creciente injerencia del derecho público en muchos sectores de la vida diaria, antes reservados al derecho privado, que impide la normal aplicación de las leyes extranjeras: a título de ejemplo basta recordar las disposiciones monetarias y fiscales en materia contractual o las orientadas a la protección de los menores y otros débiles económicos, realizada en parte a través de reglas de derecho administrativo.

Esta nueva realidad ha impuesto un análisis previo muy cuidadoso de derecho comparado: con tal propósito suele enviarse un cuestionario a los órganos nacionales de los Estados Miembros; se les distribuye un documento explicativo o un proyecto de convención, con el requerimiento de comentarios. De ser favorables las respuestas, las tareas continúan a nivel de comisiones que se reúnen con la frecuencia necesaria para tratar de resolver las dificultades más importantes; y sólo cuando los resultados son satisfactorios se adopta la decisión de incluir el tema en el orden del día de una futura Reunión. De esta manera, según destaca Johannes Offerhaus, “la tarea principal de quienes organizan el trabajo de la Conferencia es calcular las posibilidades de unificación a través de métodos, por así decir, matemáticos”²².

27.- Durante los primeros años de la tercera etapa de la Conferencia, los trabajos continuaron realizándose en francés como único idioma oficial. Sin embargo, la participación de los Estados Unidos de la América del Norte, con el carácter de Observador en la Novena Reunión, explica que la “Convención sobre los

²² OFFERHAUS, art. cit., pp. 33-38.

conflictos de leyes en materia de forma de los testamentos” y la “Convención referente a la supresión de la exigencia de la legalización de los documentos públicos extranjeros”, concluidas ambas el cinco de octubre de 1961, fueran preparadas en francés y en inglés; aun cuando se dispuso que la versión francesa debía prevalecer en caso de divergencia.

Todas las Convenciones posteriores se han redactado en francés e inglés, siendo igualmente auténticas ambas versiones. Esta dualidad de idiomas oficiales ofrece indiscutibles dificultades terminológicas por cuanto las instituciones, vocablos y conceptos en muchas oportunidades no son fácilmente intercambiables. De esta manera se ha hecho cada vez más notoria “la necesidad de un idioma internacional”; y, para satisfacer este requerimiento, en las dos últimas décadas se procura utilizar fórmulas descriptivas fácilmente traducibles en los idiomas de los Estados Miembros, aun cuando no siempre con éxito²³.

28.- La obligatoria redacción de los textos en francés y en inglés deja sin resolver el problema que se plantea a los Estados Miembros con un idioma diferente, cuando cualquiera de las versiones oficiales es traducida en forma diversa por cada uno de ellos, porque de esa manera sufre indudable perjuicio la uniformidad lograda a través de las reglas convencionales. Ciertamente el problema no es nuevo; pero en épocas anteriores no presentaba la misma gravedad, pues los países del grupo germano (Alemania, Austria y Suiza) tenían la costumbre de preparar una traducción común. En los tiempos actuales la situación ha adquirido caracteres más dramáticos por el incremento de Estados Miembros con un idioma distinto de los declarados oficiales por la Conferencia de La Haya.

A fin de superar esta causa de posible perturbación en las tareas unificadoras, la Delegación de Venezuela hizo contactos informales durante las sesiones de la Décima Quinta Reunión, para obtener traducciones en español de las Convenciones aprobadas en la Conferencia de La Haya, debidamente certificadas por la Secretaría Permanente para garantizar su autenticidad.

El asunto fue planteado formalmente en la Reunión Extraordinaria celebrada en octubre de 1985, que aprobó la “Convención sobre la Ley aplicable a los

²³ HOOGSTRAATEN, “La Codification”, art. cit., pp. 345-347.

contratos de compra-venta internacional de mercaderías”, donde la participación de numerosos Estados No-Miembros hizo sentir con más intensidad la urgencia de una traducción, debidamente autorizada, en idiomas diferentes del francés y del inglés. La sugerencia en este sentido, propuesta por Argentina, Chile, España, Honduras, México, Uruguay y Venezuela, tuvo amplia acogida en horas de la tarde del veintinueve de octubre de 1985²⁴, pero su aprobación no fue posible por la oposición de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas; y, tan sólo quedó constancia del asunto en el Acta de la respectiva Sesión Plenaria. Sin embargo, como suele ocurrir frecuentemente, la realidad se impuso; y, por lo tanto, no deben extrañar los contactos hechos por la Secretaría General de la Conferencia con el Servicio de Traducciones de las Naciones Unidas, que condujeron a la preparación de traducciones no oficiales en árabe, español y ruso, incluidas en la publicación oficial de las “Actas y Documentos”²⁵.

V. LA APERTURA DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA

29.- La Décima Cuarta Reunión (1980) adoptó decisiones trascendentales sobre la política futura de la Conferencia de La Haya; y resolvió admitir a los Estados No-Miembros cuando se considerara aconsejable su participación en vista de la naturaleza de la materia objeto de estudio, como por ejemplo, la compra-venta internacional de mercaderías o los efectos de comercio. Sin embargo, la decisión debe ser adoptada en cada particular, con vista del asunto concreto, en una Sesión Plenaria o en el seno de una Comisión Especial sobre los Negocios Generales y la Política de la Conferencia²⁶.

En esa misma oportunidad fue resuelto inscribir en el orden del día de los trabajos futuros la revisión de la “Convención sobre la ley aplicable a la compra-venta

²⁴ *Actes et Documents de la Session extraordinaire d'octobre 1985*, La Haya, 1987, pp. 656-658, 674-677.

²⁵ *Actes et Documents de la Session extraordinaire d'octobre 1985*, op.cit., pp. 759-794. La preparación de una versión española uniforme, sin carácter oficial, ha sido promovida por España, y con fecha reciente se han celebrado reuniones informales con resultado satisfactorio (BORRAS RODRIGUEZ, Alegría. “Unificación de la traducción al castellano de los Convenios de La Haya de Derecho Internacional Privado”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 1990, p. 703).

²⁶ Acta Final, letra D, I. *Actes et Documents de la Quatorzième Session*, Tomo I, op. cit., p. 63. “Note sur les problèmes d'ouverture de la Conférence de La Haye”, preparado por la Secretaría General, Documento Preliminar B, de junio de 1980 (*Actes et Documents de la Quatorzième Session*, Tomo I, op. cit., pp. 193-202).

internacional de bienes muebles”, de quince de junio de 1955; y en vista de la materia objeto de examen se consideró apropiado dar cumplimiento a la apertura de la Conferencia a los Estados No-Miembros²⁷. La reunión extraordinaria tuvo resultado satisfactorio y al concluir las deliberaciones fue aprobada la “Convención sobre la ley aplicable a los contratos de compra-venta internacional de mercaderías”, con asistencia de veinticuatro representantes y ocho observadores de Estados No-Miembros²⁸.

30.- La Décima Cuarta Sesión también decidió mantener la política de apertura, seguida en el pasado por la Conferencia de La Haya respecto de la Convención sobre procedimiento civil de 1954, a fin de permitir, en el futuro, la participación de todos los Estados Contratantes en los trabajos de revisión de las Convenciones de las cuales son Parte;²⁹ reconoció asimismo la necesidad de coordinar sus trabajos con los emprendidos por otras organizaciones internacionales que se ocupan de la unificación del derecho³⁰; y aceptó la posibilidad de utilizar procedimientos menos vinculantes que las convenciones internacionales, como las recomendaciones o la ley modelo, cuando así lo aconsejaran las circunstancias³¹.

31.- La conveniencia práctica de preparar modelos, sin carácter obligatorio, había sido reconocida por la Comisión Especial reunida en 1978, con el objeto de examinar el funcionamiento de la Convención de 18 de marzo de 1970, sobre

²⁷ “Acta Final”, Letra E. *Actes et Documents de la Quatorzième Session*, Tomo I, op. cit., p. 64; “Conclusions de la Commission Spéciale de janvier 1984”, redactadas por la Secretaría General, Documento Preliminar Nr. 2, de abril de 1984 (*Actes et Documents de la Quinzième Session*, La Haya, 1986, Tomo I, op. cit., pp. 146-147).

²⁸ *Actes et Documents de la Session Extraordinaire d’Octobre 1985*, The Hague, 1987, pp. 692-708.

²⁹ Acta Final, letra D, 2 *Actes et Documents de la Quatorzième Session*, Tomo I, op. cit., p. 63. Semejante conducta se encuentra expresamente prescrita por el artículo 40 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

³⁰ Acta Final, letra D, 3 *Actes et Documents de la Quatorzième Session*, Tomo I, op. cit., p. 63.

³¹ Acta Final, letra D, 4. *Actes et Documents de la Quatorzième Session*, Tomo I, op. cit., p. 63. “Note sur les problèmes d’ouverture de la Conférence de La Haye”, preparado por la Secretaría General, Documento Preliminar B, de junio de 1980 (*Actes et Documents de la Quatorzième Session*, Tomo I, op. cit., pp. 200-201). A este respecto ha comentado el Secretario General, Georges A. L. Droz, que il faut mieux convaincre que contraindre (“La Conférence”, art. cit., p. 155); y recordó que este método flexible es seguido por los “incoterms” (*international commercial terms*) de la Cámara de Comercio Internacional, y por la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas de quince de diciembre de 1976 (Res. 31/98), cuando se limitó a recomendar la aplicación del “Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil internacional (CNUDMI)”.

la Obtención de Pruebas en el Extranjero en asuntos civiles o mercantiles³²; y fue reconocida expresamente por la Décima Cuarta Reunión de la Conferencia de La Haya (1980).

En efecto, la “Convención tendiente a facilitar el acceso internacional a la Justicia”, de veinticinco de octubre de 1980, admitió expresamente la posibilidad de modificar sus modelos de formularios anexos por simple decisión de una Comisión Especial convocada al efecto (artículo 30); y en la misma “Acta Final”, la Décimo Cuarta Sesión incluyó dos Recomendaciones de naturaleza similar: a) los Estados Parte de la “Convención sobre los aspectos civiles del secuestro internacional de menores” fueron requeridos de utilizar el modelo de formulario propuesto, para pedir la devolución de los menores desplazados o retenidos ilegítimamente³³; y b) Que cualquier solicitud hecha conforme a la “Convención sobre la citación y notificación en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil”, de quince de noviembre de 1965, estuviera acompañado del formulario anexo, contentivo del resumen de las informaciones y que, además, se advirtiera expresamente al destinatario de la importancia del acto realizado³⁴.

VI. LA CELEBRACION DEL CENTENARIO

32. Numerosos abusos cometidos a través de la adopción internacional de menores fueron hechos de conocimiento de la “Subcomisión de las Naciones Unidas sobre Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías”; y en 1977 el Secretario General presentó un Memorándum sobre el asunto. Consecuencia de los trabajos emprendidos fue la “Declaración de los Principios Sociales y Jurídicos relativos a la protección y bienestar de los menores, con especial referencia a la colocación en lugares de guarda y a la adopción nacional e internacional”, adoptada por la Asamblea General de tres de diciembre de 1986 (A/Res./41/85); y los cuales informaron la elaboración de la “Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño”, aprobada el veinte de noviembre de 1989.

³² “Practical Handbook on the Operation of the Hague Convention of 18 March 1970, on the Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters”, Antwerpen - Apeldoorn, 1984, p. 40.

³³ Acta Final, letra F. *Actes et Documents de la Quatorzième Session*, Tomo I, op. cit., pp. 65-66.

³⁴ Acta Final, letra G *Actes et Documents de la Quatorzième Session*, Tomo I, op. cit., pp. 67-69.

33.- La creciente importancia de este problema en la época contemporánea explica también que la Comisión Especial sobre Negocios Generales y Política de la Conferencia de La Haya, reunida en enero de 1988, estudiara la conveniencia y la posibilidad de una Convención con el objeto de facilitar la co-operación de los Estados en los varios aspectos relativos a la adopción de menores en la esfera internacional³⁵. En esa oportunidad, los intervenientes aprobaron el inicio de los trabajos, a pesar de sus innegables dificultades, pero sometido a la condición de que participaran los Países de origen de los adoptados, la mayoría de los cuales no eran miembros de la Conferencia de La Haya.

34.- En virtud de la decisión adoptada por la Comisión Especial reunida en enero de 1988, se iniciaron contactos con representantes de Estados No-Miembros y de las organizaciones dedicadas al estudio de los problemas de los menores³⁶. Los resultados fueron satisfactorios y en vista de tan favorables auspicios la Secretaría General recomendó proseguir tentativamente los trabajos emprendidos, para determinar la existencia de una verdadera posibilidad de establecer el necesario sistema de co-operación internacional.

35.- La Décima Sexta Sesión incluyó la adopción de menores como tema principal de su reunión conmemorativa del Centenario, a celebrarse en mayo de 1993; y debido a la naturaleza de la materia decidió también la apertura de la Conferencia de La Haya para permitir la participación de los Estados No-Miembros. En consecuencia, dispuso la convocatoria de una Comisión Especial que determinara el efectivo interés de los Países en la preparación de un Convenio de cooperación internacional³⁷.

36.- A manera de anticipo a la formal invitación de los Estados No-Miembros y de las organizaciones internacionales interesadas, la Secretaría General

³⁵ "Conclusions of the Special Commission of January 1988 on General Affairs and Policy of the Conference", Documento Preliminar N° 14, Abril 1988, para consideración de la Décima Sexta Sesión; VAN LOON, Hans. "Note on the Desirability of Preparing a Convention on International Co-operation in Respect of Intercountry Adoption", Documento Preliminar N° 9, Diciembre de 1987, para consideración de la Comisión Especial de enero de 1988.

³⁶ "Report of the Secretary General on the Question of Intercountry Adoption of Children", Documento Preliminar N° 17, Septiembre de 1988, para consideración de la Décima Sexta Sesión.

³⁷ "Acta Final", Letra B, I Actes et documents de la Seizième session (1988), Tomo I, Matières Diverses, La Haya, 1991.

distribuyó en Febrero de 1989, un “Memorándum” informativo, donde hizo énfasis en el creciente número de adopciones internacionales con el consiguiente traslado de los menores de un Continente a otro y al inevitable impacto sobre su entorno sociológico y cultural. De esta manera han surgido nuevos problemas, de muy diversa índole, que carecen de solución satisfactoria en las normas vigentes; y, por lo tanto, resulta aconsejable el establecimiento de un sistema de cooperación internacional, que permita no sólo un estricto control en el otorgamiento de las adopciones, sino también la promoción de la confianza recíproca entre los Países de origen y de destino de los menores³⁸.

37.- La Primera Reunión de la Comisión Especial tuvo lugar en junio de 1990, con asistencia de representantes de treinta y un Estados Miembros, dieciocho Estados No-Miembros y de diez organizaciones internacionales especializadas, quedando así plenamente demostrado el interés de los Países de origen y de destino de los menores. En esa oportunidad, bajo la Presidencia del Delegado de Canadá, fueron examinados tanto el “Informe” preparado por el Profesor Hans van Loon³⁹ como otros diecinueve Documentos Preliminares; y al finalizar el intercambio de criterios los participantes aceptaron algunas importantes conclusiones, de naturaleza provisoria⁴⁰, redactadas posteriormente en forma de artículos por la Secretaría General con la asistencia de un Comité ad-hoc designado por la propia Comisión Especial⁴¹.

38.- Los Países latinoamericanos participaron con gran entusiasmo en las tareas emprendidas; y a la Primera Reunión de la Comisión Especial asistieron Argentina, México, Uruguay y Venezuela (Estados Miembros)⁴²; y Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Honduras y Perú (Estados No-

³⁸ “Memorandum Concerning the Preparation of a New Convention on International Co-Operation and Protection of Children in respect of intercountry adoption, drawn up by the Permanent Bureau”, Febrero de 1989.

³⁹ VAN LOON, Hans. “Report on Inter-country Adoption”, Documento Preliminar Nr. 1, Abril 1990.

⁴⁰ “Conclusions of the Special Commission of June 1990 on intercountry adoption drawn up by the Permanent Bureau”, Documento Preliminar Nº 3, Agosto de 1990.

⁴¹ “Illustrative draft articles for a Convention on the protection of children on international co-operation in respect of intercountry adoption drawn up by the Permanent Bureau with the assistance of an ad-hoc Committee and General Comments”, Documento Preliminar Nr. 4, Diciembre de 1990.

⁴² Chile, en su carácter de Estado Miembro, asistió a la Segunda Reunión de la Comisión Especial (abril - mayo de 1991); y Bolivia, Panamá y Paraguay, Estados No-Miembros participaron en la Tercera Reunión de la Comisión Especial (febrero de 1992).

Miembros). Por tanto, estuvo presente un importante número de Delegados de habla hispana; y, en consecuencia, se hizo sentir la necesidad de una apertura idiomática que facilitara las tareas recién emprendidas. Gracias a las gestiones de la Secretaría General, la mayoría de los Estados Miembros convinieron en aceptar el procedimiento utilizado, en ciertos casos, por otras organizaciones internacionales, y permitir la utilización del idioma español en las intervenciones, con traducción simultánea al francés y al inglés, en su carácter de idiomas oficiales de la Conferencia de La Haya.

39.- La posibilidad de utilizar el idioma español, que esperamos adquiera carta de ciudadanía en la Conferencia de La Haya, se demostró muy beneficiosa en la Segunda Reunión de la Comisión Especial, iniciada a fines de abril de 1991, con la asistencia de treinta y un Estados Miembros, veinte Estados No-Miembros y quince organizaciones internacionales ⁴³. Los participantes trabajaron con intensidad -fueron distribuidos 98 documentos con las propuestas de las Delegaciones- hasta concluir en la aprobación de un "Proyecto de artículos para la Convención sobre la protección de los menores y sobre cooperación internacional en materia de adopción internacional"; pero también encomendaron su revisión a un Comité de Redacción, una vez recibidas las eventuales observaciones y comentarios posteriores de los interesados. La tarea fue cumplida en la primera semana de septiembre de 1991; y este nuevo documento consta de veintiocho artículos, algunos de ellos con soluciones alternativas (arts. 22 y 24), acompañado de "Notas Explicativas", preparadas por la Secretaría Permanente, con algunos comentarios de su propia iniciativa ⁴⁴.

40.- La Comisión Especial se reunió por tercera vez en la primera quincena (3 a 14) de febrero de 1992, con asistencia de treinta y dos Estados Miembros,

⁴³ Tres semanas antes los Países latinoamericanos, bajo los auspicios del Gobierno del Ecuador y del Instituto Interamericano del Niño (IIN), celebraron un Seminario en Quito, a fin de uniformar los criterios de la Región frente al Proyecto de Convenio de La Haya; y en lo relativo al tráfico de menores, a las posibles formas de cooperación entre los Estados y al problema general de la niñez abandonada.

⁴⁴ "Tentative Draft Convention on international co-operation and protection of children in respect of inter-country adoption (articles drawn up by the Drafting Committee, September 1991) and Explanatory Notes", Documento Preliminar Nr. 6, Septiembre de 1991. El Documento fue traducido al español gracias a las gestiones de la Representante de España, Profesora Alegria Borrás Rodríguez; y el Secretario de la Federación Interamericana de Abogados (IABA), además de algunas observaciones de estilo sugirió ciertos cambios de redacción.

veinticinco Estados No-Miembros y quince organizaciones internacionales. Los participantes examinaron con todo cuidado el “Documento Preliminar Nr. 6”, según se desprende de sus diversas propuestas, en número superior a las 150, y pudo lograrse un indiscutible progreso en el logro de un adecuado balance entre los distintos intereses en presencia, aun cuando todavía permanecen algunos aspectos que requieren ulterior meditación. No obstante todos los esfuerzos fue imposible la revisión completa de los textos aprobados por la Comisión de Redacción; pero la tarea fue cumplida satisfactoriamente cuatro semanas después por la Secretaría General⁴⁵. El nuevo documento será distribuido a todos los Países invitados, Miembros y No-miembros, con el proyecto de las cláusulas Finales y de Estilo; y corresponderán a la Décima Séptima Sesión de la Conferencia, a partir del diez de mayo de 1993, los pronunciamientos definitivos sobre el Proyecto de convención referente a la adopción internacional de menores.

⁴⁵ Preliminary Draft Convention on International Co-operation and Protection of Children in respect of Intercountry adoption drawn up by the Special Commission of February 1992, La Haya, 1992.



Los partidos y la reforma del sistema político

Miguel VanderDijs

Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, N° 85
Universidad Central de Venezuela
Caracas, 1992



I. INTRODUCCION

La percepción que tienen las actuales élites dirigentes sobre el agotamiento del proceso de centralización del poder en manos del Estado, que se inicia durante el primer tercio del siglo en Venezuela, los ha conducido a introducir cambios en el sistema político para lograr que se revierta esa tendencia. El sentido de esos cambios quedan expresados, de una u otra forma, en las líneas maestras que orientaron la elaboración por la COPRE del Proyecto de Reforma Integral del Estado (PRIE): fortalecimiento de la sociedad civil y democratización del sistema político, descentralización territorial, fortalecimiento del Estado de Derecho, profesionalización de la Administración Pública y la redefinición del papel del Estado en la formulación de las políticas públicas fundamentales y su injerencia en el área de la economía y de lo social.¹

Sobre estas líneas existen acuerdos básicos, las discrepancias surgen en el momento de concebir, en forma más concreta, el papel del Estado frente a la sociedad civil y viceversa. Unos consideran que los órganos del Estado a los distintos niveles, nacional, estadal y municipal, deben gozar de suficiente autonomía como para resolver los asuntos propios de su área de competencia, y de esta manera aumentar la capacidad para detectar prontamente los problemas y darles solución, permitiendo así dar respuestas adecuadas a los cambios del ambiente, contribuyendo de este modo a mejorar la eficiencia general del Estado y por consiguiente a su fortalecimiento. Ese es el papel que

¹ GABALDON, Arnoldo José: **Foro por la Reforma**. Plenaria N° 1. COPRE. Caracas, 21 al 24/11/89.

le asignan a las políticas de descentralización y en función de ello se concibe la política de privatización, se privatiza aquello que por su naturaleza no corresponde al Estado y por lo tanto lo hace ineficiente. Otros consideran que la participación del Estado como mecanismo regulativo es en sí mismo perturbador de la eficiencia general de la sociedad, de tal forma que hay que debilitarlo privatizando sus funciones, se descentraliza aquello que por su naturaleza, no puede ser privatizado. Entiéndase que esto es una exposición esquemática, en la cual polarizamos las posiciones para poner de manifiesto el sentido de cada una de ellas.

Tampoco existen acuerdos en relación a la parte de la sociedad civil que debe ser fortalecida. Algunos consideran que debe ser la esfera de las familias, donde se desarrolla la vida cotidiana de los ciudadanos, vinculada al hogar, el bienestar, la utilización del tiempo libre, signado por la actividad de consumo, en sentido amplio, no sólo económico. Otros opinan que debe ser la esfera de la producción de bienes y servicios, asociada a la eficiencia en el aprovechamiento de los factores de la producción y a la competitividad frente al exterior. Estas son esferas complementarias y ninguna puede desarrollarse mucho tiempo deprimiendo a la otra, se trata de establecer en cuál de ellas se pondrá el acento. El orden de prioridades en que deben ser atendidas.

Es más consistente con la idea de fortalecimiento del Estado a través del aumento de su eficiencia, la posición que quiere hacer énfasis en el área de las familias. Se intenta convertir al Estado en un instrumento capaz para intervenir en la sociedad como mecanismo regulativo, corrigiendo y/o atenuando anomalías que surgen en el seno de la sociedad civil, ello debe conducir a favorecer al sector más débil y menos dinámico de la sociedad, la esfera de las familias. Se trata entonces de hacer más capaz al Estado social de Derecho o Estado de partidos, acentuando la eficiencia de su intervención, adiestrándose en el arte de determinar dónde, cuándo, en qué sentido y con qué recursos intervenir.

Quienes propugnan la reducción de las funciones del Estado y su debilitamiento, se orientan hacia la posición contraria. Sin embargo, no debemos olvidar que la complejización de la sociedad civil, el surgimiento de grandes organizaciones gremiales, bien sean del trabajo o del capital, de las grandes corporaciones industriales, los partidos políticos de masas, hicieron imposible poner en

marcha los mecanismos autorregulativos, propios del Estado liberal. Ante el fracaso de esta fórmula política, se levantaron las propuestas socialistas y fascistas como alternativas. El Estado social de Derecho es el resultado de la adecuación del Estado liberal a las nuevas circunstancias, fue la opción para evitar transformarse en fascista o socialista.

Dentro de este contexto se inscribe la posición en torno al sentido de la reforma de los partidos políticos. El aumento de su eficiencia para convertirlos en maquinarias menos obsoletas, democratizando sus estructuras, de forma tal que puedan dar respuestas adecuadas en cada nivel a las demandas de la sociedad, es pieza fundamental e indispensable para el incremento de la eficiencia estatal. Por el contrario, un debilitamiento de los partidos como institución de intermediación por excelencia entre el Estado y la sociedad civil, disminuye la intervención eficiente del Estado en ella. En un Estado de partidos, éstos no sólo son una pieza clave, sino insustituible para el funcionamiento del sistema político, su quebrantamiento, -me refiero al conjunto de los partidos, no a la declinación de unos y ascenso de otros- debe hacer que otras instituciones de intermediación pasen a ejercer esas funciones, con el agravante de que no existen entre ellas equilibrio de poderes, ni reglas claras para su funcionamiento e interrelación, haciendo menos diáfanos, más ocultos aún que en los partidos, sus formas de intervención en el sistema político. Estas instituciones, al menos las conocidas, son tanto o más oligarquizadas que los partidos. Nos referimos básicamente a Fedecámaras, la CTV, los colegios profesionales, los organismos estudiantiles, pero también a una supuesta Federación de Juntas de Vecinos, o cualquier otra que surja, sin que sobre ellas exista el control legal que hay sobre los partidos y sus actuaciones: Ley Orgánica del Sufragio, Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones, Ley Orgánica del Régimen Municipal, Ley Sobre Elecciones y Remoción de Gobernadores de Estado, etc.

En consecuencia, en un Estado de partidos, el aumento de la eficiencia del sistema político, pasa por la modernización de los partidos políticos, haciéndolos menos obsoletos, con mayor capacidad de respuesta a su medio ambiente y menos orientados tan sólo hacia la resolución de sus pugnas internas. Pero esto no puede ser sino el resultado de la conjunción de los cambios en las reglamentaciones sobre la participación ciudadana en el sistema político y las transformaciones que ellas estimulan en la lógica de actuación de los partidos.

Nuestra investigación se orienta en esa dirección, tratando de dar respuesta a las siguientes interrogantes: ¿una mayor democratización de los partidos significará un aumento de la participación ciudadana o sólo un desplazamiento del poder de la cúspide hacia otros sectores partidistas? ¿Tal desplazamiento significa un reforzamiento de los grupos internos a nivel local y/o regional, volcándose cada vez más hacia sí mismos? ¿O por el contrario, para dirimir sus pugnas internas deberán recurrir a sus electores reales o potenciales? ¿El fortalecimiento del poder local y regional, así como el mayor control de los electores sobre los elegidos, significará el fortalecimiento correlativo de los sectores partidistas a esos niveles? ¿Ello significará el estímulo a una coalición con sectores del área de la producción (empresarios, comerciantes, etc.) o de las familias (asociaciones de vecinos, de ecologistas, etc.)?

Para desarrollar esta investigación describiremos el papel de los partidos políticos en el Estado de partidos y el sistema legal dentro del cual actúan; a ello dedicaremos el Capítulo II. Luego, en el Capítulo III, estudiaremos las características más particulares de los partidos en Venezuela, a través de sus estatutos, centrando la atención en el grado de democratización de los mismos. El último capítulo lo dedicaremos a proyectar las acciones de los partidos dentro de las circunstancias y tendencias actuales del sistema político.

II. ESTADO DE PARTIDOS Y PARTIDOS POLITICOS

1. *El Estado de partidos*

El Estado de partidos es el resultado de la incapacidad del Estado liberal para dar respuesta a la complejización de la sociedad civil y del sistema político, de la adaptación progresiva del Estado liberal a las nuevas situaciones, evitando transformarse en algunas de las versiones de derecha o izquierda del totalitarismo moderno, fascismo o comunismo. Está asociado a la ampliación de la democracia a los diferentes sectores de la sociedad, hasta el punto que hoy puede identificarse Estado democrático con Estado de partidos, al surgimiento de los sindicatos y del movimiento obrero, de las grandes corporaciones empresariales, a los partidos de masas y en general al de las grandes organizaciones, que comienzan a dominar la escena de la sociedad civil,

haciendo imposible que funcionara el modelo autorregulativo según la concepción liberal.²

El Estado de partidos se debate entre las dos polaridades clásicas sobre los límites del poder del Estado. La totalitaria, para la cual el todo resume a las partes, en la cual se considera que al resolver los problemas de la totalidad, llámeselo razón de Estado, voluntad general o interés de clase, se resuelven los problemas de sus integrantes. La liberal, para la cual no existe un interés de la totalidad distinto al de las partes, basta con que se resuelvan los asuntos de éstas, para que queden resueltos los del todo. El dilema es real y no ha quedado solventado ni desde el punto de vista de la lógica formal ni de la experiencia práctica, suprimiendo o negando uno de sus elementos, el todo o las partes. Si identificamos, como comúnmente se hace, al Estado con la totalidad y a la sociedad con las partes, entenderemos el carácter contradictorio del Estado de partidos o democrático, que es expresión de ese dilema. Uno de sus problemas más importantes es cómo hacer para que los distintos intereses en pugna encuentren su expresión y sean medianamente satisfechos, sin que ninguno de ellos sea permanentemente excluido. Tomemos en cuenta que de parte de la sociedad existen múltiples y variados intereses que entre sí guardan una relación, que va de lo cooperativo a lo conflictivo, que cada sector no tiene ni el mismo peso específico, ni las mismas posibilidades de instrumentar sus demandas ante el sistema político, y que en muchas situaciones la relación entre ellos es de oligopolización y monopolización de los organismos de poder por alguno de los sectores. Pero, aun cuando esos sectores encuentren expresión en el sistema político y sus intereses sean medianamente satisfechos, no con eso quedan resueltos los problemas que derivan del Estado como ente distinto a cada una de las partes de la sociedad civil, como expresión del todo. Lo que no excluye que el interés de alguno de los sectores y grupos sociales esté más cerca de identificarse con el “interés general.”

Corresponde a los partidos políticos ser las instituciones de intermediación por excelencia entre la sociedad civil y el Estado, sin embargo, como su nombre lo indica, ellos representan sólo una parte del conjunto de los intereses de la

² GARCIA PELAYO, Manuel: *El Estado de partidos*. Alianza Editorial. Madrid, 1986.
BOBBIO, Norberto: *El futuro de la democracia*. Fondo de Cultura Económica. México, 1986.

nación, aun cuando nuestros partidos mayoritarios sean policías y pretendan representar al conjunto de las clases sociales del país.

¿Qué sector social puede asumir como propio el interés del Estado como totalidad? Generalmente tal rol lo han asumido algunos sectores intelectuales, miembros y/u organismos del cuerpo de funcionarios del Estado, incluyendo como parte muy importante a las Fuerzas Armadas, etc., aunque persiste siempre el peligro y la tentación de identificar falsamente el interés de una de las partes con el de la totalidad.

En el Estado democrático se aspira a que el sistema de partidos, sea capaz de detectar prontamente los problemas y/o anomalías a los distintos niveles y darles una respuesta adecuada, tomando en cuenta no sólo los intereses inmediatos y particulares, sino también los del conjunto. La primera parte tiende a resolverse fortaleciendo los mecanismos de control y castigo del electorado: poder para vetar ciertas decisiones, aplicar el voto castigo o posibilidad de elegir a un representante de otro partido para determinado cargo. Lo segundo, mediante la sujeción de los representantes a partidos de carácter nacional, regional y local que tienen intereses a esos niveles, lo que puede introducir un elemento de coherencia, impidiendo tanto la feudalización como la centralización excesiva. Pero esto debe estar vinculado a otro factor importante, la posibilidad de relacionar los éxitos y fracasos de los funcionarios en el ejercicio de cargos electivos a la carrera en el seno de sus respectivos partidos, a esto último debe responder la democratización interna de éstos. Para el funcionamiento eficaz del Estado democrático en Venezuela, deben transformarse a los partidos en maquinarias eficientes de intermediación, reduciendo su acción a aquellas que le resulten funcionales al Estado, por ello debe despartidizarse al cuerpo de funcionarios, de forma tal que sus lealtades sean hacia los organismos del Estado y no a los partidos. Hacia ello apunta la Ley de Profesionalización de la Administración Pública. También debe despartidizarse la carrera judicial, las instituciones de investigación y docencia, quizás estableciendo mayores exigencias de carácter académico a los elegibles a cargos directivos. Algo similar debe hacerse con la elegibilidad de los ascensos de la alta oficialidad de las Fuerzas Armadas. Estas áreas han sido invadidas literalmente por la partidización. De esta forma, el interés del Estado como expresión del todo quedaría fortalecido.

Generalmente se señala como una de las grandes paradojas del Estado democrático, que los instrumentos a través de los cuales los ciudadanos ejercen el grueso de sus derechos democráticos, entre los que destacan los partidos, sean instituciones altamente oligarquizadas y poco democráticas. Pero a pesar de ello, constituyen la garantía del ejercicio de la democracia, a la cual se considera el método más adecuado para garantizar los derechos humanos, en los cuales parecen resumirse el conjunto de valores éticos sobre los que quiere sustentarse nuestra sociedad actual.³ Es obvio que los partidos en un Estado de partidos no tienen sustitutos, el problema consiste en hacer que el sistema de partidos sea el instrumento eficaz de intermediación que el sistema político requiere, venciendo las fuerzas internas que tienden a transformarlos, en lugar de un medio, en un fin en sí mismo.

2. Los partidos políticos y sus características generales

La actuación de los partidos políticos va a ser el resultado de un proceso de negociaciones múltiples explícitas e implícitas entre el conjunto de reglamentaciones establecidas, que constituyen los límites dentro de los cuales se construye su actuación y los intereses individuales o de grupo de su membresía.

Los cambios en la actuación de los militantes de partidos y sus organismos hacen variar las reglas del juego, pero a su vez éstas modifican y delimitan de nuevo tales actuaciones, en una relación de causalidad circular. Todos los sistemas que pretenden regular las conductas, dejan siempre un margen de discrecionalidad que permite a quienes va dirigida, negociar en múltiples maneras con el propio sistema regulativo, de forma tal que la conducta resultante es distinta parcialmente a la esperada por éste y a la que se proponían tanto los militantes como los organismos partidistas.

Pretendemos en este ensayo, a partir de: las características que animan a estas organizaciones voluntarias y el conocimiento de las tendencias más o menos

³ REY, Juan Carlos: *El futuro de la democracia en Venezuela*. IDEA, Caracas, 1989.

GREENSTEIN, F. I.: *Democracia y partidos políticos en Norteamérica*. Edit. Labor S.A. Barcelona, España, 1974.

significativas que ellas originan, los cambios en las leyes formales que regulan la vida partidista y su relación con los electores y los estatutos de los partidos, proyectar la acción futura de estas instituciones.

Quizás una de las obras más influyentes sobre el estudio de la democracia en los partidos políticos, y por extensión a las organizaciones voluntarias y democráticas, sea “*Los partidos políticos*” de Robert Michels,⁴ y su famosa “*Ley de hierro de la oligarquía*”; que plantea:

“La Organización es la que da origen a la dominación de los elegidos sobre los electores, de los mandatarios sobre los mandantes, de los delegados sobre los delegados. Quien dice organización dice oligarquía”.

También señala:

“La democracia ha encontrado obstáculos, no sólo impuestos desde afuera, sino que surgen espontáneamente desde adentro. Quizás esos obstáculos no puedan ser superados ni allanados sino en parte. ‘La naturaleza del individuo humano, de la lucha política y de la organización conducen a la oligarquía.’ ‘La democracia conduce a la oligarquía y contiene necesariamente un núcleo oligárquico.’ ”

Estudiosos más modernos expresan que los miembros de los partidos

“...están motivados por su deseo personal de la renta, el prestigio y el poder que proporcionan los cargos públicos. Así pues, el cumplimiento de su función social constituye para ellos un medio de conseguir sus ambiciones privadas. Aun cuando quizás parezca un tanto extraño este esquema, es el resultado de la división del trabajo, una vez supuesta la vigencia del egoísmo como motivo impulsor de las acciones humanas. Como sin éxito en las elecciones no se obtiene ninguno de los gajes de los cargos públicos, el objetivo principal de todo partido es ganarlas. De ahí que todas sus acciones se dirigen a maximizar el número de votos en su

⁴ MICHELS, Robert: *Los partidos políticos*. Edit. Amorrortu. Buenos Aires, 1972.

favor y que la política sólo interesa como simple medio para este fin."⁵
(Anthony Downs).

En el mismo sentido se orientan los estudios de Mancur Olson⁶ para quien sólo participan en la lucha por el logro de un bien colectivo, quienes por ello reciben un beneficio adicional al logro de dicho bien.

Así como en la economía de mercado, la búsqueda de intereses egoístas conduce a la eficiencia del sistema económico debido al comportamiento racional de los oferentes y demandantes, el sistema político puede hacerse eficiente a través del mercado de votos, tanto por la racionalidad de los políticos como de los votantes. Los políticos compitiendo entre sí por la obtención de los votos a cambio de sus servicios y los votantes, mediante un cálculo racional decidirán a quién otorgárselos, sobre la base del comportamiento de los políticos tanto en el pasado como lo que se espera de ellos en el futuro. Lo importante para que funcione este sistema es que existan reglas del juego que permitan establecer esa relación entre actuación política y voto, ya sea como sanción o como premio. A pesar de que hoy día no existe una teoría lo suficientemente abarcante que pueda explicar el comportamiento político, muchas de ellas, como las que hemos citado, contribuyen a clarificar aspectos de tal comportamiento.

Señala Michels, que aunque la oligarquía partidista no puede ser eliminada, sí puede ser sustituida por otra. La vida partidista está signada por la lucha entre grupos oligárquicos por desplazar y no ser desplazados de los cargos y funciones más importantes para el juego de poderes, esto se convierte en el centro y motor de la vida interna. La democratización está asociada a la forma en que se dé cabida y se reglamente la lucha entre facciones. Pero, por esa misma razón, la democratización de la vida interna de los partidos no significa que ella se revierta en una acción democratizadora hacia el exterior. La propia experiencia venezolana indica que partidos dominados por el centralismo democrático con una disciplina vertical y poco espacio para la disidencia, se

⁵ DOWNS, Anthony: *Teoría económica de la democracia*. Edit. Aguilar. Madrid, 1973.

⁶ BARRY, Brian: *Los sociólogos, los economistas y la democracia*. Amorrortu Editores. Buenos Aires, 1974.

convierten en maquinarias eficaces para implantar el sistema democrático, aunque sea un modelo restringido de democracia, limitado, en lo fundamental, a lograr que la transferencia del poder se realice mediante los votos y se impida la instauración de un gobierno dictatorial bien sea de izquierda o de derecha. Esa verticalidad les permitió instrumentar mecanismos antiparticipativos y desmovilizadores de la población, a través de su influencia en sindicatos, colegios profesionales, concejos municipales, asambleas legislativas y el Congreso de la República, factores que fueron importantes en la lucha contra “**las dos conspiraciones**” de derecha e izquierda. Una vez consolidado el régimen, ese partido monolítico es uno de los grandes obstáculos para el desarrollo y la ampliación de la democracia. No obstante, la democratización de la vida interna de los partidos puede conducir al parroquialismo, a que cada grupo local o regional se ocupe sólo de satisfacer intereses particulares si no se logra establecer una correspondencia entre el castigo o premio de los electores con el fracaso o éxito en la vida interna del partido y, por supuesto, que exista la posibilidad real de premios y castigos por parte de los electores.

Las luchas internas entre facciones conduce a un complejo juego de alianzas entre ellos. Algunos estudiosos del fenómeno de las coaliciones como Theodore Caplow⁷ ha construido un modelo para su estudio a base de triadas, señala que todo sistema social puede ser reducido a conjuntos de triadas

“... las triadas constituyen los elementos básicos con que están constituidos todas las organizaciones sociales” ... “la triada es un sistema social formado por tres miembros relacionados entre sí en una situación persistente” ... “la propiedad más significativa de la triada es su tendencia a descomponerse en una coalición de dos de sus miembros frente al tercero. Si se conoce el poder relativo de cada uno de los tres miembros se puede predecir con una precisión considerable la aparición de coaliciones determinadas.”

Señala el mismo autor que si construimos una triada formada por A, la alta dirigencia, B, la dirigencia media, y C las locales, podemos estudiar las

⁷ CAPLOW, Theodore: **Dos contra uno: teoría de las coaliciones en las triadas**. Editorial Alianza Universidad. Madrid, 1974.

coaliciones más comunes que se producen en las organizaciones y predecirlas según el peso relativo de cada uno de estos sectores. Una coalición dominante entre A y B, sería de carácter conservador, orientado a mantener el status y por consiguiente poco proclive a los cambios como serían los procesos democratizadores. Una coalición entre B y C sería de carácter revolucionario, en el sentido de que transformaría el status establecido, por consiguiente inclinada a los procesos democratizadores. Una coalición entre A y C sería de carácter impropio, podría realizarse para que A permanezca en el poder ante la amenaza de B de sustituirla; esta coalición puede ser proclive a los procesos democratizadores a través de los cuales puede desplazarse a B.

Este modelo es particularmente útil cuando las facciones coinciden con luchas de carácter generacional, en las cuales los viejos dirigentes ocupan las altas posiciones, el sector emergente las intermedias y en las direcciones locales los de menos tiempo en las organizaciones. Cosa que hoy día no parece ser el de nuestros partidos, allí la situación es más compleja; sin embargo, algo hay de esto en la lucha por la democratización en los partidos. Karl W. Deutsch,⁸ señala que el poder real de la organización tiende a desplazarse hacia los sectores intermedios, ya que están en un lugar clave en el proceso de comunicación en la organización, por eso quienes logran garantizar una coalición con este sector mantienen u obtienen el poder. En nuestro caso serían los dirigentes a niveles regionales de los partidos, son ellos quienes tienden a controlar el “*aparato*” o “*maquinaria*” del partido. La más de las veces su poder interno no tiene relación con su proyección “*hacia afuera*” o capacidad para ganar votos y adhesiones más allá de las fronteras partidistas. En la medida en que tal proyección es más necesaria se debilita el poder de los hombres de aparato, abriendo posibilidades a una mayor vinculación de los hombres de partido hacia sus electores, favoreciendo los procesos de democratización. De allí la importancia que tiene que las reformas a las leyes que regulan todo el sistema de representatividad se orienten a crear una mayor capacidad de control de los electores sobre los elegidos, ello contribuirá a que aumenten las lealtades y responsabilidades de los elegidos hacia los electores y disminuyan hacia el aparato del partido o postuladores.

⁸ DEUTSCH, Karl W.: *Los nervios del gobierno*. Editorial Paidós. Buenos Aires, 1971.

Las luchas entre las distintas facciones entre los partidos son uno de los impulsadores más importantes de la democratización. En la medida en que las facciones no dominantes comienzan a cobrar fuerza, tienen mayor capacidad para influir sobre la composición de los organismos. La primera gran reivindicación es el reconocimiento mismo de corrientes de opinión diferentes, que pueden agruparse para postular planchas a los organismos y promover tesis políticas, propuestas programáticas estatutarias, etc., distintas a los de los organismos dominantes. Otro paso importante en la democratización es no sólo el reconocimiento de tales "**corrientes de opinión**", sino que los cargos por planchas se distribuyan mediante el sistema de representación proporcional; sabido es que en una elección nominal y por planchas, la mayor minoría puede adjudicarse todos los cargos, dejando a las otras minorías sin representación. Todas estas pugnas intestinas en los partidos se va reflejando en los sucesivos estatutos, ellos expresan las reglas del juego compartidas, los puntos de común acuerdo necesarios para poder permanecer dentro de una misma organización partidista.

Antes del estudio de los estatutos de los partidos mayoritarios en Venezuela, vamos a señalar algunas características del funcionamiento de los organismos partidistas y su capacidad para decidir sobre asuntos fundamentales. La actividad partidista está signada por la competencia, ello requiere que sus organismos den respuestas rápidas a los diferentes problemas que se van presentando cotidianamente, son éstos los que en definitiva definen la acción real de esas instituciones, de allí que en ellas el poder real se desplace hacia los organismos que por sus características tengan mayor capacidad para asumir esas tareas. De manera general y como tendencia, influyen en esa capacidad: a) El número de miembros, mientras más numeroso menor posibilidad de asumir esas tareas; b) La frecuencia de las reuniones, a mayor frecuencia, mayor capacidad de decisión; c) Grado de generalidad de las decisiones que el organismo esté facultado para tomar, a mayor generalidad mayor es la tendencia a desplazar su interpretación a los organismos que necesiten aplicarla, ubicándose en éstos el poder real de decisión; d) Ambito de la decisión, es obvio que mientras mayor sea el espacio organizacional que la decisión abarque, mayor será la capacidad de influir sobre el partido. De allí que el poder partidista tiende a desplazarse hacia los organismos ejecutivos, comités ejecutivos nacionales, regionales, distritales, municipales, locales, de base. En ellos, para resolver los asuntos cotidianos o se constituyen secretariados

que tienden a tragarse a estos comités ejecutivos, sobre todo si éstos cuentan con un gran número de miembros, o algunas secretarías absorben tareas claves y se sobreponen sobre el resto, como el caso de algunas secretarías generales y/o de organización, etc.

Si a la concentración del poder en los organismos ejecutivos, agregamos la tendencia al desplazamiento de éste a los niveles intermedios, nos daremos cuenta del peso específico interno que pueden tener en su conjunto los comités ejecutivos a nivel regional y distrital y la fuerza de la coalición conservadora entre éstos y el organismo ejecutivo a nivel nacional. Pero estos grupos no son homogéneos, muchos de ellos aspiran a los mismos cargos, lo que acrecienta sus pugnas por desplazar y no dejarse desplazar. Una coalición conservadora entre sectores directivos nacionales e intermedios sobre la base del aumento del poder de decisión de estos últimos, puede aumentar la tendencia de los partidos a volcarse sobre sí mismos, reduciendo su capacidad para dar respuesta a los cambios producidos en su ambiente exterior, haciéndose menos eficientes, más obsoletos, debido a que la elegibilidad de sus cargos depende, en lo fundamental, de esas alianzas internas. Esto puede ser contrarrestado, si tal coalición está conectada a un proyecto modernizador y democratizador de la sociedad civil. Puede establecerse otra coalición dominante entre los sectores intermedios y la base, haciéndola extensible a los simpatizantes y hasta los votantes, también entre estos últimos y sectores de las directivas nacionales. Alianzas que podrían tener, según nuestra apreciación, mayor potencia democratizadora hacia la sociedad civil.

3. Los cambios en el sistema legislativo

Los cambios en el sistema legislativo se orientan a fortalecer los poderes locales y regionales y a que los electores puedan tener un mayor control sobre sus elegidos. Con ello se pretende democratizar al sistema político como medio de hacerlo más abierto, de forma tal que pueda captar con más facilidad las diferentes demandas y darles respuestas adecuadas, con ello se logra una mayor capacidad de adaptación a los cambios, actualizándolo y haciéndolo más eficaz. Al fortalecimiento de los poderes locales y regionales y paradójicamente también al nivel nacional, se orienta la Ley de Descentralización y Transferencias de Competencias del Poder Público, en la cual no sólo se transfieren competencias a los estados sino que el poder residual le es reservado a éstos (Art. 2, ordinal 6),

contrario a la costumbre establecida donde el poder central asumía todo aquello que no estaba reservado expresamente por ley a los estados. También se fortalece la capacidad financiera de los estados a través del Situado Constitucional que se incrementará de 16% en 1990 a 20% en 1994, del total de ingresos ordinarios estimados en el respectivo presupuesto y sobre los ingresos ordinarios adicionales. Asimismo, dentro de la competencia exclusiva de los estados destacamos la de administrar sus bienes y la inversión del Situado Constitucional y demás ingresos que le correspondan con sujeción a lo dispuesto en esta Ley y la Constitución (Art. 3, ordinal 2), además de lo dispuesto en el Título III, artículo 11: "*De la Transferencia a los Estados de Competencia Reservadas al Poder Nacional*". De igual manera la Ley Orgánica de Régimen Municipal se orienta a fortalecer lo municipios dándole un mayor grado de autonomía.

La elección directa de Gobernadores de Estado y de Alcaldes en los Municipios, la elección de Concejales y de Senadores y Diputados al Congreso, a las Asambleas Legislativas, por elecciones nominales y por planchas, la representación proporcional personalizada, la sujeción de los elegidos a circuitos electorales,⁹ el reconocimiento y fortalecimiento de la participación ciudadana a través de las asociaciones de vecinos, la elección por votación directa, universal y secreta de las juntas parroquiales y reducción del período del ejercicio de los poderes municipales a tres años, pretenden establecer una relación más estrecha entre elegidos y electores y dar una mayor capacidad de control sobre la actuación de los primeros por los segundos.

III. LOS ESTATUTOS DE LOS PARTIDOS

En este capítulo haremos un estudio comparativo de los estatutos vigentes de los partidos mayoritarios, Acción Democrática, COPEI y el MAS. En el caso de AD, sancionados por el Comité Directivo Nacional en 1985 y aprobado por la Convención Nacional realizada en enero de 1986, con las modificaciones hechas por la Convención Nacional Extraordinaria en abril de 1990, presentadas

9 Ley Orgánica del Sufragio: Art. 38 Cap. IV. De la Representación Proporcional Personalizada: Art. 16, Art. 103, ordinal 3, Cap. VI. De la Elección del Alcalde y de los Concejales: Art. 152 y 161. Ley Orgánica del Régimen Municipal, Arts. 50, 51, 52, 53, 56, 58, 69, 73, 171, 175, 177. Ley de Elección y Remoción de Gobernadores de Estado: Arts. 2, 7 y 9.

por un sector de ese Partido como “Proyecto D”. Por la XVII Convención Nacional de COPEI, realizada en 1988, y en el MAS por la Convención Nacional Extraordinaria de 1988. Nos ocuparemos de los organismos que los constituyen, su estructura organizativa, quiénes los eligen, cuáles son sus atribuciones, con qué frecuencia se reúnen, quién los convoca, qué organismo u organismos pueden relevar a sus miembros.

1. La Convención Nacional

1.1. En AD la Convención Nacional se reunirá ordinariamente cada tres años, en la fecha y lugar que señale el CEN con treinta días de anticipación, y extraordinariamente cuando así lo decida el CDN o el CEN o cuando lo soliciten las dos terceras partes de los Comités Ejecutivos Seccionales (nivel estadal). Podrá ser deliberante o electiva, en este último caso será convocada sólo para ese fin. *Está integrada por:

- 1. Delegados de las Seccionales (estados) a razón de uno por cada 2.000 votos pequeños, más un delegado adicional por fracción superior a mil que el partido obtenga en la entidad federal correspondiente en las últimas elecciones nacionales. Estos delegados serán elegidos por votación universal, directa y secreta de la militancia mediante el sistema de planchas y con aplicación del principio de representación proporcional de las minorías.*
- 2. Los miembros del Comité Directivo Nacional (CDN).*
- 3. Los senadores y diputados al Congreso de la República.*

Asistirán con derecho a voz los miembros del Tribunal de Ética Partidista que no sean miembros del CDN; los Directores de los Departamentos del CEN. Los que ejerzan cargos de importancia nacional y previa calificación del CEN. Los invitados especiales del CEN en una cantidad no superior al 10%. El Contralor Inferno del Partido.

* Aparecen en negritas las resoluciones incorporadas por la Convención Nacional de abril de 1990. (Proyecto D).

Son atribuciones de la Convención Nacional: *elegir los miembros del CEN, los demás del Comité Político Nacional que le corresponda de acuerdo al artículo 35 y a los del Tribunal de Ética Partidista, y el Contralor Interno (Pierde la facultad de modificar los estatutos como mandato genérico). Juramentar como Secretario Sindical, Agrario, Juvenil, de Educación y Cultura, de Profesionales y Técnicos, de Asuntos Municipales y Acción Comunal y de Acción Femenina, a quienes hayan sido designados por los Plenos respectivos como miembros del CEN. En ningún caso el Reglamento Electoral podrá establecer fórmulas electivas mayores a las de segundo grado para estas elecciones.*

1.2. En COPEI la suprema autoridad del Partido es la Convención Nacional, se reúne ordinariamente durante el primero y tercer año de cada periodo constitucional (Art. 17); o en forma extraordinaria por decisión de la propia Convención Nacional, del Directorio Nacional, del Comité Nacional, o por la mayoría de los Comités Regionales. De no reunirse la Convención Nacional ni el Directorio Nacional, éste debe reunirse el fin de semana del primer mes del segundo y/o cuarto año del periodo constitucional. *Los delegados son electos por un periodo constitucional.*

La función principal de la primera Convención Nacional es elegir a las autoridades partidistas (Art. 18) la agenda, fecha y lugar de esta reunión la establecerá la Comisión Electoral Nacional. La segunda será fijada por el Comité Nacional y se ocupará de cubrir las vacantes del Comité Nacional, del Tribunal Nacional, de la Contraloría Interna Nacional y de la Defensoría de los Derechos del Militante. También podrán ser substituidos parcial y totalmente, con las dos terceras partes de votos favorables, los miembros del Comité Nacional.

La Convención Nacional estará integrada por:

- A) Los miembros principales y suplentes del Comité Nacional.
- B) Los miembros principales y suplentes del Tribunal Nacional.
- C) El Contralor Interno Nacional.
- D) El Defensor de los Derechos del Militante.

- E) Los Senadores y Diputados y suplentes incorporados.
- F) Los miembros principales y suplentes de la Comisión Electoral Nacional.
- G) Los Presidentes y Secretarios Generales de los Comités Regionales.
- H) *Los delegados de los organismos regionales, quince delegados por cada organismo regional, más dos por cada 1% de votos obtenidos sobre la media nacional alcanzada por el partido en la última elección nacional* (Art. 23).
- I) *Los delegados de los organismos funcionales. Treinta delegados por cada organismo funcional, en la forma y términos que determine la Comisión Electoral Nacional* (Art. 24).
- J) Los Coordinadores Generales Nacionales y los Secretarios Nacionales, en un número no mayor de once en cada caso.
- K) Los Consejeros Nacionales miembros de Copei.
- L) *Los delegados de los organismos municipales. Cada organismo municipal elegirá el número de delegados que resulte de dividir la votación obtenida por el partido en el Municipio entre "la base de votación" (0,1% de la votación total obtenida por el partido en la última elección).*

La Convención Nacional tiene como función principal aprobar y modificar el proyecto político y los estatutos de COPEI, así como la elección de las autoridades partidistas: los miembros del Comité Nacional, Tribunal Nacional, Contralor Interno, el Defensor de los Derechos del Militante.

1.3. La Convención Nacional. En el MAS se reúne ordinariamente cada tres años. Sólo será pospuesto por mayoría calificada del Consejo Nacional, y no podrá ser por un lapso superior a un año (Art. 33). La Convención se realizará en dos períodos separados, en el primero se discutirán las materias sometidas a su consideración, en la segunda se elegirán las autoridades del Movimiento (Art. 34).

La Convención Nacional se integrará con los delegados electos de manera personal, directa y secreta por los miembros que figuren en el Registro

Electoral Nacional, que se origine en el Sistema de Inscripción y Recenso (SIR). *Corresponde a la Comisión Electoral Nacional determinar el número de delegados a la Convención.* Los delegados electos por los militantes debe ser igual, por lo menos, al noventa por ciento de los integrantes de la Convención. Son miembros de pleno derecho de la Convención los miembros de la Comisión Electoral Nacional.

La Convención Nacional extraordinaria se integra con los delegados de la Convención Ordinaria anterior y los miembros en ejercicio de la Comisión Electoral Nacional, salvo que las 2/3 partes del Consejo Nacional decide llamar a un nuevo proceso electoral.

Entre las principales atribuciones de la Convención están: *elegir el Consejo Disciplinario Nacional, a la Comisión Electoral Nacional y al Contralor Interno y su suplente, elegir a los miembros principales y suplentes de la Dirección Nacional, elegir y/o proclamar al candidato presidencial, salvo que delegue esta atribución a otro organismo o se establezca por la Dirección Nacional o el Consejo Nacional un sistema diferente de elección* (Art. 37).

1.4. En todos los partidos, la mayoría de los miembros de la Convención Nacional son elegidos mediante votación universal, directa y secreta de los militantes y por medio de planchas y representación proporcional de las minorías¹⁰. En AD esa minoría se establece en un 30% de los votos, en COPEI el 10%, en el MAS tal definición no está establecida estatutariamente, queda en manos de la decisión de la Comisión Electoral Nacional. Las convenciones se realizan cada tres años salvo COPEI, que realiza dos en un período constitucional. Tanto en AD como en el MAS, se eligen los delegados para cada Convención, no así en COPEI cuyos delegados se eligen para dos convenciones.

La base para la determinación del número de delegados está definida estatutariamente tanto en AD como en COPEI, en el MAS corresponde a la Comisión Electoral Nacional. En todos los partidos la Convención discute sobre la línea política general del partido correspondiente, pero su función

¹⁰ En el caso de AD, esa disposición se incorpora en la última Convención. (Abril 1990).

principal a los efectos del poder real interno es la elección de las autoridades partidistas de mayor jerarquía, el CEN en AD y el Comité Nacional en COPEI.

2. Comité Directivo Nacional (CDN). Directorio Nacional. Consejo Nacional

2.1. El Comité Directivo Nacional (CDN) de AD es la máxima autoridad en el Partido que media entre las reuniones de la Convención Nacional. Se reunirá ordinariamente, previa convocatoria hecha por el CEN con quince días de anticipación, al cumplirse un año de la reunión ordinaria de la Convención Nacional y, extraordinariamente, cuando el CEN lo convoque o lo solicite la mayoría de las seccionales del Partido (Art. 32).

Está integrado por:

- Los miembros del Comité Político Nacional.
- Los miembros en ejercicio del Tribunal Disciplinario Nacional.
- El Presidente del Tribunal de Ética Partidista.
- Los miembros de los Comités Sindical, Agrario, Juvenil, de Educación y Cultura, de Profesionales y Técnicos, de Asuntos Municipales y Acción Comunal y de Acción Femenina Nacionales.
- El Contralor Interno.
- Los Secretarios de Organización del CES y *tres delegados por cada Seccional, designados por la respectiva convención.*

Asistirán con derecho a voz, los miembros del Tribunal de Ética Partidista, que no formen parte del CEN; los Parlamentarios Nacionales del Partido y todos aquellos que ejerzan cargos de importancia nacional, según calificación previa del CEN. También podrán asistir con derecho a voz, hasta veinte invitados especiales del CEN.

Entre las atribuciones del Comité Directivo Nacional (CDN) están:

- *Reemplazar en sus cargos a uno o más de los Secretarios Políticos del Comité Político Nacional electos en la Convención Nacional, a los miembros del CEN, igualmente electos en la Convención Nacional y a los del Tribunal Disciplinario*

Nacional, cuando incumplan las decisiones y funciones encomendadas o por cualquier otra razón que a juicio del Comité Directivo Nacional, lo justifique.

- Suplir las vacantes absolutas que se produzcan en el Comité Ejecutivo Nacional y en el Tribunal Disciplinario Nacional.

- *Aprobar el Reglamento Electoral y los demás cuya sanción le atribuyen estos Estatutos (Art. 34).*

2.2. El Directorio Nacional de COPEI, está formado por los principales y suplentes del Comité Nacional, los Presidentes y Secretarios Generales Regionales, más los delegados de cada organismo regional, escogidos de su seno para un período constitucional por los delegados de la Convención Nacional. *Cada organismo regional elegirá un número básico de tres delegados, más un número variable equivalente al 10% de los delegados del mismo a la Convención Nacional.* Los senadores y diputados electos al Congreso de la República, los subsecretarios nacionales de los organismos funcionales, *más cinco delegados por organismo, electos bajo la misma fórmula de los delegados funcionales (Art. 31).*

El Directorio Nacional es un organismo menos numeroso que la Convención Nacional, constituido, al igual que la Convención, por miembros permanentes de organismos nacionales y regionales, senadores y diputados, pero con un número considerablemente menor de delegados elegidos para ser miembros de ese organismo. Se reúnen una vez al año, eligen a la Comisión Electoral Nacional y resuelven sobre asuntos de política nacional y establece la línea política del partido (Art. 35).

2.3. El Consejo Nacional del MAS está integrado por los miembros principales y suplentes de la Dirección Nacional, del Consejo Disciplinario Nacional, de la Comisión Electoral Nacional, por el Contralor Interno y su suplente, por los Presidentes y Secretarios Generales Regionales que no sean miembros de la Dirección Nacional, por, hasta cinco delegados electos por cada región en la Convención Nacional. Por los directivos de las Comisiones Funcionales en un número no mayor de cinco, de los Frentes de Masas, hasta un número de siete y de los Departamentos Técnicos, en un número no mayor de dos y por los delegados de la Juventud del MAS, de conformidad con el reglamento. Los

miembros del MAS que hayan sido candidatos a la Presidencia de la República y quienes hayan ejercido la Presidencia y la Secretaría General del partido durante el periodo inmediato anterior.

Este organismo se reúne al menos una vez al año y decide sobre lo que le delegue la Convención Nacional, entre ello, la posibilidad de reformar los estatutos, reemplazar en sus cargos a los miembros presentes, así como suplir sus vacantes absolutas. Dar aprobación definitiva a las listas para el Congreso Nacional conforme a lo establecido en el artículo 136.

2.4. La importancia del CDN en AD deriva fundamentalmente de: a) Su facultad para aprobar el Reglamento Electoral; recordemos que la decisión de este organismo de ampliar los Colegios Electorales significó el triunfo de Carlos Andrés Pérez sobre Octavio Lepage. b) La capacidad de decidir “*sobre asuntos que por su importancia trasciendan de las atribuciones del Comité Político Nacional y del Comité Ejecutivo Nacional*”. Lo que la convierte en la instancia para dirimir las disputas internas que no pueden ser resueltas por estos organismos, para lo cual por su número y composición es más ágil y operativo que la Convención Nacional. Tal es el caso de la discusión sobre las expulsiones de dirigentes por parte del Tribunal de Ética Partidista.

La composición del Directorio Nacional de COPEI es diferente a la del CDN de AD, incorpora a los senadores y diputados, lo que lo convierte en un organismo más numeroso, sus miembros duran un período constitucional en sus funciones.

En el MAS, el Consejo Nacional tiene facultad para reformar los estatutos, reemplazar a miembros de la Dirección Nacional y aprobar definitivamente las listas a candidatos al Congreso Nacional.

3. El Comité Político Nacional (CPN). El Comité Nacional Ampliado y La Dirección Nacional

El Comité Político Nacional de AD estará integrado por los miembros del CEN, los ex presidentes y ex secretarios generales del CEN; veintiún secretarios políticos designados por la Convención Nacional; por los secretarios generales de los CES. Se reunirá, previa convocatoria del CEN, cada tres meses, por lo menos, o a solicitud de una tercera parte de sus integrantes (Art. 35). Entre sus

atribuciones está la de revisar, modificar o revocar las decisiones del CEN, con las tres cuartas partes de los votos de sus integrantes.

3.2. El Comité Nacional Ampliado de COPEI, se reúne por lo menos cada dos meses (Art. 37) y está formado por los miembros principales y suplentes del Comité Nacional. Los presidentes y secretarios generales de los Comités Regionales. Los subsecretarios generales nacionales de los Organismos Funcionales. El Director y el subdirector de la Fracción Parlamentaria. Los coordinadores generales nacionales en un número no mayor de once; sólo concurrirán los once primeros en el orden de su designación (Art. 36). Su función principal es evaluar la línea política del partido y la marcha general de la organización. Es un organismo más pequeño y más operativo que la Convención Nacional y el Directorio Nacional.

3.3. La Dirección Nacional del MAS está integrada por el presidente, el secretario general y cuarenta y cinco miembros principales y diez suplentes. Los secretarios generales regionales que no resultaren electos como miembros de la Dirección Nacional, serán invitados permanentes con derecho a voz.

Entre las atribuciones de la Dirección Nacional están: *designar al Comité Ejecutivo Nacional, convocar la Convención Nacional, convocar al Consejo Nacional, designar al Director de las Fracciones Parlamentarias, declarar en estado de reorganización (intervenirlos), con el voto favorable de las dos terceras partes. Se reunirá, al menos una vez al mes, convocada por el Secretario General.*

3.4. Quizás lo más resaltante del CPN de AD es su facultad para revocar las decisiones del CEN, con las tres cuartas partes de los votos de sus integrantes. En COPEI el Comité Nacional Ampliado es bastante deliberativo sobre asuntos generales. La Dirección Nacional del MAS es algo distinto, es ella quien elige al Comité Ejecutivo Nacional y al Director de la Fracción Parlamentaria y tiene facultad para intervenir a los organismos.

4. El Comité Ejecutivo Nacional (CEN). El Comité Nacional y El Comité Ejecutivo Nacional

4.1. El Comité Ejecutivo Nacional (CEN) de AD es el máximo organismo de dirección permanente del partido y está integrado por (Art. 37), un Presidente,

un Vicepresidente, un segundo Vicepresidente, **un tercer Vicepresidente**, un Secretario General, un Secretario de Organización, un Secretario Sindical, uno Agrario, uno Juvenil, uno de Educación y Cultura, un Secretario de Profesionales y Técnicos, un Secretario de Asuntos Municipales y de Acción Comunal, una Secretaria de Acción Femenina, veinticinco Secretarios Políticos, cada uno de estos últimos ejercerá en un Departamento asignado por el CEN. Son también miembros del CEN, los militantes postulados por el partido como candidatos a la Presidencia de la República, el Presidente de la Confederación de Trabajadores de Venezuela y el Presidente de la Federación Campesina, cuando sea militante de AD. Los ex presidentes y ex secretarios generales.

El CEN *durará tres años en sus funciones*. Se reunirá ordinariamente una vez a la semana. Entre las atribuciones del CEN destacan:

- Convocar ordinaria y extraordinariamente a la Convención Nacional, el CDN y el CPN, de acuerdo con las previsiones de los artículos 26, 32 y 35.
- Aprobar el calendario para la elección de los Delegados a la Convención Distrital (Art. 72, letra A) y de los Directores de los Comités Municipales (Art. 92).
- *Separar del cargo a cualquiera de sus miembros con el voto aprobatorio de las dos terceras partes de sus integrantes. El CEN hará las sustituciones correspondientes, pero la decisión definitiva corresponde al CDN.*
- *Separar del cargo a cualquier miembro de los Comités Ejecutivos Seccionales*, el CEN convocará a un Comité Directivo Seccional extraordinario, para proceder a nombrar al sustituto definitivo.
- *Declarar en estado de organización (intervenir), con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros, a cualquiera de los organismos partidistas de funcionamiento permanente y de jerarquía subalterna.*
- *Sobreseer las causas que cursen a los Tribunales Disciplinarios.*
- Suspender en sus derechos partidistas o excluir del partido a cualquier militante, con el voto de las dos terceras partes de sus componentes: en un mes debe remitirse al Tribunal Disciplinario Nacional para que dicte su fallo (Art. 122).

- Designar a los miembros de la Comisión Electoral Interna Nacional.
- Aplazar, con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros, cualquier acto electoral interno, salvo los atribuidos a la Comisión Nacional y al CDN.
- Dirigir la política de la Fracción Parlamentaria Nacional. *Designar al responsable de éstas*, preferentemente entre los Secretarios Políticos del CEN.
- El CEN deberá fijar la fecha de escogencia del candidato en la primera quincena del mes de marzo del año anterior a las elecciones presidenciales. *El Secretario General en ejercicio, que pretenda ser postulado como Candidato a la Presidencia de la República, deberá renunciar al cargo dentro de los quince días siguientes a esa fecha.*
- *Es competencia del CEN, la sanción de los Reglamentos previstos en los Estatutos*, salvo que expresamente se le otorgue a otro organismo.

4.2. El Comité Nacional de COPEI, es la autoridad ejecutiva de mayor jerarquía, está integrada por el Presidente Nacional, cuatro Vicepresidentes, el Secretario General Nacional y diecisiete vocales -que son elegidos por la Convención Nacional y permanecen cinco años en sus funciones - (Art. 78); pertenecen también, por derecho, al Comité Nacional: los ex presidentes de la República y ex candidatos a la Presidencia de la República miembros de COPEI y los que hayan sido presidentes y secretarios generales a nivel nacional. Este organismo dirige la política del partido dentro de los lineamientos de la Convención Nacional, del Directorio Nacional y del Comité Nacional Ampliado. Entre sus atribuciones está la de *postular el 33% de los candidatos a los cuerpos deliberantes y a los candidatos para el ejercicio de cargos públicos de importancia como Ministros, Directores o Presidentes de Institutos Autónomos o empresas del Estado, Jefes de Misiones Diplomáticas o cualquier otro de similar jerarquía* (Art. 45); *declarar en estado de reorganización (intervenirlos)*, con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros, a *cualquiera de los organismos regionales y funcionales del partido o fracciones y grupos especializados*. Debe convocar la Convención, Asambleas o Plenos respectivos

o reunirse en un plazo no mayor de treinta días y elegir a quienes asumirían provisionalmente la dirección del organismo en reorganización o intervenido.

4.3. El Comité Ejecutivo Nacional del MAS, es la máxima autoridad ejecutiva, está compuesto por el Presidente, el Secretario General y quince miembros designados de su seno por la Dirección Nacional (Art. 44). Dirige la política del Movimiento dentro de los lineamientos de la Convención Nacional, el Consejo Nacional y la Dirección Nacional. *Designa a los directores de las Comisiones Nacionales, Sectoriales y Funcionales;* revisa el funcionamiento del SIR, designa a los directores de las publicaciones del Movimiento. El Presidente del Movimiento presidirá las reuniones del Consejo Nacional, el Secretario General del Movimiento presidirá las reuniones de la Dirección Nacional y del Comité Ejecutivo. El Presidente y el Secretario General durarán tres años en sus funciones y sólo podrán ser reelectos por un período más, para desempeñar el mismo cargo. Sólo podrán optar a los mismos cargos después de dos períodos de finalizar su mandato.

4.4. Quizás lo más resaltante es el gran poder que acumulan, el CEN de AD, el Comité Nacional de COPEI y el Comité Ejecutivo Nacional del MAS, propio de la oligarquización de las organizaciones. Pero estos son organismos algo numerosos, el más pequeño y operativo es el del MAS, con diecisiete miembros, el CEN de AD unos treinta y seis, y el Comité Nacional de COPEI unos veinticinco, que deben reunirse semanalmente, resolver sobre la marcha cotidiana de sus respectivos partidos, requiere de organismos más ágiles que presenten decisiones previamente analizadas a estos organismos; en AD aparece la figura del cogollo; en COPEI la Secretaría General Nacional parece acumular mucho poder; en el MAS esa tendencia debe ser menor, al menos por razones operativas, debido a lo pequeño del Comité Ejecutivo Nacional.

5. Los organismos electorales internos

5.1. Los procesos electorales para la elección de las autoridades del partido AD, estarán bajo la dirección, organización y supervisión de los siguientes organismos electorales:

- Comisión Electoral Interna Nacional (CEIN)

- Comisión Electoral Interna Seccional (CEIS)
- Comisión Electoral Interna Distritales (CEID)
- Comisión Electoral Interna Municipal (CEIM)

El CEN, con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros, elegirá una *Comisión Electoral Interna Nacional para cada proceso electoral interno*, igualmente el CEIN elegirá a los CEIS, éstos a los CEID, éstos al CEIM y últimamente son éstos los que designan las mesas electorales.

5.2. La Comisión Electoral Nacional es el organismo supremo de dirección, organización y supervisión de todos los procesos electorales del partido COPEI, integrado por cinco miembros principales y sus respectivos suplentes. *Es elegida con el voto favorable de las dos terceras partes del primer Directorio Nacional que se reúna después de la Primera Convención Ordinaria*; dentro de la labor de organizar y controlar las elecciones internas, destacamos la del Contralor financiero y publicitario de las campañas electorales internas, para lo que cuenta con el auxilio de la Contraloría Interna Nacional (Art. 56, ordinal 5).

5.3. La organización y vigilancia de los procesos electorales en el MAS estará a cargo de la Comisión Electoral Nacional, las Comisiones Electorales Regionales, las Comisiones Electorales Distritales, las Asambleas Municipales y de Base, esta función será llevada a cabo por los respectivos organismos ejecutivos o por Comisiones *ad-hoc*.

La Comisión Electoral Nacional es electa por el Consejo Nacional. Esta Comisión designa a los miembros de las Comisiones Electorales Regionales, previa postulación de los respectivos Comités Regionales.

5.4. En AD, la Comisión Electoral Nacional es elegida por el CEN para cada proceso electoral, mientras que en COPEI y el MAS lo es por el Directorio Nacional y el Consejo Nacional, respectivamente, y no son elegidos para procesos electorales concretos. Sin embargo, cada vez más alcanza mayor fuerza la tendencia a que las elecciones internas de los partidos se hagan a través del Consejo Supremo Electoral, organismo que además de aportar experiencia y recursos técnicos, es garantía de la idoneidad de las mismas.

6. Contraloría Interna

6.1. La Contraloría Interna en AD está adscrita a la Secretaría General Nacional, se encarga de controlar, vigilar y fiscalizar los ingresos, gastos y bienes del partido, así como las operaciones relativas a los mismos; su funcionamiento será determinado por el Reglamento que sancione el CDN. *El Contralor Interno es elegido por la Convención Nacional.*

6.2. La Contraloría Interna Nacional es el organismo contralor y fiscalizador del partido COPEI, está dirigido por el Contralor Interno Nacional, *elegido por la Convención Nacional* en su primera reunión del período constitucional por una mayoría de las dos terceras partes, *dura cinco años en sus funciones.*

6.3. En el MAS, tanto el Contralor Interno como su suplente son *elegidos por la Convención Nacional.*

6.4. La figura de un Contralor Interno en los partidos es algo positivo, su elección corresponde a la Convención Nacional y no a un organismo de carácter ejecutivo o designado por los Secretarios Generales. Sin embargo, el control sobre el financiamiento de los partidos¹¹ es algo tan importante para la salud del sistema político que debería haber tanto un control externo por parte del Estado a través de un organismo especializado para ello como la Contraloría General de la República, por ejemplo, así como una legislación más rigurosa en torno al control de las fuentes de financiamiento, con el objeto de mitigar la tendencia a la plutocratización, a la sujeción de las campañas electorales a Alcaldes, Gobernadores, Presidente de la República, Concejales, Diputados y Senadores a los aportes de grupos económicos. El abaratamiento de las campañas, que ahora se extiende hasta las campañas internas por la nominación partidista y por el control sobre el financiamiento de las mismas, es algo sobre lo cual aún existen inmensos vacíos legales.

¹¹ INSTITUTO DE ESTUDIOS POLÍTICOS UCV. *El financiamiento de los partidos políticos y la democracia en Venezuela.* Ediciones Conjuntas. Edit. Ateneo, Edit. Jurídica Venezolana. Caracas, 1981.

7. Defensa de los derechos de los miembros

7.1. En AD no existe un organismo especializado en la defensa del militante ni ninguna figura similar.

7.2. La Defensoría de los Derechos del Militante como su nombre lo indica, se orienta a garantizar los derechos del militante, preservando el orden estatutario y los reglamentos (Art. 63 y 64). *El Defensor durará cinco años en sus funciones y es elegido por la Convención Nacional en la primera reunión del periodo constitucional por una mayoría no inferior a las dos terceras partes.*

7.3. Ante cada uno de los organismos disciplinarios del MAS, actuará un Fiscal, *elegido por la respectiva Comisión*, quien representará los intereses de la colectividad partidista, protegerá los derechos del encausado y velará por la correcta aplicación de los Estatutos y Reglamentos del Movimiento.

7.4. La existencia de un organismo distinto a los Organismos Ejecutivos, encargado de garantizar que la actividad de los organismos partidistas se realice conforme a los estatutos, es algo realmente positivo. Pero tal control debería ser además, externo a los partidos políticos. Debería haber un mecanismo expedito que permita a cualquier militante recurrir a los tribunales ordinarios de la República, cuando considere que se han transgredido los Estatutos del Partido.

8. Capacitación ideológica

8.1. En AD existe un Departamento de Capacitación y Doctrina, cuya dirección corresponde a uno de los Secretarios Políticos del CEN.

8.2. En COPEI se deberá realizar periódicamente un Congreso Ideológico, a fin de mantener actualizadas las tesis ideológicas y evaluar el desarrollo de su Programa Político Básico; es organizado por la Comisión Ideológica Nacional con participación de independientes socialcristianos.

8.3. En el MAS no aparece referencia expresa en los estatutos respecto al asunto ideológico.

8.4. Luego de un proceso de pragmatización excesiva, parece resurgir la preocupación por el elemento ideológico; sin embargo, éstos se ven como esfuerzos que no influyen en la acción práctica de los partidos, cosa que ha resultado muy negativa para el ejercicio democrático, puesto que si una buena dosis de pragmatismo le aporta fluidez al sistema, dándole la posibilidad de negociación y acuerdo entre las distintas toldas políticas, su exceso conduce al envilecimiento del sistema, sobre todo cuando ello implica dejar de lado los principios éticos sobre los que se sustenta nuestra democracia. Hoy por hoy, uno de los problemas más importantes que puede conducir a la pérdida de legitimidad de la democracia, es la actuación política sin escrúpulos, sin principios éticos, lo que conduce a la corrupción sistemática y a que ésta tienda a ser parte consustancial del sistema.

9. De las elecciones internas

9.1. En AD las autoridades directivas nacionales serán electas nominalmente por el voto directo y secreto de los integrantes de la Convención Nacional, salvo los Secretarios Sindical, Agrario, Juvenil, de Educación y Cultura, de Profesionales y Técnicos, de Asuntos Municipales y Acción Comunal y de Acción Femenina, que serán elegidos nominalmente por el voto directo y secreto de los integrantes de los Plenos respectivos (Art. 37).

Las elecciones que se efectúen en las Bases, en las Convenciones, en el CDN en los CDS, en los CDD, en los CDM y en los Plenos Sectoriales, se regirán por las disposiciones siguientes:

- a) **Las postulaciones y elecciones de Delegados a las Convenciones Distrital, Seccional y Nacional, así como las de base para Delegados a los Plenos Sectoriales; se harán siempre mediante el sistema de planchas con aplicación del principio de la representación proporcional de los Delegados, aquellas planchas que no hubieren obtenido, por lo menos, el treinta por ciento (30%) de los votos válidos emitidos en la elección que corresponda.**
- b) **Las postulaciones de candidatos para directiva del Comité Local y el Comité Municipal podrán hacerse nominalmente o por planchas, pero la elección se hará siempre mediante votación nominal, universal, directa y secreta de la militancia respectiva.**

- c) *Las postulaciones de candidatos para autoridades podrán hacerse en forma nominal o por planchas, pero la elección se hará, en todo caso, nominalmente.*
- d) *Las elecciones serán secretas, salvo que el organismo donde hayan de realizarse resuelva por el voto de las dos terceras partes de sus integrantes hacerlas públicas. Las elecciones previstas en los literales a) y b) de este mismo artículo, siempre serán secretas.*
- e) *Si se tratare de elección de cargos directivos y en primera votación ninguno de los candidatos obtuviere la mayoría absoluta, se realizará una segunda vuelta en la cual sólo podrán optar los dos que, en cada caso, hubieren obtenido el mayor número de votos en la primera. De los candidatos que disputarán en la segunda votación resultará electo quien obtenga mayoría relativa.*
- f) *Lo dispuesto en el literal anterior no regirá para la elección de Delegados a las diferentes Convenciones y Plenos Sectoriales, en cuyo caso bastará la mayoría relativa en la primera votación.*
- g) **Las demás contenidas en el Reglamento Electoral (Art. 135).**

La elección del candidato del partido a la Presidencia de la República, se hará mediante votación, universal, directa y secreta por los miembros de los Colegios Electorales de acuerdo con las disposiciones contenidas en el Estatuto Especial que a tales fines dicte la Convención Nacional. La selección de candidatos a Senadores y Diputados al Congreso y a las Asambleas Legislativas, a los Concejos Municipales, se regirán por el Reglamento correspondiente.

9.2. Las elecciones de las autoridades partidistas y de los candidatos del Partido COPEI se regirán por las disposiciones siguientes:

(Art. 75) "... En el primer y tercer año de cada período constitucional, la Comisión Electoral Nacional convocará a los militantes copeyanos a elegir sus autoridades y delegados. En la primera oportunidad se elegirán los delegados

a la Convención Nacional y Regional, en ambas oportunidades se elegirán las siguientes autoridades y delegados:

- a) Comité Parroquial.
- b) Comité Municipal.
- c) Delegados a la Convención Parroquial, en la proporción establecida por los estatutos.
- d) Delegados a la Convención Municipal, en la proporción establecida por estos estatutos.

En las elecciones de Base se elegirán los miembros que integrarán los Comités Municipales y Parroquiales, mediante el sistema de planchas y representación proporcional, salvo los que hayan obtenido menos de un 10% de los votos válidos emitidos. Los cargos de Secretario General, Presidente y Vicepresidente se asignarán en ese orden a los tres primeros integrantes que hayan recibido la mayoría simple (Art. 77).

En las Convenciones Nacionales y Regionales se elegirán los Comités respectivos. El Presidente, los Vicepresidentes y el Secretario General corresponderá a la plancha que obtenga la mayoría absoluta, en caso de que ésta no se produzca, se irá a una segunda vuelta con las planchas que hayan obtenido el primer y segundo lugar. Luego de esta elección se escogerán los vocales (principales y suplentes) nominalmente. Lo mismo se aplica para la elección del Tribunal Nacional y Regional; estas disposiciones rigen, en lo que es aplicable, para las Asambleas de los organismos funcionales y para los Plenos de las fracciones (Art. 78).

La escogencia de los Delegados a la Convención Nacional, Regional, Municipal y Parroquial se hará por medio de planchas y bajo el sistema de distribución proporcional, aquellas planchas que no obtengan un mínimo del 10% de los votos emitidos, no le corresponderá delegado alguno (Art. 79).

Los candidatos a la Presidencia de la República, a la Gobernación de Estado, a la Alcaldía o a cualquier otro cargo de elección uninominal, serán escogidos

mediante el voto directo, universal y secreto que ejerzan todos los militantes de COPEI y los independientes socialcristianos que integren el correspondiente listado de electores, sobre la base de mayoría absoluta. La elección de los candidatos a cuerpos deliberantes, cuya elección corresponde a la Base (67%), se aplicará el sistema nominal. El Comité Nacional, con votos de las dos terceras partes, podrá disponer que en un determinado municipio o estado sea postulado un independiente o un miembro de otra organización política; en consulta con la respectiva autoridad partidista municipal o regional (Art. 81).

Las planchas de candidatos a cuerpos colegiados de representación popular, serán confeccionadas por el Comité Nacional de la forma siguiente:

Un 67% de los integrantes electos por votación de la Base, según el artículo 81, el 33% restante por el Comité Nacional, oída la opinión del correspondiente Comité Regional o Municipal.

Para los organismos Regionales, Municipales, Parroquiales y de Base, rigen principios muy similares aplicados al nivel correspondiente. A nivel regional, existe la Convención Regional, Directorio Regional, Comité Regional Ampliado, Comité Regional, Tribunal Regional (elegido por la Convención Regional) en el primer año del período constitucional. A niveles municipales, parroquiales y de base, existirán también convenciones a sus respectivos niveles, Comités Municipales, Parroquiales (elegidos por la Base en el primer y tercer año del período constitucional), Comités de centros de votación, Comités de Base, cuya junta directiva es elegida en Asambleas de Base realizadas en el primer trimestre de cada año, previa convocatoria por la Comisión Electoral Nacional.

9.3. Las elecciones del MAS (Art. 130) se regirán de acuerdo al principio de la representación proporcional y conforme a las reglas y sistemas de elecciones que establezca la Comisión Electoral Nacional. La selección del Presidente, Secretario General y de los Delegados electivos a la Convención Nacional, serán hechas por elecciones primarias de nivel nacional con la participación de todos los miembros del Movimiento.

Los Delegados electivos a las Convenciones Regionales y Distritales serán escogidos por medio de elecciones primarias en su ámbito respectivo. Los

- Presidentes y Secretarios Generales de Frentes y los Delegados electivos a las Convenciones respectivas que clasifiquen para las elecciones de la cual se trate. *Las Direcciones Nacionales, Regionales, Distritales, serán electas en las respectivas convenciones (Art. 133). La selección de candidatos para Concejos Municipales y Asambleas Legislativas, deberán realizarse por elecciones primarias a celebrarse en cada circunscripción electoral.* Un número determinado de puestos de las listas, previamente identificados, pueden ser reservados para ser llenados con no militantes por el Comité Distrital como proposición del Comité Regional (Concejales), o los Consejos Regionales correspondientes (Diputados a las Asambleas Legislativas).

La lista a Diputados y Senadores serán llenadas por medio de elecciones primarias en cada circunscripción, salvo un número reservado previamente para cada circunscripción por el Consejo Nacional con el voto aprobatorio de por lo menos 2/3 partes de sus integrantes. La selección del Presidente y del Secretario General serán hechas por medio de elecciones primarias de nivel nacional, con la participación de todos los Miembros del Movimiento (Art. 133).

9.4. El Presidente, Vicepresidente y Secretarios Generales Nacionales son electos tanto en AD como en COPEI por medio de elecciones de segundo grado por la Convención Nacional, en el primero por un sistema nominal y en el segundo por planchas y representación proporcional de las minorías, pero estos cargos le corresponderán a la plancha que obtenga la mayoría absoluta de los votos. El resto de los miembros de los Comités Ejecutivos son electos nominalmente en la Convención Nacional en ambos partidos. En el MAS la elección del Presidente y del Secretario General se hace por medio de elecciones primarias a nivel nacional con la participación de todos los miembros del Movimiento. El Comité Ejecutivo Nacional es elegido por la Dirección Nacional.

En AD, las Secretarías Agrarias, Sindical, Juvenil, etc., son electas por los Plenos respectivos.

Las directivas de los Comités a nivel estadal, distrital, municipal y de base se elegirán en las respectivas Convenciones, en AD nominalmente, en COPEI mediante el sistema proporcional de las minorías y en el MAS no está establecido estatutariamente.

Los delegados a las convenciones a los distintos niveles, se eligen por medio de planchas y por el sistema de representación de las minorías. En AD se requiere un mínimo de 30% de los votos emitidos para participar en la distribución proporcional, en COPEI 10% y en el MAS no está establecido estatutariamente.

Los cargos en los organismos tienen una duración de tres años en AD y el MAS, en COPEI un período constitucional. En el MAS el Presidente y el Secretario General Nacional sólo pueden ser reelectos consecutivamente por una sola vez.

La elección a candidato para Presidente de la República se hace en AD mediante votación directa y secreta de los Colegios Electorales, en COPEI mediante elección directa y secreta de la militancia y en el MAS es elegido en la Convención Nacional, salvo que lo delegue a otro organismo o se establezca por la Dirección Nacional o el Consejo Nacional.

En AD los candidatos a Senadores y Diputados al Congreso Nacional, a las Asambleas Legislativas y los Concejales, serán electos según un reglamento que debe sancionar el CDN o el CEN. En COPEI se escogerá el 67% de ellos mediante elección nominal de todos los miembros, los candidatos restantes los elegirá el Comité Nacional preferentemente entre independientes y miembros de otros partidos oída la opinión del correspondiente Comité Regional o Municipal. En el MAS, por elecciones primarias en cada circunscripción electoral. En COPEI, los candidatos a Alcaldes y Gobernadores de Estado serán escogidos mediante el voto directo y secreto para cada entidad correspondiente, en AD como en el MAS no está especificado en los estatutos.

10. *Los Organismos Funcionales*

10.1. En AD los Organismos Funcionales son: los Secretarios Sindical, Agrario, Juvenil, de Profesionales y Técnicos, de Acción Femenina, de Asuntos Municipales, de Acción Comunal, son Secretarios del CEN, cada uno con organismos de trabajo formado por un máximo de quince miembros, elegidos de acuerdo al reglamento correspondiente. Los Plenos Sindicales, Agrario, Juvenil, de Acción Femenina, nombrarán a sus respectivos secretarios miembros del CEN, que serán investidos por la Convención Nacional; en el caso de los Secretarios Juveniles y de Acción Femenina, ese mandato puede ser revocado por las dos terceras partes de la Convención.

10.2. En COPEI los Organismos Funcionales son: Frente de Trabajadores Copeyanos, la Juventud Revolucionaria Copeyana, el Frente Femenino Copeyano, el Movimiento Agrario Social Cristiano, el Movimiento Magisterial Social Cristiano y el Movimiento de Profesionales y Técnicos Social Cristiano.

10.3 Los Frentes de Masas del MAS son: Frente Sindical, Frente de Profesionales y Técnicos, Frente de Educadores, Frente Agrario, Frente Comunal y de Nuevos Movimientos Sociales y Frente de Trabajo hacia la Mujer. La máxima autoridad interna de cada Frente será su Convención Nacional, la cual deberá elegir una Dirección Nacional del Frente. Los Directores Nacionales de los Frentes pasarán a ser miembros de la Dirección Nacional y cada Frente tendrá un nivel Regional con su Convención Regional.

Las Comisiones Funcionales constituyen una estructura auxiliar del Movimiento, destinado a garantizar eficazmente su funcionamiento organizado, su preparación política como unidad externa e interna. Puede existir a nivel nacional, regional, distrital y municipal. Los Departamentos Técnicos son organismos de carácter nacional, cuya finalidad es asesorar a la Dirección del Partido en determinadas áreas o materias específicas.

11.- La representación en las organizaciones gremiales y sindicales

11.1. Los militantes que forman parte de organismos sindicales, agrarios, estudiantiles, gremiales y fracciones para defender y sostener los principios programáticos del partido AD y actuar de acuerdo a las directrices que emanen de las respectivas autoridades partidistas, *no tendrán funciones ejecutivas, sino de asesoramiento, consulta y penetración en el respectivo sector o gremio*. El reglamento respectivo, determinará su constitución, financiamiento y atribuciones.

11.2. En las elecciones gremiales, sindicales, estudiantiles, agrarias, magistrales y académicas en las cuales participe la militancia adscrita al Partido Copei, los candidatos a respaldar, *serán designados por los miembros de las fracciones correspondientes*. El resultado de esos Plenos será de obligatorio acatamiento. El partido, como tal, no tiene candidato (Art. 161).

11.3. En el MAS *la representación del Movimiento en elecciones sindicales, gremiales, estudiantiles, vecinales u otros de índole similar, serán ejercidas*

por aquellos que designe el colectivo partidista dentro del ámbito del cual se trata, en un proceso democrático que debe inducir a participar a partidarios y amigos del Movimiento.

11.4. Tanto en COPEI como en el MAS las directivas de los Organismos Funcionales y de Masas son electos en sus respectivos organismos.

12. *Las fracciones parlamentarias y edilicias*

12.1. En AD los militantes que formen parte de los organismos parlamentarios y edilicios, se constituirán en fracción. Tendrán derecho a participar en la toma de decisiones, en la forma y medida que determine el reglamento. *Los militantes en ejercicio de sus funciones públicas, están obligados a enviar, a la correspondiente autoridad partidista, una carta renuncia sin fecha.*

12.2. En las fracciones parlamentarias y edilicias, *todo miembro del Partido COPEI que desempeñe cargos representativos, debe actuar conforme a los lineamientos que le señale la respectiva Fracción Parlamentaria o Edilicia en ejecución de los lineamientos que imparta el correspondiente organismo directivo del partido, sin menoscabo de las funciones que legalmente le corresponde* (Art. 166). Los directores de las fracciones, de las Asambleas Legislativas y de los Concejos Municipales serán nombrados por los respectivos Comités Regionales y Municipales, oída la opinión de las fracciones correspondientes.

12.3. En el MAS, la dirección de las fracciones parlamentarias en el Congreso Nacional será designado por la Dirección Nacional. Los Directores de las Fracciones Municipales y Legislativas serán designados por el organismo de dirección respectivo (Comité Regional, Comité Distrital).

12.4. Todo miembro de las fracciones partidistas en el Parlamento y en las Asambleas Legislativas y los Concejos Municipales, están comprometidos a mantener las directrices de sus partidos. En AD y en el MAS, están obligados a presentar carta de renuncia, sin fecha, al cargo representativo que esté ocupando, para que el partido pueda hacerla efectiva cuando considere que se han transgredido las líneas partidistas. De esta manera la representación real

está en manos del partido y no de las personas electas. El partido posee también, por esta vía, el poder de revocatoria.

13. El manejo de las finanzas

13.1. En AD hay un Reglamento Especial para el manejo financiero. Existe un Departamento de Finanzas del CEN. En el Reglamento se determinará los organismos partidistas que, en cada caso, percibirá los ingresos en la organización.

13.2. El manejo de las finanzas en COPEI está a cargo de la Coordinación General Nacional de Recursos Financieros, organismo adscrito a la Secretaría General Adjunta para Asuntos Administrativos (Art. 168). Los Organismos Funcionales, Regionales, Municipales y Parroquiales gozarán de autonomía financiera pero estarán sujetos a fiscalización por el organismo superior respectivo y por la Contraloría Nacional Interna.

14. Organismos disciplinarios

14.1. En AD los organismos disciplinarios son, el Tribunal Disciplinario Nacional con jurisdicción sobre toda la militancia y Tribunales Disciplinarios Seccionales. En cada Distrito habrá un Tribunal de Sustanciación. El TDN, convocará en alzada de las decisiones de los Tribunales Disciplinarios Seccionales y el CDN lo hará respecto a lo dictado por el TDN. Los Tribunales Disciplinarios podrán imponer sanciones que van desde la amonestación privada hasta la expulsión definitiva (Art. 121). El Tribunal de Etica Partidista, tendrá por objeto instruir, conocer y decidir, sobre todas las faltas o delitos contrarios a la moral partidista y a la pública, cuya competencia no le está atribuida al TDN. Según la gravedad puede imponer las sanciones contempladas en el artículo 121. El CEN reglamentará su organización y procedimientos.

14.2. En COPEI, los organismo disciplinarios son el Tribunal Nacional y los Tribunales Regionales.

14.3. En el MAS, los organismos disciplinarios son el Consejo Disciplinario Nacional y los Consejos Disciplinarios Regionales. En cada Distrito funcionará una Comisión de Sustentación. Los organismos disciplinarios pueden imponer

sanciones que van desde la amonestación privada hasta la expulsión del Movimiento.

IV. LOS PARTIDOS POLITICOS COMO AGENTES DE LA DEMOCRATIZACION

Como es de esperarse en un Estado de partidos, éstos constituyen una pieza fundamental. Su función de intermediación entre sociedad civil y Estado es insustituible, puede ser asumida por organizaciones distintas a éstos, Federaciones Empresariales, Sindicales, Vecinales, etc., pero sus efectos deben ser más deformadores, aun por cuanto que estas instituciones están tanto o más oligarquizadas que los partidos, sin que sobre ellas haya el conjunto de controles y reglamentaciones que existe para los partidos. Por lo demás es poco realista esa posibilidad en nuestro país, lo que no excluye el surgimiento de algunos partidos, sean nuevos o viejos y el debilitamiento de otros. De manera que cualquier cambio en el sistema político actual sólo puede hacerse con su concurso, no puede hacerse sin ellos y mucho menos en contra ellos, a menos que estemos propiciando una forma política distinta a la actual democracia. La democratización posible dentro de nuestro actual sistema debe ser el resultado de la lógica de actuación del sistema de partidos, por lo tanto hay que establecer reglas de juego que permitan que funcione el mercado de votos ¹² a través de una relación más estrecha entre la actuación de los políticos y el voto como premio o castigo a ella. Ello significa que tanto la designación como candidato de determinado partido, como la votación obtenida en los sufragios debe estar más conectada con la masa de votantes y que incluso, su éxito en el partido, dependa de esa actividad. Para lograrlo hay que estimular aquellos procesos que en la vida partidista tienden a fortalecer esa tendencia. En ese sentido nos parece un signo positivo que los partidos para dirimir sus pugnas internas tengan que recurrir a la ampliación de la democracia, hacia los miembros de su aparato burocrático reconociendo las minorías y aceptando su representación en los organismos partidistas, y/o ampliando la participación de la militancia e incluso simpatizantes en la escogencia de los candidatos a Presidente, Gobernadores, Alcaldes, Congresantes, Concejales, etc.

¹² DOWNS, Anthony, obra citada.

Pero no toda democratización interna conduce a la democratización del sistema político. Una alianza entre sectores de la alta dirigencia y los líderes a nivel regional y distrital de los organismos de la maquinaria partidista, para evitar la presión de la base hacia la dirigencia, puede conducir al desplazamiento de poderes hacia los sectores dirigentes a nivel estadal y distrital, que puede traducirse en fortalecimiento de organismos de dirección, donde ellos tengan mayor peso específico, poder de veto de las decisiones de la alta dirección, mayor autonomía para elegir candidato a Gobernadores, a Senadores y Diputados al Congreso y Asambleas Legislativas, etc., lo cual en rigor significa una mayor democratización, se amplía el poder de la cúspide hacia los sectores intermedios, pero puede, eventualmente, resultar mucho más oligopolizante, monopolizador del poder hacia la sociedad civil. Este tipo de alianzas por el hecho de encontrar su justificación en las fuerzas internas del partido, contribuyen a reforzar las tendencias de los partidos a “mirar hacia adentro”, cerrándose a su ambiente.

Esta es la coalición dominante en los partidos, y a mi modo de ver, lo que hay que derrotar para acelerar los procesos democratizadores. En los sectores intermedios es donde tienden a concentrarse el poder del partido como maquinaria y los dirigentes a esos niveles son los que tendrían más que perder con una democratización que envuelva a la militancia en general y a la masa de simpatizantes y votantes. Donde el concepto de partido abarque, no sólo a los militantes que hacen vida partidista, y que en momentos no electorales se reduce prácticamente a la dirigencia, sea nacional o de base; sino que se amplíe a las masas de votantes; ellos serían particularmente importantes, no sólo para elegir a los precandidatos a cargos de representación popular, sino también para la selección de los organismos ejecutivos a cada nivel. Ello necesariamente exige una coalición entre sectores de la alta dirigencia, con líderes de gran prestigio nacional, la base partidista y los grupos de partidos que no formen parte de los aparatos; me refiero a los técnicos, intelectuales, etc. Este es el tipo de alianza de mayor potencia democratizadora del sistema político, ya que por su propia naturaleza exige la participación de sectores no oligarquizados, en las decisiones importantes del partido, haciendo de éstos maquinarias más abiertas, menos burocráticas. A ellos es a quien favorece la elección por votación universal, directa y secreta de los Gobernadores y Alcaldes, la sujeción de las elecciones a cuerpos deliberantes a circuitos electorales definidos, la personalización de las elecciones, el fortalecimiento de los municipios y de los

grupos vecinales. Ello conduce a que emergan de aquellos grupos partidistas, cuyo poder se origina en las relaciones del representante con sus representados, en detrimento de los que derivan su poder de las luchas internas entre grupos partidistas. Esto no implica que las tendencias inexorables señaladas por Michels, y que desafortunadamente la experiencia práctica parece corroborar, puedan ser superadas, sin que al tener que solventar sus luchas internas, a través de la participación de la masa de votantes, tales tendencias se mitigan. Esto parece probable y los avances ya hechos a través de los cambios en la legislación que rige estos procesos, así parecen confirmarlo, lo que no queda resuelto es con qué parte de la sociedad se establecerán preferentemente las alianzas de los sectores partidistas, con la esfera del consumo (familias) o de la producción (empresarios, comerciantes, etc.). Al debilitarse la sujeción de los hombres de partido al aparato burocrático y fortalecerse la necesidad de coaliciones entre éstos y sectores de la sociedad civil a los distintos niveles, nacional, estadal, municipal, el problema de la democratización del sistema político se traslada al tipo de alianzas que se establecen entre los sectores partidistas como combinadores y articuladores de intereses ante los organismos del Estado y los distintos sectores de la sociedad civil. Así como la tendencia, la vía de menor resistencia, conduce al fortalecimiento de los sectores intermedios en los partidos y a una alianza entre éstos y la alta dirigencia, por lo que constantemente hay que introducir elementos que la mitiguen. En la relación de los partidos con la sociedad civil, la inercia favorece las alianzas entre los hombres de partidos y la esfera de la producción (comerciantes, empresarios sean a niveles altos, medios y bajos) y por consiguiente a la plutocratización de la política. Así como es cierto que es inevitable la oligarquización de los partidos y de las demás organizaciones voluntarias, sindicales, gremiales, estudiantiles, vecinales, etc., también lo es que en un sistema capitalista la política se plutocratice y en definitiva los sectores pudientes obtengan los mayores beneficios. Por ello los esfuerzos deben ser para contrarrestar tal tendencia, que además de no corresponder a los principios éticos de igualdad distributiva, a la larga traerán graves problemas al funcionamiento del sistema como totalidad.

Veamos las cosas ahora desde la perspectiva del Estado como maquinaria de formulación y ejecución de políticas a los distintos niveles, nacional, estadal, municipal y su relación con los partidos políticos como instituciones de intermediación entre éste y la sociedad civil. La descentralización del Estado

debe conducir a que en cada nivel se realicen las actividades propias de él, de esta manera aumenta la eficiencia en cada uno de ellos y en consecuencia la de la maquinaria estatal en su conjunto. En la alta dirección el tipo de decisión que se toma debe orientarse hacia la formulación de metas y objetivos sustantivos, por lo general deben dictarse para largos períodos, con un alto grado de generalidad y deben abarcar no sólo a la totalidad del área sobre la que se esté actuando, sino también a las relacionadas con él, debe tenerse una visión de conjunto del sistema en cuestión. Uno de los dilemas más importantes que se debe presentar en las altas esferas a la hora de definir las grandes estrategias políticas, es intentar conciliar el objetivo del crecimiento económico con la de mejor calidad de vida.

La competitividad concebida sobre la base de concepciones productivistas, asociadas a la esfera de la producción y encarnadas en los sectores vinculados al capital entra en contradicción con el objetivo de garantizar una determinada calidad de vida a los ciudadanos, que está vinculado al área de consumo, de las familias, del trabajo. Este problema se acrecienta hoy en Venezuela debido a que, mientras dispusimos de un dilatado ingreso petrolero, era más sencillo conciliar ambas políticas. La mayor competitividad que se lograba mediante políticas nacionalistas en materia petrolera convenía a ambos sectores (capital y trabajo). La pugna era por la distribución de ese ingreso, sobre quiénes serían sus principales beneficiarios. De hecho se impone una política de corte populista que favorecía el consumo en ambos sectores, el capitalista se beneficiaba más como grupo social que como factor productivo, de allí que termináramos siendo competitivos como país sólo en materia de extracción y venta del petróleo. La caída de los precios del crudo y la deuda externa reduce la capacidad distributiva del Estado, lo que estimula políticas orientadas a hacernos competitivos en renglones no petroleros, o más bien, no tradicionales. Sin embargo, el grueso de nuestra competitividad en áreas no mineras, es debida a la mano de obra barata, que por razones fundamentalmente cambiarias, hoy tenemos. La expresión más acabada de esto la encontramos en el intento de desarrollar en Venezuela las industrias maquiladoras. Todo ello conduce a que para seguir siendo competitivos, hay que mantener deprimida la remuneración al trabajo, haciéndose cada vez menos complementarios y más competitivos los objetivos básicos del Estado. Diseñar políticas que eviten esas tendencias disgregativas de los objetivos de competitividad y calidad de vida es algo importante para la salud futura del Estado. La experiencia histórica

indica que crecimiento económico y libertad de mercado no se traducen luego en bienestar colectivo, esa realidad es la que explica la existencia del Estado de partidos o Estado social de Derecho. Ello es particularmente cierto si el crecimiento y la competitividad se apoyan en mano de obra barata asociada a devaluaciones monetarias. Por eso es importante evitar que se sobrevalorice el objetivo del Estado de garantizar competitividad frente al exterior, pero, ¿qué fuerzas sociales deben actuar frente al Estado para el logro de tal fin?

En los niveles altos, los sectores del gran capital se encuentran mejor ubicados que los del trabajo, lo que les permite que sus presiones en función de la libertad de mercado encuentren eco en los aparatos gubernamentales. Quienes eventualmente pueden hacerle contrapeso son los propios funcionarios estatales de alto nivel, los profesionales, técnicos e intelectuales con cierto peso en la opinión pública y los partidos políticos. Es muy difícil que la población se percate del efecto que sobre ellos van a tener políticas complejas, cuyos resultados se aprecian a mediano y largo plazo, sólo pueden intervenir sobre políticas muy puntuales y de efectos inmediatos, como en el caso del aumento de la gasolina, sin embargo, y salvo estallidos anómalos, como los del 27 de febrero del 89 que son muy difíciles de repetirse, su movilización requiere de organizaciones que coordinen las protestas. De todos ellos, los partidos -los actuales u otros que eventualmente puedan surgir- son los que tienen mayor posibilidad de influir en las políticas, los sectores técnicos e intelectuales pueden realizar un llamado a la conciencia, pero no poseen fuerza real que les permita negociar e imponer sus puntos de vista. Las organizaciones gremiales y sindicales, por ser articuladoras de demandas específicas, su lógica interna los mueve a actuar cuando se lesionan los intereses del sector social que representan. Mientras que en los partidos el descontento que puede generar una que otra política debe tener un efecto más inmediato en su electorado, los errores del Gobierno los cobra la oposición y viceversa. De hecho que en la política nacional ha funcionado el voto castigo a la hora de elecciones del Gobierno y los cuerpos deliberantes, pero ello se produce cada cinco años, que es un ritmo muy lento; se requieren mecanismos más rápidos de premios y castigos a las actuaciones políticas. A pesar de todo esto, los partidos políticos son las instituciones más apropiadas para cumplir ese rol, lo que se requiere es que ellos se democratizan para permitir que en su propio seno puedan expresarse con libertad y posibilidad de influencia real, los diferentes grupos parciales de la sociedad civil. Por cierto que, al ampliarse la zona de conflicto

en detrimento de las de cooperación, entre el área de la producción (grupos empresariales) y el del consumo (las familias), se deben acrecentar las divergencias entre los grupos en el seno de los partidos policlasistas. Esto puede conducir a la división de los partidos o a acentuar los procesos democratizadores internos para que las distintas corrientes en pugna puedan tener cabida en una misma organización. Nos inclinamos a pensar que sucederá lo segundo, porque en un sistema bipartidista la división, sería un riesgo que quizás no se está dispuesto a correr, amén de que las experiencias históricas en Venezuela, salvo la división del Partido Comunista, son negativas para aquel que abandona el partido de origen. De allí que aunque las oligarquías partidistas no son sustituibles sino por otra oligarquía, ella no puede actuar con total independencia de la masa de electores que les permite legitimarse, lo que los obliga a ser más proclives a intervenir en las altas esferas en función de políticas que tiendan a una cierta justicia distributiva, al menos sus propios intereses los acerca más a ello y están mejor dotados para lograrlo.

En los niveles intermedios las políticas deberían estar orientadas a la formulación de los procedimientos para el logro de las metas generales trazadas a los niveles superiores y evaluar la obtención de las mismas. Deben poseer esa visión del subsistema al cual pertenecen orientado en dos direcciones, hacia la coordinación de las políticas nacionales y hacia la solución de los problemas concretos de la región. Esto queda expresado en los capítulos VI y VII de la Ley Orgánica de Descentralización y Transferencia de Competencias del Poder Público, “**De los Gobernadores como Agentes del Ejecutivo Nacional,**” y “**De la Convención de Gobernadores**” (artículos del 22 al 30). Pero precisamente esta ley fortalece estos niveles, haciendo que no sean meras trasmisiones de políticas generales, sino que dada la multiplicidad de variedad de problemas que son diferentes en cada uno de los distintos estados, ese nivel sin perder su visión de subsistema dentro del conjunto de la Administración del Estado, tiene suficiente margen de discrecionalidad como para enriquecer las políticas generales. Aquí se repiten los elementos que hemos descrito para el nivel nacional, sólo que ahora, con la elección directa de Gobernadores y el aumento de la competencia de los estados, puede haber un mayor control de los asuntos públicos a ese nivel, por parte de la población. Aquí los asuntos específicos de la región son más visibles por los ciudadanos y por tanto las posibilidades de control por parte de éstos en relación a los temas que les atañen deben ser mayores.

A los niveles municipales, el fortalecimiento de los poderes locales, derivados en buena parte de la Ley Orgánica de Régimen Municipal y de la Ley Orgánica del Sufragio, permite que los problemas propios de ese nivel no sólo sean más fáciles de percibir por la población, debido a que ellos afectan asuntos muy cercanos a la vida cotidiana, sino que a su vez, exista la posibilidad de una mayor participación y control ciudadano que sobre las políticas en relación a estos temas dicen los órganos del poder municipal. Aquí los problemas están relacionados con la prestación de servicios básicos a la población, seguridad, aseo urbano, vialidad, transporte, agua, luz, teléfonos públicos, etc., en los barrios y mantenimiento y mejoramiento de la calidad de vida en las urbanizaciones clase media. En los primeros, las demandas se traman, fundamentalmente, ante organismos del Estado, lo que facilita la intermediación partidista. En los segundos, la pugna, sobre todo en las grandes ciudades, es entre urbanizadores, comerciantes, empresarios y las familias, por el uso que debe dársele a los espacios. Ante esta situación, los partidos tienen que definirse entre dos sectores de la población sobre problemas concretos y de efectos inmediatos, lo que puede conducir a una cierta inhibición partidista, obligados a mediar entre dos corrientes adversas, la una puede tener el poder financiero y la otra el de los votos. Ello a su vez contribuye a hacer más claras las contradicciones internas en los partidos, en los cuales pueden constituirse unos grupos cuya alianza con el sector de la producción sea claro y otros que hagan de la defensa de la calidad de vida de la familia el centro de su lucha. Sin embargo, éstos son problemas cuya solución está condicionada por políticas de carácter más general que escapan a los niveles locales.

Las políticas que se formulan a nivel nacional definen y delimitan a las de carácter regional y local. Pero éstas, a pesar de ser definitorias de la vida de los ciudadanos, por ser de carácter general y efectos no inmediatos, no son percibidas por el ciudadano común, tampoco existen mecanismos que le permitan intervenir en la formulación de éstas. Por el contrario, existe la posibilidad de una mayor intervención en la formulación e implementación de las políticas locales. De manera pues que existe una relación inversa entre la importancia de las políticas de los organismos gubernamentales y la posibilidad de participación y control en ellas por parte del ciudadano común. Se requiere de una institución de carácter nacional, que por su propia lógica interna de funcionamiento se vea obligado ante el Estado a coordinar y conciliar los intereses a cada nivel y entre los distintos niveles. Los partidos políticos son

las instituciones que por su propia naturaleza están mejor dotados para llevar acabo esa función. De allí que, dentro de nuestro sistema democrático, la opción democratizadora y modernizadora del sistema político, pasa necesariamente por la democratización y modernización de los partidos políticos.



Legislación



La inherencia y la conexidad de actividades en el Derecho Laboral venezolano

Rafael Alfonzo Guzmán
Magistrado de la Corte Suprema de Justicia

Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Nº 85
Universidad Central de Venezuela
Caracas, 1992



Capítulo de la obra del autor, en preparación: **Ensayo sobre las obligaciones en el Derecho del Trabajo.**

Desde la fecha en que las expresiones: “**inherente**” y “**conexo**” fueron incorporadas a la legislación venezolana -es decir, desde la reforma de la Ley del Trabajo de 4 de mayo de 1945-, su significado y alcance constituye un espacio poco iluminado por la doctrina y la jurisprudencia nacionales, no obstante ser ellas la clave indispensable para determinar la vinculación solidaria entre el contratista de obras o servicios y su contratante o comitente.

Escaso auxilio prestan, ciertamente, los vagos lineamientos del artículo 56 de la nueva Ley Orgánica del Trabajo, trasunto fiel del artículo 5º del Reglamento de la ley derogada, extraídos de los criterios administrativos de la Consultoría Jurídica del Ministerio del Trabajo en la década 1950-1960. Reglas que cifran lo inherente, en “**lo que participa de la misma naturaleza de la actividad a que se dedica el contratante**”; y lo conexo, en “**lo que está en relación íntima y se produce con ocasión de ella**”, resultan incapaces de eliminar la arbitrista subjetividad del intérprete, y de evitar, en la vida diaria de relación jurídica y económica, la extensión de la responsabilidad solidaria a todo utilizador de obras o servicios mediante contrato, expreso o tácito, con la persona que los ejecuta.

Por esa falta casi absoluta de doctrina, nuestra jurisprudencia judicial y administrativa se ofrece al estudiioso como un catálogo de sorpresivas y

contradicotorias decisiones alejadas del pensamiento del legislador, de la seguridad jurídica del tráfico económico y hasta del sentido común¹.

I

1. Según el artículo 55 de la Ley Orgánica del Trabajo:

"No se considerará intermediario, y en consecuencia no comprometerá la responsabilidad laboral del beneficiario de la obra, el contratista, es decir, la persona natural o jurídica que mediante contrato se encargue de ejecutar obras o servicios con sus propios elementos. No será aplicable ésta disposición al contratista cuya actividad sea inherente o conexa con la del beneficiario de la obra o servicio. Las obras o servicios ejecutados por contratistas para empresas mineras y de hidrocarburos se presumirán inherentes o conexas con la actividad del patrono beneficiario."

A su vez, el artículo 56 *ejusdem*, trasunto del 5º del Reglamento de la ley derogada, inspirado en la jurisprudencia administrativa del Ministerio del Trabajo, entiende:

¹ Baste citar, a modo de ejemplos: en Mem. No. 71, de 4-3-58, la Consultoría Jurídica del Ministerio del Trabajo declaró: "...la construcción de casas o edificios no parece ser actividad inherente o conexa con la explotación de hidrocarburos, por lo cual no debían ser aplicadas a los trabajadores de ese contratista las cláusulas del contrato petroero" (*Estudio Analítico de la Ley del Trabajo venezolana*, Rafael Alfonzo Guzmán, Tomo I, p. 156, 2da. edic. 1985). En Mem. N° 568, de 4-8-59, esa misma Consultoría dictamina que la construcción de viviendas y edificios es inherente a la actividad del IAN (*Ibidem*, p. 155). En sent. de 30-11-59, la Corte Superior del Trabajo del Distrito Federal, falló: "...cuando un abogado o un médico construyen sendos edificios para bufete o consultorio, tales edificios son conexos con sus actividades" (*Ibidem*, p. cit.). En el mismo sentido, de determinar la inherencia o conexidad por el uso a que el inmueble se destina, ligado a la actividad del beneficiario, se pronunció la CSJ en sent. de 26-11-81 (juicio Halo E. González Hernández vs. Oswaldo Ríos Antúnez y otro), ampliamente comentada en nuestra obra *Nueva Didáctica del Derecho del Trabajo* (Ver: ob. cit., 5ta. edic., 1987, pp. 77 y ss.). En el contrato colectivo concertado entre la Creole Petroleum Corporation y el Comité Petrolero Nacional Independiente el 12-9-53, se introduce la siguiente distinción: "... no debiendo, por tanto, entenderse como tal (contratista) la persona que realice obras que redunden en beneficio exclusivo de los trabajadores, como son la realización de planes de urbanizaciones y la construcción de viviendas para ser ofrecidas en venta a los trabajadores, ni la edificación de iglesias o ejecución de obras que no sean de la índole a que se contrae el citado aparte del artículo 3º de la Ley del Trabajo" (*Ibidem*, p. 156).

“...por inherente la obra que participa de la misma naturaleza de la actividad a que se dedica el contratante; y por conexa, la que está en relación íntima y se produce con ocasión de ella.”

1.1. Atendiendo a la significación de las palabras empleadas en los textos legales transcritos, y a la conexión de ellas entre sí, puede inferirse, como primer paso del esfuerzo de descubrir su sentido lógico acorde con la intención del legislador², que el nacimiento del vínculo solidario ha de entenderse condicionado al hecho de que la serie de acciones y trabajos realizados por el contratista en la ejecución de una cosa o de un servicio para el contratante, sean de idéntica naturaleza, o de tal modo inseparables que no puedan concebirse aisladamente de la actividad a que éste se dedica, o estén en íntima relación y se produzcan con ocasión de ella.

1.2. Ahora bien: la actividad económica se desarrolla de ordinario mediante una serie de fases distintas y secuenciales, dirigidas a la obtención del resultado útil. Cada una de esas fases corresponde a una especie de obras o trabajos diferentes, de características propias, disímiles de las restantes por el tipo de acciones, de herramientas o maquinarias utilizadas y por las reglas del arte o de la técnica necesarias para su recta ejecución. Todas esas fases se articulan íntimamente entre sí para integrar, en su conjunto, la unidad del proceso de creación, transformación o distribución del producto u obra final. Así lo entrevé el artículo 82 del Reglamento de la Ley del Trabajo de 1973, al

² En nuestra obra: *Estudio Analítico de la Ley del Trabajo venezolana*, hicimos patente que la razón histórica de la reforma legal de 1945 tuvo por objeto sancionar un subterfugio, esto es, reprimir la evasiva observada en la aplicación del artículo 3 de la ley de 1936, de confiar la ejecución de una parte de la actividad económica de las empresas a otras personas naturales o jurídicas, con el fin de evadir la responsabilidad de construir y mantener campamentos con viviendas higiénicas, hospitales para la asistencia médica, quirúrgica y farmacéutica, y la creación de becas de estudios técnicos, que la Ley del Trabajo de 1936 atribuía a los empleadores cuyas empresas sobrepasaran cierto número de trabajadores. Con la referida práctica de ejecutar cuotas de la propia actividad industrial, mediante otras personas naturales o jurídicas, los patronos obligados obviaban la necesidad de emplear directamente la mano de obra indispensable a la obra o servicio de su interés, soslayando el cumplimiento de las indicadas obligaciones al no sobrepasar la cifra de trabajadores legalmente requerida. Con frecuencia, mediante la misma elusión, las demás reglas legales de protección social y económica del trabajador resultaban igualmente virtuales, por la inestabilidad e insolvencia de los contratistas utilizados. (Ver ob. cit. Vol. I, pp. 120 y ss., 2da. ed., 1985, Caracas).

discriminar en cada uno de sus 25 literales distintas especies de trabajos, obras o servicios, dentro de un mismo ramo de actividad industrial, con la intención de señalar los no susceptibles de interrupción por razones técnicas.

1.3. Entendido de ese modo el moderno fenómeno de la actividad económica, ha de colegirse que el contratista a quien su contratante o comitente encarga el desarrollo de una fase precisa de la secuencia industrial (en la explotación de hidrocarburos, por ejemplo, la perforación de pozos), realiza trabajos de diferente índole o naturaleza de la que es propia de los trabajos de las demás fases del mismo proceso industrial (exploración, construcción de oleoductos, acarreo del mineral, transporte de trabajadores, servicios administrativos y auxiliares, etc.).

Siendo así, lo **inherente** no puede interpretarse como identidad de tareas, ni de métodos técnicos de procedimiento, ni de herramientas o materias primas, ni de recursos humanos o financieros, sino como **cualidad de lo que forma parte indispensable de un único proceso productivo, para lograr determinado fin económico**.

La mismidad de naturaleza, predicada por el precepto legal con una inocultable imprecisión, **ha de traducirse entonces en la imposibilidad técnica, y/o material, de separar la acción del contratista de la de su contratante, sin malograr la unidad del resultado que éste persigue con su actividad económica habitual**.

1.4. En el trasfondo del concepto, la inherencia o conexidad entraña una participación segmentaria de varios patronos (contratantes, contratistas y subcontratistas), en el desarrollo de un género cualquiera de actividad - agrícola, industrial o comercial-, propuesta y organizada por el contratante en su solo beneficio o interés.

1.5. En rigor, la “relación íntima” entre la actividad del contratista y la de su comitente, característica de lo **conexo** (Art. 5, RLT), se advierte también en lo **inherente**, ya que las obras o trabajos del contratista tienen, por fuerza, que guardar estrecha relación con la actividad permanente del contratante, de la cual forman parte indispensable. De este modo observado, todo lo que legalmente es **inherente** viene a ser, igualmente, **conexo**. Por ejemplo: la labor

del perforador de pozos petroleros es **inherente** y, a la vez, **conexa** con la propia de la empresa que explota el mineral, dado que “**participa de la naturaleza** de la actividad del contratante”, y, al mismo tiempo, está en “relación íntima y se produce con ocasión de ella” (Art. 56, cit.). Este último hecho, indicativo de interdependencia y sucesividad, tampoco contribuye a esclarecer con acierto el presupuesto fáctico tomado en cuenta por el legislador como fundamento de la obligación solidaria, por cuanto la aplicación literal de la frase legal llevaría a vincular la actividad agrícola, entregada a la explotación del suelo, con la del comerciante que distribuye y hace circular los productos naturales; o la del curtidor de pieles con la del industrial del calzado, y la del mecánico con la del fabricante de vehículos, en virtud de que todas esas actividades se muestran en el mundo económico como interdependientes y sucesivas, producidas unas **con ocasión** de las otras!

1.6. La “inherencia” y la “conexidad” son, pues, conceptos complejos que aluden:

a) En primer lugar, a la integración o interdependencia de acciones (trabajos, obras, servicios), de contratante y contratista, de tal modo que la actividad de éste aparece como un medio o instrumento para que culmine aquél el fin que persigue su actividad civil o mercantil. En la figura analizada, el contratante traslada o defiere en el contratista parte de la actividad a que él se dedica -es decir, aquella que constituye el objeto **permanente** de su profesión, industria o comercio-, con el propósito de que el contratista la realice **con sus propios elementos**; esto es, con recursos materiales, técnicos y humanos que, de otra manera, deberían ser suplidos por el contratante, como parte de su empresa, explotación o faena.

El negocio jurídico entre contratante o comitente y contratista representa legalmente una figura radicalmente inversa a la de la sustitución de patronos, dado que mientras en ésta un patrono único asume **toda la actividad** del anterior, a quien sustituye, en aquélla **distintos patronos asumen simultánea o sucesivamente, la ejecución de partes de una misma actividad económica**, la cual se presenta, por tanto, como de ejecución dividida entre varios **patronos responsables**.

b) En segundo lugar, la inherencia o conexidad presupone la concurrencia de los trabajadores del contratante con los del contratista; esto es, la junta de esas

personas, empleados u obreros, en determinado lugar, para la ejecución de obras comprendidas dentro del mismo ramo de actividad económica, agrícola, industrial o comercial del contratante. De este único modo resulta explicable que, para evitar la coexistencia de condiciones de trabajo distintas, en un mismo momento y en idéntico lugar, la ley derogada haya previsto la extensión de las condiciones de trabajo y beneficios de los trabajadores de las empresas de hidrocarburos, mineras o de construcción, a los trabajadores de sus contratistas de obras inherentes o conexas (Art. 3º aparte final). Con idéntica intención, el párrafo final del artículo 55 de la LOT procede a extender el goce de los beneficios que correspondan a los trabajadores empleados por el dueño de la obra o beneficiario del servicio, a los trabajadores de sus contratistas y subcontratistas, incluso en el extremo de que aquéllos no estén autorizados para subcontratar.

c) Esa concurrencia de trabajadores permite, por otra parte, distinguir dos nuevas cualidades técnicas de la **inherencia** y **conexidad**: en primer término, la **identidad de lugar** no equivale a identidad de espacio físico, ya que esa identidad existe aun en los casos en que el contratista está organizado en establecimientos separados de los de su comitente, pero dedica a éste su actividad de modo exclusivo, u obtiene regularmente de ella, no de modo ocasional, su mayor fuente de lucro; y, en segundo término, que no basta a la formación de esos conceptos que el comitente **use**, de modo eventual o incluso ocasional o sistemático, el **resultado** de la actividad económica de otra persona, natural o jurídica, organizada con elementos propios, para la obtención de un resultado (obras o servicios) útil a otras actividades de distinta naturaleza. Por ejemplo, la industria química de fabricación de pigmentos para el estampado de telas no puede considerarse **conexa** con la textil, que emplea, en general, dichas substancias. Más adelante, al referirnos a las empresas de venta de bienes o servicios para el público, desarrollaremos aspectos complementarios de esta misma explicación.

d) En tercer término, la inherencia o conexidad supone una necesidad **permanente** del contratista, por parte del contratante. Ha de entenderse:

d.1) Que lo **permanente** ha de ser la **necesidad del contratista**, en abstracto, y no la de un contratista determinado, ya que las personas naturales o jurídicas encargadas de realizar los trabajos para el comitente pueden variar en el tiempo sin mengua de la solidaridad.

d.2) Que esa **permanencia no implica exclusividad** de la actividad del contratista para el contratante, pues puede concebirse simultánea y permanentemente prestada por aquél a varios comitentes de la misma industria. Sin embargo, la exclusividad suele revelarse en muchos casos concretos como elemento concurrente de la inherencia o conexidad; ello acaece cuando el contratista dedica su actividad de modo exclusivo para el contratante, y, por tanto, obtiene de ella su mayor fuente de lucro.

El Acta de Igualdad de Condiciones de Trabajo en la Industria Petrolera, de 25 de junio de 1952, fue suscrita con el fin de mantener la paz industrial y de garantizar a los trabajadores que prestan servicio a las compañías contratistas ocupadas **exclusivamente** por las empresas petroleras en obras de las señaladas en el artículo 3º de la entonces vigente Ley del Trabajo, las mismas condiciones de trabajo y beneficios que corresponden a los trabajadores de las empresas en cuestión (Cfr: Acta mencionada, **Revista del Trabajo** No. 8, Caracas, julio-septiembre de 1952, p. 55).

d.3) Que la **permanencia de la necesidad de la actividad del contratista no equivale a permanencia de la obra ejecutada por él**. La larga duración del resultado de la actividad del contratista (p.ej., de las construcciones e instalaciones de infraestructura) es elemento irrelevante para la formación del concepto de inherencia o conexidad, ya que lo que requiere ser constante es la necesidad de la actividad del quehacer del contratista en interés del contratante, para que éste pueda lograr el fin permanente que persigue. En términos más gráficos, la permanencia de la actividad del contratista, a la cual aludimos, supone la necesidad de que la misma serie de acciones o trabajos realizados por éste se **repitan** indefinidamente, como paso obligado y regular de la actividad a que se dedica su comitente. Esto es, no existe inherencia o conexidad **si una vez concluida la obra, aun de larga duración, se extingue definitivamente la necesidad de su comitente de seguirla repitiendo cada vez que recomience el proceso de su actividad ordinaria**. Por esta razón, el profesional de la medicina no es solidario con el constructor de su consultorio, ni el abogado o comerciante con el de sus oficinas o locales de exhibición y distribución; y

d.4) Que si la actividad del contratista es sólo una parte determinada de la actividad del contratante, la duración de la necesidad de aquél ha de coincidir con la duración de la actividad de éste.

1.7. La “inherencia o conexidad” exige, pues, **permanencia, continuidad** de la colaboración del contratista, para que el comitente logre el resultado perseguido por su actividad, hasta el punto de que sin ese concurso continuado de la actividad de ambos sujetos, el comitente no puede completar la suya. Esa participación continuada debe realizarse **en el proceso de obtención del producto**, como una fase necesaria del conjunto de acciones destinado a lograr el resultado, de tal manera que la serie de acciones de comitente y contratista integran una sola unidad. Ya el proyecto de reforma del artículo 3º de la Ley abrogada, sometido en 1939 por el entonces Ministerio del Trabajo y Comunicaciones a la Cámara de Diputados, captó ese elemento esencial de dichos conceptos:

“Intermediario es toda persona que contrata los servicios de otra para ejecutar algún trabajo en beneficio de un patrono, quien desde luego, queda obligado por la gestión de aquél, siempre que lo hubiere autorizado expresamente para la gestión de que se trata, o hubiere recibido la obra ejecutada. No serán considerados como intermediarios, sino como patronos, las empresas que se encarguen por contrato de trabajos que ejecutan con sus propios elementos; pero en este caso las personas naturales o jurídicas que utilicen los servicios de estas empresas serán solidariamente responsables del cumplimiento de las obligaciones que impone esta Ley, siempre que exista una relación constante entre el servicio prestado y la naturaleza de la explotación a que se dedique la persona a quien se preste el servicio, quedando ésta obligada al cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 91, 93 y 97, cuando el número de la suma de los obreros que presten sus servicios en las diversas empresas contratistas, sea igual o mayor al fijado en aquellas disposiciones.”

1.8. No puede consistir, entonces, **la inherencia y la conexidad** que concibió el legislador en un contacto **único**, inicial o terminal, pero ajeno a sus respectivos procesos de creación o transformación, de dos actividades económicas distintas, independientes entre sí en todo cuanto concierne a la técnica de elaboración de su producto, su organización y explotación, para lograr una mejor comercialización o, en general, una utilidad de cualquier orden. Por ejemplo, si una empresa de acumuladores se vale de otra de publicidad para promover la venta de su implemento motriz, la solidaridad de

aquella con respecto de ésta no es deducible del artículo 56 de la Ley, aunque el nexo contractual entre ambas empresas se conciba de larga duración. Lo mismo sucede con las compañías fabricantes de cauchos respecto de las de vehículos, o con las industrias de alimentos envasados, respecto de las que elaboran e imprimen sus envases.

Los conceptos jurídicos inherencia o conexidad no pueden, pues, sustentarse en simples coincidencias del resultado de la actividad del contratista con la actividad de su comitente, así puedan ser ellas juzgadas, de manera lata y empírica, complementarias e íntimamente vinculadas. Mal entendido así el presupuesto legal de la solidaridad prevista en el artículo 56 de la Ley Orgánica del Trabajo, toda industria o comercio necesitado de energía eléctrica en alguna de las fases de su proceso de transformación o de intercambio, habría de resultar solidaria de las obligaciones de la C.A. Electricidad de Caracas para con sus trabajadores; y la Procter & Gamble C.A., usuaria de los servicios de CADA o de la Central Madeirense, para la venta de sus productos de limpieza, debería responder de las deudas de fuente laboral que tengan esas y todas las casas de comercio donde se exhiban y expendan mercancías de dicha marca industrial. En cambio, la actividad del contratista para la perforación de pozos petroleros sí es **inherente o conexa** en relación con las empresas de hidrocarburos, ya que todos los trabajos que son propios de esa fase constituyen un paso constante e ineludible **dentro** del proceso de desarrollo de esa industria. Esto conduce a concluir que la esencia de la noción de inherencia y conexidad ha de radicarse en la comprensión del quehacer del contratista en la **esfera del quehacer del contratante**, dentro de la cual se muestra como un sector o segmento indispensable para la integración de dicha esfera de actividad.

2. Como consecuencia de lo expuesto, la inherencia o conexidad se muestra como **cualidad de lo que es parte inseparable de la actividad habitual, constante, de la actividad del contratante, y no de lo que es extraño a ella, por estar fuera de su proceso técnico de desarrollo**, aunque le sirva de presupuesto o infraestructura. Así, el fabricante de ollas y cubiertos de mesa no resulta solidariamente responsable con el fabricante de cocinas con quien llegue a vincularse, ni el editor de periódicos con el industrial del papel. Por esa misma razón, los usuarios de luz no responden de las deudas laborales de las compañías de electricidad, ya que la actividad de aquéllos no envuelve la de **producir la energía eléctrica**.

3. **Conexidad es relación íntima** entre dos actividades de idéntica o de diferente naturaleza, "o que se producen o derivan una de otra" (Art. 56, LOT). Pero esa relación íntima ha de ser, indispensablemente, constante, como la necesidad que de ese servicio del contratista tiene la actividad permanente del contratante. Entre los concesionarios de bares y restaurantes de los clubes recreacionales y las asociaciones civiles que a éstos representan, existe solidaridad legal, pues aunque la índole (naturaleza o esencia) de la actividad de ambos sujetos es diferente, la del comitente exige la permanente colaboración de la del contratista, a la cual se encuentra íntimamente ligada, hasta el extremo de producirse y de extinguirse con ocasión de aquélla: disuelto el club, pierde su razón de existir el servicio de bar y comedor cedidos al contratista.

4. Tampoco el parecido funcional de la cosa, engendrada por una actividad, respecto de la cosa resultado de otra actividad, ni la identidad de la materia prima utilizada, son elementos determinantes de la inherencia o conexidad, aisladamente considerados. Así, por ejemplo, no es conexa, ni, por tanto, solidaria, la empresa del fabricante de rieles y vagones, o de autobuses, con la de la Siderúrgica del Orinoco, C.A., que adquiere esos bienes para el transporte del material y de los trabajadores que utiliza. Apartando la argumentación precedente -referente a la necesidad de la concurrencia permanente de la actividad del contratista, con sus recursos materiales y humanos, con la de su comitente-, otra distinta razón explica el criterio que sustentamos en este último ejemplo: ella consiste en que las empresas cuya actividad mercantil está dirigida a la venta de obras o servicios para el público consumidor no pueden considerarse incluidas en el marco del artículo 56 de la Ley, so pena de que todos los usuarios o consumidores de esos bienes o servicios terminen laboralmente vinculados, y de que las reglas legales de excepción sobre la solidaridad y la extensión de condiciones de trabajo terminen siendo reglas generales, fuente de las más promiscuas e inextricables relaciones jurídicas y económicas.

II

1. Cursa por ante el Juzgado Cuarto de Primera Instancia del Trabajo en la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, la causa seguida contra las empresas Spie Batignolles, CGEE Alsthom, France Metro de

Caracas (FRAMECA) y, solidariamente, contra la C.A. Metro de Caracas, por el ciudadano Arnaud Jean Paul Hubert -técnico al servicio de la firma francesa primeramente mencionada, trasladado por ésta a Caracas para la ejecución de las obras de infraestructura del Metro de Caracas-, en reclamo de las prestaciones sociales y demás beneficios garantizados por la legislación laboral venezolana (Expediente No. 10.738).

Contrastemos ahora, la doctrina por nosotros expuesta, sobre el alcance de la inherencia y conexidad de actividades, como base de la solidaridad de contratante y contratista, con los hechos alegados en la referida causa.

Asienta el querellante en su libelo:

“...Aquí debemos observarle al Tribunal que la compañía anónima Metro de Caracas, registrada por ante el Registro Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, en fecha 18 de agosto de 1977, bajo el No. 18, Tomo 110-A, es constituida a los fines de ejecutar por sí, o bien por cuenta de terceros la obra pública conocida como el Metro de Caracas (p. 8, in fine y 9).”

El artículo 2, Capítulo I, del Acta Constitutiva-Estatutos de la C.A. Metro de Caracas, dice literalmente así:

“Artículo 2. El objeto de la compañía es la construcción e instalación de las obras y equipos, tanto de infraestructura como de superestructura del Metro de Caracas, el mantenimiento de sus equipos e instalaciones de superestructura y la operación, administración y explotación de dicho sistema de transporte, así como la construcción, dotación, operación y explotación de otras instalaciones y sistemas de transporte complementarios o auxiliares del Metro de Caracas, tales como estacionamientos, sistemas superficiales, elevados o subterráneos de transporte urbano y suburbano. La compañía podrá desarrollar todas aquellas actividades de lícito comercio que sean necesarias para el cabal cumplimiento de su objeto o estén relacionadas con el mismo, y a tal fin podrá adquirir y enajenar todo tipo de bienes muebles e inmuebles...”

De la disposición estatutaria se infiere con claridad que la construcción e instalación de las obras de estructura y superestructura del Metro de Caracas, al igual que la compraventa de inmuebles y equipos, es, solamente, el medio físico y jurídico indispensable para el logro del verdadero fin industrial de la empresa, que es la operación, administración y explotación de dicho sistema de transporte público, así como la operación y explotación de sistemas complementarios de análoga índole.

Con fundamento en los argumentos y hechos expuestos ha de concluirse en la inexistencia de **inherencia o conexidad**, y, por ende, de vinculación solidaria nacida del artículo 56 de la Ley Orgánica del Trabajo vigente, entre la nombrada empresa C.A. Metro de Caracas y las sociedades mercantiles Spie Batignolles, CGEE Alsthom y France Metro de Caracas (FRAMECA). En apoyo concreto de esta conclusión evidenciamos:

2. La C.A. Metro de Caracas no es una empresa dedicada a la industria de la construcción, como sus codemandadas Spie Batignolles, CGEE Alsthom y France Metro de Caracas (FRAMECA), sino de naturaleza distinta, como lo es la concerniente al transporte de personas, constituida por disposición del Ejecutivo Nacional por órgano del **Ministerio de Transporte y Comunicaciones**, según lo evidencia su Acta Constitutiva-Estatutos de 8 de agosto de 1977, asentados en el Registro Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda bajo el No. 18, Tomo 110-A.
3. Dentro del complejo de operaciones que constituye la lícita actividad mercantil de la C.A. Metro de Caracas, la ejecución de las obras materiales de construcción de túneles, andenes, oficinas, estacionamientos, así como la adquisición y dotación de equipos, luce como una fase única previa y de duración temporal, preparatoria de la fase posterior, principal y de duración permanente, que constituye el genuino fin de utilidad pública de la empresa: el transporte rápido y masivo de pasajeros en el área metropolitana del Distrito Federal y Distrito Sucre del Estado Miranda.
4. Según sostiene el actor en su libelo, para la construcción de parte de la planta física del Metro de Caracas, requerida de una especialísima y muy exigente tecnología, al par que de extraordinarios equipos y recursos materiales y financieros, la C. A. Metro de Caracas:

“...procede a contratar... a la empresa denominada FRANCE METRO DE CARACAS (FRAMECA), la cual fue inscrita por ante el Registro Mercantil Primero de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, en fecha 7 de septiembre de 1978, bajo el No. 8, Tomo 12-A, previa autorización para domiciliarse en Venezuela que le otorgara la Superintendencia de Inversiones Extranjeras el día 15 de agosto de 1978, credencial identificada con el No. MH-SIEX-AJ-000486, ésta a su vez procede a contratar los servicios de las empresas SPIE BATIGNOLLES, CGEE-ALSTHOM y MONCOCOL (sic: MONTCOL) para ejecución del lote Vías Férreas (Metro de Caracas); así como a contratar a las empresas CGEE-ALSTHOM y SPIE BATIGNOLLES, para la ejecución del lote Electrificación (Metro de Caracas)...”

Es decir: de igual modo que cualquier sociedad fabricante de automóviles, que es su objeto mercantil, procede previamente a hacer construir y dotar las plantas físicas de los establecimientos que necesita, C.A. Metro de Caracas, cuya actividad principal y permanente no es edificar ni equipar sistemas de transporte para otros, sino construir, operar y administrar el funcionamiento del sistema propio, eligió para tal fin empresas constituidas conforme a las leyes francesas, internacionalmente reconocidas por el alto grado de técnica de su personal, la idoneidad de su equipamiento y su experiencia en el ramo de la construcción de obras de gran envergadura física en diversas partes del mundo.

Tanto en el ejemplo del fabricante de automóviles, como en el de la codemandada C.A. Metro de Caracas, la actividad mercantil que les es propia **no es inherente ni conexa** con la actividad mercantil de las empresas dedicadas a la industria de la construcción de sus establecimientos, la cual ejercen y desarrollan con sus propios elementos. La actividad del constructor no es de idéntica naturaleza, ni está comprendida en el desarrollo regular de la actividad de transporte, como una fase permanente de ésta, ni deriva de los sistemas de transporte colectivo, de un modo tan íntimo que su desarrollo autónomo e independiente no pueda lógicamente concebirse, tal como acaece en el también señalado ejemplo del concesionario de los bares y comedores de clubes y asociaciones de índole social o de recreación (recuérdese que el artículo 3º de la Ley del Trabajo derogada distingüía en sus supuestos tres grandes grupos autónomos de industrias: mineras, de hidrocarburos y de construcción). Sostener que esta última industria tiene conexidad con la actividad del comerciante o industrial

que la utiliza para su comercio o su industria específica, es predicar el dislate de que toda persona que en Venezuela no pueda vivir, intercambiar o transformar bienes y servicios en cavernas, grutas o espacios naturales abiertos, se hace legalmente solidario de las obligaciones laborales de quien le edifique la vivienda, el establecimiento o el taller.

5. **Spie Batignolles**, la empresa demandada como patrono del actor, según él mismo lo reconoce en la larga motivación de su libelo, es una persona jurídica domiciliada en Francia (Tour Anjou, 33 Quai National, 92806 Puteaux, ver Art. 5 de sus Estatutos, acompañados al libelo bajo la letra "C" en copia certificada), dedicada a la industria de la construcción:

"...tiene por objeto, directa o indirectamente, bajo cualquier forma que sea, en Francia y en otros países, el acometimiento y la ejecución de todos trabajos y construcciones metalúrgicos, mecánicos, metálicos y eléctricos; el acometimiento y ejecución de todos trabajos públicos y particulares de cualquier índole que sean; todas operaciones relativas a la construcción, la ordenación y la realización de todos edificios e inmuebles cualesquiera que sean; la explotación de todos materiales y medios de transporte; todas operaciones relativas a la producción y las aplicaciones de la energía en todas sus formas, incluso la explotación de todas industrias ligadas con ella; el otorgamiento o la adquisición de toda concesión o la toma en arrendamiento o en administración interesada de todas explotaciones que entran en el objeto social... (Art. 2, Estatutos citados)."

Ese amplio espectro del objeto mercantil de SPIE BATIGNOLLES ha sido practicado en numerosos países de Europa, Asia, África y América, mediante la ejecución de obras materiales de distinta especie en el ramo de la construcción: desde el montaje de refinerías de petróleo, de altos hornos, de una central nuclear; de equipamiento de túneles de autovía en Francia, hasta el montaje de la unidad química para la fabricación de explosivos en la India y de una central térmica en Siria. El detallado catálogo de la actividad de SPIE BATIGNOLLES durante el período de 1968-1989, reproducido en el **Curriculum Vitae** que el demandante presenta como suyo en los diez folios útiles acompañados a su libelo, basta para convencernos de la diferencia de naturaleza y la independencia de destinos económicos y jurídicos que existe entre SPIE BATIGNOLLES y la C.A. Metro de Caracas.

Como una prueba adicional de la independencia de esos recursos técnicos, económicos y humanos de la nombrada firma mercantil con respecto a los de la C.A. Metro de Caracas, sirve aducir el hecho notorio de que la Spie Batignolles está, o estuvo, con posterioridad o simultáneamente a su obra para el Metro, dedicada al desarrollo de la represa Uribante-Caparo en la zona occidental de Venezuela, según noticia aparecida en el Diario **El Universal**, de Caracas, el día jueves 1º de febrero de 1990, en la cual se reseña la muerte de un obrero de esa empresa.

6. Que una vez ejecutadas las obras de infra y sobreestructura requeridas para el funcionamiento del servicio público de transporte, la C.A. Metro de Caracas no coíntinúa necesitada de la actividad de las codemandadas en esa causa, de igual manera que tampoco el abogado sigue necesitando del constructor de su bufete para el ejercicio de su profesión intelectual;
7. Que la actividad de las empresas de construcción, contratistas, de la C.A. Metro de Caracas, no constituye una fase interna, propia del proceso regular de la actividad de transporte a que ésta se dedica permanentemente;
8. Que la organización y utilización de los trabajadores de la construcción de los contratistas codemandados no coincidieron jamás con los de la C.A. Metro de Caracas, dedicados al transporte especializado en autopistas, desde luego que aquéllos fueron empleados en la fase previa, común a toda clase de actividad industrial, comercial o artística, como es la de edificación de sus talleres, establecimientos u oficinas.

Por las razones expuestas, creemos en la inexistencia del nexo solidario preceptuado por El artículo 56 de la Ley Orgánica del Trabajo, entre la C.A. Metro de Caracas y las nombradas firmas mercantiles, para responder del pago de obligaciones contraídas por éstas con sus trabajadores, en razón de las obras de infraestructura del Metro que construyeron en Caracas.

Confiamos en que los criterios explanados puedan ser de utilidad en la reglamentación de la Ley Orgánica en vigor.



El salario en la nueva Ley Orgánica del Trabajo

Tulio Alberto Alvarez
Universidad Católica Andrés Bello
Universidad Central de Venezuela

Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, N° 85
Universidad Central de Venezuela
Caracas, 1992



A. ASPECTOS GENERALES

1. Con la promulgación de la Ley Orgánica del Trabajo, se ha reactivado el proceso de discusión sobre la naturaleza del salario y las implicaciones de las distintas interpretaciones que pueden surgir de la nueva regulación. El tema tiene especial relevancia por la connotación social del salario y la aplicación restrictiva del concepto que se ha pretendido imponer. De forma tal, surge la necesidad de profundizar sobre las nuevas regulaciones y las situaciones que la justifican.

Como referencia obligatoria al estudiar la institución salarial, debemos recordar su jerarquía especial al estar consagrada y desarrollada en el artículo 87 de la Constitución Nacional que reza textualmente:

"La Ley proveerá los medios conducentes a la obtención de un salario justo; establecerá normas para asegurar a todo trabajador por lo menos un salario mínimo; garantizará igual salario para igual trabajo, sin discriminación alguna; fijará la participación que debe corresponder a los trabajadores en los beneficios de las empresas; y protegerá el salario y las prestaciones sociales con la inembargabilidad en la proporción y casos que se fijen y con los demás privilegios y garantías que ella misma establezca".

Surge de la disposición precitada que una de las funciones del salario es satisfacer las necesidades del trabajador y su núcleo familiar y, por tal hecho, se relaciona con la justicia y la igualdad. Autores como Guillermo Hori Robaina destacan la contraposición entre una visión de salario basada en

conceptos formales y otra basada en la relación de trabajo resaltando su aspecto material. En tal sentido, afirma que:¹

“...son dos las corrientes existentes: la del derecho social que se apoya en la “Relación de Trabajo” y la del derecho privatístico que se apoya en el “Contrato de Trabajo”, con consecuencias diferentes, pues para la primera -que se refiere a la retribución- el trabajador sólo se obliga a la subordinación, es decir, a estar a la disposición del patrón para ejecutar el trabajo; en cambio, cuando se menciona que es una remuneración, existe la implicación de que el contrato es a título oneroso y además sinalagmático, en donde ambas partes aspiran a obtener una ventaja y se encuentran recíprocamente obligadas”.

Asimismo, aparece una vinculación entre el salario y la cuestión social, por ser el trabajo el único patrimonio del trabajador. Es interesante destacar la visión cristiana del problema contenida en la Carta Encíclica de Juan Pablo II sobre el Trabajo Humano (Ediciones Paulinas 1981), donde se indica que:

“...el trabajo humano es una clave, quizá la clave esencial, de toda la cuestión social, si tratamos de verla desde el punto de vista del bien del hombre. Y si la solución, o mejor, la solución gradual de la cuestión social, que se presenta de nuevo constantemente y se hace cada vez más compleja, debe buscarse en la dirección de “hacer la vida más humana”, entonces la clave, que es el trabajo humano, adquiere una importancia fundamental decisiva”.

Precisamente, es el salario el medio, derivado del trabajo, para “hacer la vida más humana” y su interpretación y regulación guarda íntima relación con su proyección social. La nueva normativa laboral consolida esta afirmación al establecer el artículo 1 de la Ley Orgánica del Trabajo expresamente:

“Esta Ley regirá las situaciones y relaciones jurídicas derivadas del trabajo como hecho social”.

¹ HORN ROBAINA, Guillermo. “Las prestaciones y el salario”. En *Estudios sobre Derecho Laboral, Homenaje a Rafael Caldera*, Caracas, 1977, p. 899.

El autor precitado, resalta el contraste entre las visiones planteadas y las distintas consecuencias de asumir una u otra cuando indica:²

"La primera corriente... se apoya en que el trabajo es un derecho y un deber social del hombre, que el salario es el medio mediante el cual el trabajador puede tener una vida decorosa junto con su familia... En cambio, quienes sostienen que el salario es una remuneración, implican una obligación privatista y se apoyan básicamente en el contrato de trabajo. Siguen la corriente privatista, considerando que su naturaleza jurídica depende del contrato y que éste es oneroso, sinalagmático, bilateral. Algunos llegan a mencionar a la autonomía de la voluntad como generadora de derechos y obligaciones".

2. El conocido autor Mario De La Cueva³ define al salario como "*la retribución que debe percibir el trabajador por su trabajo, a fin de que pueda conducir una existencia que corresponda a la dignidad de la persona humana, o bien una retribución que asegure al trabajador y a su familia una existencia decorosa*". Esta definición identifica al salario por su origen y función social. Sin embargo, surge la necesidad de combinar estos elementos característicos con otros adicionales, a los efectos de su definición, y que derivan de los principios que ordenan la materia laboral. De esta forma, estarían presentes como circunstancias que determinan el carácter salarial de un concepto determinado:

- a. La invariabilidad, por cuanto se establece en el literal b del parágrafo primero del artículo 102 de la Ley Orgánica del Trabajo que la reducción del mismo constituye despido indirecto;
- b. La proporcionalidad, ya que el importe del salario está en función directa de la prestación de servicio o la clase de trabajo a realizar;
- c. El carácter familiar, por cuanto mediante el salario se persigue cubrir las necesidades del núcleo familiar del trabajador de una forma digna de acuerdo

² *Ibidem*, p. 907.

³ DE LA CUEVA, Mario, *El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*, séptima edición, México, 1981, p. 297.

a las previsiones del artículo 130 de la Ley Orgánica del Trabajo que reza textualmente:

"Para fijar el importe del salario en cada clase de trabajo, se tendrá en cuenta la cantidad y calidad del servicio, así como la necesidad de permitir al trabajador y a su familia una existencia humana y digna".

Tal carácter se ve complementado con la protección especial que brinda la legislación laboral al mismo y la obligación contenida en el artículo 29 ejusdem relacionada con la contratación por parte de las empresas, explotaciones y establecimientos, públicos o privados, al dar preferencia a los jefes de familia de uno u otro sexo en igualdad de circunstancias; y

d. La permanencia, derivada de la continuidad del pago, que no es aleatoria, y que, inclusive, implica el pago en situaciones en las cuales no hay prestación de servicio.

Rafael Alburquerque⁴ ha diferenciado entre una significación tradicional del salario y la nueva orientación que incluye como salario a todo emolumento que el trabajador percibe en ocasión del trabajo al indicar que:

"Se ha podido así hablar de un salario stricto sensu, circunscrito a la retribución que tiene su causa en la prestación del servicio, y de un salario lato sensu, bajo cuya denominación se agrupan diversas y variadas ganancias del trabajador, consideradas como complementos y accesorios del salario. Conforme a esta nueva orientación, se reputan como 'salario' todas las percepciones económicas del trabajador, en dinero o en especie, sin mayores indagaciones en cuanto a su causa, aunque se admitan algunas excepciones. Desde este moderno punto de vista se definen como complementos del salario a la asociación del personal en los progresos de la productividad, la participación de los asalariados en los beneficios de la empresa y la participación de los trabajadores en el capital del negocio. Aún más, en esta extensión de la

⁴ ALBURQUERQUE, Rafael. "La remuneración al trabajo. Régimen jurídico y administrativo del salario y otras formas de remuneración. Remuneración e inflación". En Primer Congreso Venezolano de Relaciones Laborales, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Barquisimeto, 1988, p. 55.

noción de 'salario', se ha llegado a considerar como tal a ciertos ingresos del empleado que no están directamente relacionados con la prestación del servicio, y a los cuales se les define como sustitutos del salario o salario de inactividad, como son la retribución de los días de vacaciones, los subsidios de maternidad y de incapacidad...".

Con esta visión amplia de salario nos corresponde verificar los métodos de fijación, las fórmulas de cálculo y las distintas categorías y clase de salario.

B. CATEGORIAS DE SALARIO

1. La Ley Orgánica del Trabajo recoge en sus disposiciones el espíritu de los artículos 106 y 107 del reglamento de la ley derogada y define al salario en su artículo 133 en forma integral al establecer:

"Para los efectos legales se entiende por salario la remuneración que corresponde al trabajador por la prestación de sus servicios y comprende tanto lo estipulado por unidad de tiempo, por unidad de obra, por piezas o a destajo, como las comisiones, primas, gratificaciones, participación en los beneficios o utilidades, sobresueldos, bono vacacional, así como los recargos legales o convencionales por días feriados, horas extras o trabajo nocturno, alimentación o vivienda, si fuere el caso, y cualquier otro ingreso, provecho o ventaja que perciba por causa de su labor".

a. De la definición citada podemos constatar tres grupos de retribuciones salariales:

- (1) Aquellas que cubren la modalidad de trabajo estipulado en su forma básica ya sea por unidad de tiempo o unidad de obra;
- (2) Una segunda situación es la que constituye un complemento que se deriva de esfuerzo adicional del trabajador por exceso de jornada, trabajo nocturno o en período de descanso y demás actividades extraordinarias; y
- (3) Las retribuciones compensatorias o de carácter social, que también encuentran su justificación en la prestación de servicio, y que se refieren a cubrir necesidades de vivienda, alimentación, transporte y otras que perfilan

al salario como un elemento de la relación de trabajo con un contenido más amplio que el de simple contraprestación.

b. Ahora bien, el concepto contenido en el artículo precitado no implica que en Venezuela exista un único salario para todos los efectos legales sino, por el contrario, que el legislador lo califica a los efectos del cálculo de los conceptos que deban ser cancelados. En tal sentido, se aplica para varios conceptos de importancia:

(1) En la participación de los beneficios líquidos y la bonificación prevista en el artículo 174 *eiusdem*;

(2) Las vacaciones y bono vacacional de conformidad con los artículos 219, 221, 222 y 223 *eiusdem*; y

(3) Asimismo, se utiliza el concepto de salario integral en materia de la protección al mismo tal como constataremos posteriormente.

c. El salario integral es único a pesar de que, a los efectos prácticos, se escinda en virtud del tiempo. El artículo 140 *eiusdem* recoge esta consideración al establecer:

"Se entenderá por salario diario un treintavo de la remuneración recibida en un mes. Se entenderá por salario hora la aliquota resultante de dividir el salario diario por el número de horas de la jornada".

d. La definición de salario integral no discrimina entre la forma ni origen del concepto. Un concepto es salario independientemente de que surja de un convenio individual, de los contratos colectivos, de ley o decreto ejecutivo. Sin embargo, existe en el literal b del artículo 138 *eiusdem* la posibilidad de excluir, en virtud de su origen, una parte del salario integral a los efectos de los conceptos que puedan corresponder al trabajador en virtud de la terminación del contrato de trabajo, cuando se establece:

"En el ejercicio de esta facultad, el Ejecutivo podrá:

B) Establecer que los aumentos, en cuanto excedan del treinta por ciento (30%) del salario del trabajador, puedan ser o no considerados, en todo

o en parte, en el salario de base para el cálculo de las prestaciones o indemnizaciones o cualesquiera otros beneficios que puedan corresponderle con ocasión de la terminación de su relación de trabajo".

A pesar de que pudiera justificarse tal normativa en los problemas que puedan resultar de los aumentos compulsivos de salarios por parte del Poder Ejecutivo, específicamente, el aumento de pasivo por prestaciones sociales, derivado de la pervivencia del sistema de liquidación de la antigüedad en base al último salario, no creemos conveniente el establecimiento de esta excepción. En efecto, al eludir una definición distinta en la materia, el legislador consagró la posibilidad de una ley especial cuando dispone en su artículo 128 ejusdem:

"Con el objeto de facilitar que el trabajador reciba el salario que requiere para satisfacer sus necesidades fundamentales y sin menoscabo de la cuantía de los derechos que esta ley consagra en su interés con motivo de su permanencia en el trabajo, podrá dictarse una ley especial sobre el régimen a cumplir por patronos y trabajadores acerca de sus relaciones y derechos patrimoniales a que se refieren los capítulos VI y VII del Título II de esta ley y la organización de un sistema a cargo de la seguridad social al cual contribuyan patronos y trabajadores, que ampare a éstos en caso de cesantía y los protejan en el retiro, vejez o invalidez".

En definitiva, si estaba previsto modificar, mediante una ley especial, la situación que motiva la excepción no ha debido establecer una disposición que creará problemas de interpretación y conflictos de decidirse el Ejecutivo a establecerla.

2. Salario Mínimo

a. Con respecto al salario mínimo se pueden asumir dos posiciones:

- (1) El salario mínimo es un salario vital cuya definición está dada por las necesidades del trabajador y su núcleo familiar; y
- (2) El salario mínimo es un salario remunerador para cuya fijación debe tomarse en consideración la productividad del trabajador.

En Venezuela, la fijación del salario mínimo se ha hecho, tradicionalmente, en forma arbitraria realizando ajustes más en función de criterios políticos que en base de la realidad social que lo pueden originar. Así tenemos que, lejos de mejorar las condiciones del trabajador, se crean desequilibrios macroeconómicos que crean un espiral inflacionario, cuya primera víctima es el trabajador. Por otra parte, los salarios mínimos se corresponden con los trabajos más simples y no responden a las necesidades como habitación, alimentación, vestido y transporte, en el orden material, o el acceso a la educación, deporte, cultura.

b. El establecimiento de un salario mínimo se puede realizar por tres vías distintas:

(1) El Ejecutivo Nacional tiene la potestad de establecer un salario mínimo, mediante decreto, cuando considere que los salarios pagados en todo el país, o en una determinada rama de actividad o área geográfica, son insuficientes para permitir una vida decente y sana del trabajador y su familia o desproporcionadamente bajos en algunas ocupaciones en relación con las remuneraciones pagadas en actividades similares;

(2) El Ejecutivo Nacional puede fijar tarifas mínimas, mediante resolución del Ministerio del Trabajo, para determinadas industrias o ramas de actividad a solicitud de los patronos o trabajadores; y

(3) La contratación colectiva establece salarios mínimos de ingreso.

Tendríamos la concurrencia de salarios mínimos que podrían ser nacionales o regionales y generales o profesionales, dependiendo del ámbito de aplicación territorial o que se apliquen a todos los trabajadores del país o a los pertenecientes a determinada actividad o industria. Los salarios mínimos generales serían la base sobre la cual partirían los ajustes para cubrir la capacidad y destreza que exige cada profesión.

c. El artículo 173 de la Ley Orgánica del Trabajo establece la sanción en caso de incumplimiento patronal y obliga al reembolso de las diferencias entre el salario mínimo establecido y lo realmente devengado. Es importante advertir que es un error de interpretación el confundir salario mínimo con salario básico por cuanto lo fundamental, en referencia al cumplimiento de la obligación del

pago del salario mínimo, es que el trabajador efectivamente devengue un sueldo igual o superior al mínimo independientemente de que el salario básico sea inferior al referido concepto.

d. En cuanto al mecanismo común de establecimiento de salarios mínimos por vía de decreto, se estableció un nuevo procedimiento que implica la participación de las Cámaras en sesión conjunta o de la Comisión Delegada quienes lo considerarán y decidirán la ratificación o suspensión dentro de los diez días siguientes a la fecha de recepción. De transcurrir el lapso precitado sin que el Congreso se hubiere pronunciado se considerará ratificado el decreto. En el supuesto de pronunciarse sobre la modificación del decreto puede recomendar los términos del mismo. La utilización del término suspensión ha creado problemas de interpretación y de aplicación de los aumentos en el periodo de tiempo en el cual se modifique el mismo. En nuestra opinión, el decreto de establecimiento de salario mínimo, y en general los relacionados con aumentos generales de salario, no tienen aplicación inmediata por estar sujetos a la condición de la ratificación parlamentaria. En el supuesto de que se suspenda y sea modificada la fecha efectiva de vigencia será a partir de la publicación del segundo decreto, caso contrario, es decir en el supuesto de ratificación o silencio del Congreso la vigencia será a partir de la publicación del decreto originario.

e. En caso de jornadas parciales, consideramos procedente dividir el salario mínimo fijado entre el número de horas establecidas para el tipo de jornada en el artículo 195 *ejusdem*, y pagar la cantidad que resulta de multiplicar el valor hora por el número de horas efectivamente trabajadas.

f. Por su propia naturaleza, es justificable la inembargabilidad del salario mínimo. Creemos que debió establecerse en la reforma de 1990 una protección más amplia referida a la imposibilidad de compensación o descuentos y la exención impositiva a los efectos de que la tasa de impuesto sólo gravara las cantidades que excedan a dicho salario.

3. Salario básico

La Ley Orgánica del Trabajo no contiene ninguna norma que regule y defina el salario básico. No obstante, en nuestro ordenamiento jurídico la Ley de

Política Habitacional establece una clara definición cuando en su artículo 19 expresa:

"La base de cálculo del Ahorro Habitacional será la parte de la remuneración mensual básica del empleado o trabajador que no exceda de la cantidad de diez (10) salarios mínimos mensuales.

PARAFAO UNICO: Se entiende por remuneración básica a los fines de esta Ley, el sueldo básico asignado al cargo, en el caso de los funcionarios públicos, y, en el de los trabajadores, la cantidad fija que, como cuota mensual o diaria, éstos perciban a cambio de su labor ordinaria sin pago extra de ninguna naturaleza".

Al no existir otra definición, en la materia específicamente laboral, y salvo que la contratación colectiva establezca en los casos concretos otras definiciones, la contenida en el referido texto legal es aplicable. Como punto a resaltar, debemos indicar que se ha dado la práctica, en la contratación colectiva, de establecer salarios básicos por vía de tabulador que, cuando está referido a determinadas profesiones u oficios, constituyen verdaderos salarios mínimos profesionales.

4. Salario normal

a. El salario normal se encuentra previsto para realizar el cálculo de ciertos conceptos como serían:

- (1) Descanso semanal, días feriados, horas extras y trabajo nocturno (Art. 144 LOT);
- (2) Vacaciones (Art. 145 LOT); y
- (3) Antigüedad y preaviso (Art. 146 LOT).

En la Ley Orgánica del Trabajo no se define el salario normal; no obstante, en nuestro ordenamiento jurídico continúa vigente la definición consagrada en el reglamento de la ley derogada, por no ser contraria a las disposiciones de la nueva ley y no haber sido derogada expresamente, que en su artículo 114 reza textualmente:

"A los efectos de la indemnización sustitutiva del preaviso y del pago de las vacaciones, se entiende por salario normal la retribución efectivamente devengada por el trabajador, en forma regular y permanente, en el tiempo inmediatamente anterior a la fecha de su determinación".

Adquieren especial connotación e importancia los elementos temporalidad, regularidad y permanencia que, en los dos últimos, dejaron de enunciarse expresamente en la definición de salario integral contenida en la nueva ley.

b. Elementos complementarios

Los elementos complementarios permiten diferenciar el salario básico del concepto normal. En efecto, el salario normal, además de comprender al básico caracterizado por ser de monto fijo, incluye los elementos complementarios existiendo, de esta forma, un relación de género a especie similar a la existente entre el referido salario normal y el salario integral que, además de comprender todos los conceptos anteriormente considerados, incluye los elementos simplemente compensatorios. Es importante aclarar que nuestra concepción es contraria a comprender en el salario parámetro de cálculo el mismo concepto al que ha de aplicarse; de forma tal, que aun cuando para ciertos efectos legales un concepto forme parte del salario normal o integral, hay que eliminarlo cuando se realice la operación de liquidación del mismo derecho. La consecuencia de tal afirmación es que, aun cuando dentro del salario normal de un trabajador puedan incluirse las horas extras y bono nocturno, las mismas no pueden ser tomadas en consideración en el momento de hacer el recargo para cancelar el mismo concepto.

La misma situación se presentaría en el momento de cancelar la participación de los beneficios al no incluirse la participación en los beneficios del período anterior, a pesar de consagrarse el artículo 179 *eiusdem* que el salario parámetro de cálculo será el monto de los salarios devengados por el trabajador durante el respectivo ejercicio anual. Otro caso de interés se presenta con el cálculo de lo correspondiente por antigüedad, si se pretendiera incluir dentro del salario integral el propio concepto de antigüedad causado en el año de la liquidación, en los casos de que se pacte un paquete salarial que las incluya.

La interpretación contraria, es decir incluir el mismo concepto para el cálculo en el próximo período de tiempo, nos llevaría al absurdo de un aumento

progresivo de salario que rompería el equilibrio que la propia legislación laboral pretendió establecer. Podríamos elaborar un esquema de contenido de los distintos tipos de salario de la siguiente forma:

SALARIO INTEGRAL

- A) Salario básico.
- B) Estipulaciones por obra, pieza, destajo o comisiones.
- C) Elementos complementarios: primas, gratificaciones, participación en beneficios o utilidades, sobre tiempo, bono nocturno, recargos por días feriados o de descanso, bono vacacional.
- D) Elementos compensatorios: vivienda, transporte, alimentación.

SALARIO NORMAL

- A) Salario básico.
- B) Estipulaciones por obra, pieza, destajo o comisiones.
- C) Elementos complementarios: sobretiempo, bono nocturno, recargo por día feriado o de descanso.

Vemos así que en el supuesto del cálculo de horas extraordinarias, trabajo nocturno, descanso semanal y días feriados debe utilizarse como salario parámetro el normal devengado durante la semana respectiva excluyendo, en cada caso particular, el concepto mismo a calcular. Igualmente, en el cálculo de la participación en los beneficios debe utilizarse el salario integral pero excluyendo la parte referida a la propia participación de los beneficios. Aun cuando una interpretación literal puede llevarnos a resultados distintos, hay que combinar dicha interpretación con criterios lógicos y el propio contexto de la ley que establece la jerarquía de las fuentes que deben aplicarse para la resolución de un caso determinado.

En virtud de que el trabajador tiene derecho al pago de los días feriados o de descanso, las horas extraordinarias y por el trabajo nocturno, la nueva Ley Orgánica del Trabajo mejora no sólo la base sino también el porcentaje complementario en los artículos 154, 155, 156 y 217 *eiusdem* que disponen:

Artículo 154: “Cuando un trabajador preste servicios en día feriado tendrá derecho al salario correspondiente a ese día y además al que le corresponda en razón del trabajo realizado, calculado con un recargo del cincuenta por ciento (50%) sobre el salario ordinario”.

Artículo 155: “Las horas extraordinarias serán pagadas con un cincuenta por ciento (50%) de recargo, por lo menos, sobre el salario convenido para la jornada ordinaria”.

Artículo 156: “La jornada nocturna será pagada con un treinta por ciento (30%) de recargo, por lo menos, sobre el salario convenido para la jornada diurna”.

Artículo 217: “Cuando se haya convenido un salario mensual el pago de los días feriados y de descanso obligatorio estará comprendido en la remuneración, pero quienes prestaren servicios en uno (1) o más de esos días tendrán derecho a la remuneración correspondiente a aquellos días en los cuales trabajen y a un recargo del cincuenta por ciento (50%), conforme a lo previsto por el artículo 154”.

c. Elementos compensatorios

La nueva legislación elimina el carácter salarial a ciertos conceptos que se habían presentado como de dudosa interpretación en la doctrina y jurisprudencia nacionales. En el parágrafo único del precitado artículo 133 se excluyen los siguientes conceptos compensatorios:

(1) Gratificaciones no relacionadas directamente con la prestación de trabajo. Sería el caso de las recompensas pecuniarias de algún servicio no relacionado con la prestación laboral, sin notas de habitualidad, como por ejemplo el caso de una obrera que trabaja en una confección y recibe una cantidad esporádica por limpiar la vivienda del patrono o un tejedor que se dedique a pintar los fines de semana, inclusive en inmuebles propiedad del patrono, recibiendo cantidades variables de distintas personas. Otros casos de interés serían las bonificaciones especiales por nacimiento de hijos, muerte de familiar, matrimonio, etc., que a pesar de derivarse directamente del hecho del trabajo no tienen periodicidad ni habitualidad;

(2) Los subsidios o facilidades que establezca el patrono para permitir al trabajador la obtención de bienes y servicios esenciales a menor precio del corriente. No es procedente calcular la cantidad que representa dicho ahorro y sumarla al salario por cuanto, de permitirse tal situación, los patrones se abstendrían de promover u organizar estos servicios;

(3) Los aportes del patrono en cajas de ahorro que beneficien al trabajador. Constituiría un desestímulo para el patrono el que los aportes realizados a las cajas de ahorro fueran tomados como salario para el cálculo de otros conceptos constituyendo, en definitiva, tal previsión una protección a los intereses de los trabajadores; y

(4) El reintegro al trabajador de los gastos que haya hecho. Tales gastos pueden derivarse de viajes o viáticos, vivienda, traslado o transporte, alimentación, vehículo, manutención, etc. Se aclaran así, los problemas de interpretación que la Consultoría Jurídica del Ministerio del Trabajo intentó resolver en varias situaciones concretas donde decidió que:

(a) “la alimentación cuando es suministrada por la empresa a sus trabajadores, constituye una prestación en especie, que... forma parte integrante del salario...” (Dictamen del 30-1-73); “la comida que se suministra a los trabajadores durante los días en que ejecutan sus labores, es salario, y como tal, su equivalente en dinero debe tomarse en consideración para calcular la remuneración correspondiente a los días de descanso...” (Dictamen del 20-12-74).

(b) “los gastos de representación son cantidades que algunas empresas les asignan a determinados empleados, a fin de que puedan atender ciertos compromisos, generalmente de orden social, originados en razón de sus actividades propias. Estas sumas, que nunca podrían considerarse como formando parte del salario del empleado, constituyen gastos necesarios e imprescindibles de la empresa que ella asume en su totalidad... La Consultoría Jurídica se complace en admitir, por esta causa, la doctrina sentada por la Administración del Impuesto sobre la Renta, en relación con esas partidas no incorporadas ni integrantes del sueldo del empleado. Por consiguiente, las características de los gastos de representación son las siguientes: I. No pertenecer al trabajador sino a la empresa por no representar una contraprestación del servicio del empleado y II. Rendición de cuenta sobre su administración” (Dictamen del 22-2-52);

(c) “el trabajador a quien le está asignado el pago de transporte no recibe este pago para su beneficio ni para subvenir a sus necesidades sino para

cumplir a cabalidad sus funciones... por lo cual no debe considerarse como salario...". (Dictamen del 27-52);

(d) "Las cantidades pagadas en virtud de lo dispuesto en la cláusula 14 por concepto de arrendamiento, cuando el trabajador utiliza su propio vehículo para el desempeño de sus labores, no participan de la naturaleza del salario, ya que el trabajador no las recibe en compensación del esfuerzo que realiza para ejecutar la labor para la cual fue contratado, sino como pago por el servicio de vehículo de su propiedad, el cual pone a la orden y para uso de la empresa..." (Dictamen del 4-7-80);

(e) "el legislador no calificó en términos expresos la naturaleza salarial del bono compensatorio de gastos de transporte. Es importante y necesario tomar en consideración que la señalada naturaleza salarial resultaría de tal manera sustancial con respecto al régimen consagrado por el decreto, que, a nuestro juicio, habría sido necesaria norma expresa y categórica afirmación. Corresponde también ponderar los efectos desfavorables para el trabajador que derivarían de la naturaleza salarial. En el caso de éste, al adquirir carácter remuneratorio, quedaría condicionado a la prestación de servicio. Es decir, dejaría de percibir la parte correspondiente del bono, e incluso la totalidad de éste, en casos como los siguientes: a) inasistencia al trabajo; b) como cuota-parte del pago del día de descanso semanal, cuando éste no fuere procedente por acumularse más de una inasistencia; c) en los casos de suspensión del contrato de trabajo... Todo lo anteriormente señalado nos lleva a la conclusión de que la naturaleza de este bono compensatorio es materia de interpretación. Y la Consultoría Jurídica, con toda objetividad y mejor disposición, considera que ofrece asidero válidamente utilizable la aplicación del principio de hermenéutica *in dubio pro-operario*. Así lo pensamos e invocamos las desventajas señaladas en los literales a), b) y c) comprendidos en este dictamen, en el cual sostenemos que el bono compensatorio objeto de nuestro análisis no perdió con la reforma su naturaleza y finalidades compensatorias, que lo califica como elemento diferente del salario, no remunerador de la prestación de servicio, no supeditado a la realización de éste, y en consecuencia, procedente aun en los casos de suspensión del contrato de trabajo o de otros que ocasionen inasistencias" (Dictamen del 7-11-86);

(f) "Si los mencionados viáticos fijos son propiamente tales, es decir, expensas que se suministran al trabajador para que pueda cumplir su actividad diaria y normal, como sería, por ejemplo, el transporte o su equivalente en dinero desde el sitio donde habita al centro de trabajo, no pueden considerarse como salario o remuneración integrativa al salario básico, ya que ellos no se están reconociendo a cambio de la labor ordinaria del trabajador, sino como una prestación necesaria para que cumpla con ella, lo cual son cosas muy distintas. Pero, al contrario, si bajo la denominación de viáticos se están pagando a los trabajadores cantidades fijas y permanentes que conjugan en un todo con la naturaleza del salario básico, es indudable que estas sumas forman parte de ese salario, pues su mismo carácter de ser fijas y permanentes, durante todo el tiempo en que se está prestando servicios, se traduce en el hecho de ser pagos ordinarios y no extraordinarios...". (Dictamen del 31-10-74);

(g) "Ha sido reiterada la jurisprudencia administrativa y judicial en cuanto a los viáticos se refiere: los mismos forman parte del salario cuando son entregados al trabajador, y éste no tiene que presentar facturas ni entregar cuenta de los gastos efectuados a su patrono, además del requisito indispensable de la continuidad o periodicidad que tiene que haber en el pago del mismo. En caso contrario, es decir, cuando tiene que rendir cuenta pormenorizada de los gastos que ha efectuado y presentar las facturas que los respaldan, aun cuando haya continuidad o periodicidad en ello, no es considerado como un accesorio del salario y, por ende, no se considera salario. En cuanto a la periodicidad en el pago del mismo, el lapso debe ser representativo, es decir, un lapso en el que la suma de las cantidades recibidas por ese concepto represente realmente un aumento eficaz en la cantidad de salario a tomar en cuenta para el cálculo del derecho correspondiente, ya que la misma puede ser más representativa en un lapso corto que en un lapso largo". (Dictamen del 22-12-86).

En definitiva, a pesar de todos los inconvenientes para precisar los conceptos y dada la nueva regulación en la materia creemos que la clave, además de su relación directa con la prestación de servicio; es que los elementos compensatorios, para que sean valorados como salario, deben ser continuos, estables y permanentes; además deben entrar al patrimonio del trabajador y no ser objeto

de una simple administración por parte de éste. Es importante el hecho de no presentar cuentas o justificativos del gasto realizado ya que, en caso contrario, el trabajador está reconociendo que las cantidades dadas por el patrono no forman parte de su patrimonio.

C. CLASES DE SALARIO

Más que clases de salarios podríamos referirnos a la forma en la cual se puede desarrollar un determinado trabajo, enmarcando en ésta el trabajo estipulado por unidad de tiempo ó el estipulado por unidad de obra, por pieza o a destajo que pueden producir en uno u otro caso un salario permanente o variable.

1. La estipulación por unidad de tiempo no toma en cuenta el resultado del trabajo sino los parámetros de tiempo en que se fija la jornada la cual es valorada en forma mensual, diaria o por hora. El salario diario se presenta como un treintavo de la remuneración recibida en un mes y el salario hora es la alícuota resultante de dividir el salario diario por el número de horas de la jornada. El salario estipulado por unidad de obra, por pieza o a destajo toma en cuenta el resultado del trabajo realizado independientemente del tiempo empleado para obtener dicho resultado.
2. Otra modalidad es la estipulación del salario por tarea que toma en cuenta la duración del trabajo con base a un determinado rendimiento.
3. Cuando hay estipulación de salario por unidad de obra, por pieza, a destajo o por tarea necesariamente se produce un salario variable basado en los condicionamientos del mismo. En la generalidad de industrias se pacta un elemento salarial fijo, que puede ser menor que el estipulado para el salario mínimo, y se establecen tarifas, bonos de producción o de rendimiento que, generalmente, se enmarcan en una determinada jornada de trabajo. También encontramos casos aislados donde el único parámetro es la obra o pieza producida; de ahí que el pago es producto de la cuantificación alcanzada. No obstante, el párrafo único del artículo 141 establece que:

“Cuando el salario se hubiere estipulado por unidad de obra, por pieza o a destajo, la base del cálculo no podrá ser inferior a la que correspondería para remunerar por unidad de tiempo la misma labor”.

La experiencia lleva a concluir que de esta manera se elimina el incentivo real del trabajo estipulado por unidad de obra, pieza o destajo por cuanto la tendencia es promediar la producción lo que llevaría, en la práctica, a establecer conceptos salariales fijos; sin embargo, estamos convencidos que la intención del legislador fue evitar la explotación del trabajador por vía de esta modalidad de trabajo.

Una regulación innovadora es la que consagra como un factor integrante del salario el valor estimado del derecho a recibir la propina, cuya cuantificación debe realizarla el inspector del trabajo o el juez en caso de desacuerdo entre las partes, de conformidad con el artículo 134 *eiusdem* que establece:

"En aquellos establecimientos en que se acostumbre cobrar al cliente por el servicio un porcentaje sobre el consumo, tal recargo se computará en el salario de cada trabajador en la proporción que le corresponda, de acuerdo a lo pactado o con el uso. Si además del recargo a que se refiere este artículo o en lugar de él, el trabajador suele recibir, de acuerdo con el uso local, propinas voluntarias de los clientes, se considerará formando parte del salario el valor que para él representa el derecho a recibir esas propinas, el cual se estimará por la convención colectiva, por acuerdo bilateral, por el inspector o por el juez".

D. LA PROTECCION DEL SALARIO

Del carácter familiar del salario se deriva un sistema de protección consagrado por el legislador que recoge la normativa anterior a la vigencia de la nueva ley que derogó, entre otros textos normativos, la Ley de Privilegios de los Créditos de los Trabajadores del 14 de julio de 1961, la Ley Sobre Inembargabilidad e Inejecutabilidad de las Utilidades de los Trabajadores de fecha 28 de noviembre de 1962 y los artículos 8 y 9 del Decreto N° 247 sobre Represión de la Usura de fecha 9 de abril de 1946. Tal protección la entendemos en un sentido amplio, al superar el concepto de salario y, abarcar los demás derechos y beneficios que se derivan de la relación laboral. Por estas razones de índole familiar se permite la intervención del cónyuge o la persona que haga vida marital, en amparo del grupo familiar y en virtud de las obligaciones alimentarias, de conformidad con el artículo 149 *eiusdem* que reza textualmente:

"El cónyuge o la persona que haga vida marital con el trabajador y aparezca inscrita en los registros del Seguro Social o pueda acreditar esa condición con cualquier otro medio de prueba, podrá solicitar del inspector del trabajo autorización para recibir del patrono hasta el cincuenta por ciento (50%) del salario devengado por el trabajador, cuando razones de interés familiar y social señalen su necesidad; pero antes que el inspector tome determinación al respecto, deberá oír al trabajador interesado y solicitar el parecer del Instituto Nacional del Menor, si hubiere hijos menores, sin perjuicio de las decisiones y providencias que puedan tomar los tribunales respectivos. Esta disposición será aplicable al pago de prestaciones sociales y cualquier otro beneficio a favor del trabajador".

En el ordenamiento jurídico venezolano se ha consagrado tradicionalmente el carácter privilegiado del salario; entendido como el derecho del trabajador a que se pague con preferencia a otros acreedores lo que se adeude en ocasión a la relación de trabajo. Asimismo, por razones históricas se establece la obligación del patrono de pagar el salario en dinero efectivo o mediante cheque bancario o por órgano de una entidad de ahorro y préstamo u otra institución bancaria siempre que exista acuerdo en tal sentido; prohibiéndose expresamente el pago en mercancías, vales, fichas o cualquier otro signo representativo con que quiera sustituirse la moneda para evitar la explotación del trabajador por esa vía.

La nueva Ley Orgánica del Trabajo establece un sistema de protección del salario basado en los siguientes aspectos:

1. Privilegio general y absoluto de los créditos de los trabajadores sobre los bienes de cualquier naturaleza del patrono limitado a un máximo de seis (6) meses de salario más un equivalente a noventa (90) días de salario normal por prestaciones sociales;
2. Privilegio sobre los bienes muebles del patrono de cualquier derecho o concepto que corresponda al trabajador en ocasión de la relación de trabajo, sin límite en el monto de los mismos y con prescindencia de cualquier otro tipo de procedimiento cautelar o ejecutivo y, específicamente, del atraso y quiebra;

3. Privilegio sobre los bienes inmuebles del patrono limitado en el tiempo a un (1) año y por los privilegios de los acreedores hipotecarios. Por ser de novedosa aplicación no existe un criterio definido del momento a partir del cual debe comenzar a correr el período de un (1) año que establece el artículo 160 de la Ley Orgánica del Trabajo. En nuestra opinión el término señalado comienza a partir de la fecha de la sentencia definitivamente firme que declara la existencia del derecho o concepto reclamado y no desde la fecha de terminación de la relación laboral por cuanto el condicionamiento aquí establecido tiene una naturaleza distinta a los períodos previstos en los artículos 61 y 90 *eiusdem*;
4. Inembargabilidad de la remuneración del trabajador, en forma total cuando no exceda del salario mínimo; y en forma escalonada, una quinta parte cuando excede del salario mínimo y no pase del doble del mismo y una tercera parte del excedente del doble del salario mínimo;
5. Inembargabilidad de las prestaciones y otros derechos del trabajador en cuanto no excedan de cincuenta (50) salarios mínimos. Cuando la cantidad correspondiente a los derechos esté comprendida entre el límite anterior y el equivalente a cien (100) salarios mínimos podrá decretarse embargo hasta por la quinta parte de la cantidad comprendida entre estos límites. En el supuesto de que el monto de los derechos del trabajador sobrepase los cien (100) salarios mínimos se aplicará la regla anterior más el embargo de la tercera parte del exceso del límite señalado;
6. Con relación a las deudas que pudiera contraer el trabajador con el patrono se prohíbe la amortización de los préstamos por un monto mayor al equivalente a la tercera parte del salario del período, y se establece que en caso de la terminación de la relación laboral se dará compensación del saldo pendiente hasta por el equivalente del cincuenta por ciento (50%) de los derechos que correspondan. La previsión que comentamos, contenida en el artículo 165 de la Ley Orgánica del Trabajo, es innovadora por cuanto en el régimen anterior nada se establecía; de forma que las compensaciones o deducciones permitidas eran las cantidades conferidas en préstamos a los trabajadores a cuenta de las prestaciones sociales y que estaban destinadas a la compra o mejora de vivienda, a la cancelación de hipotecas sobre vivienda propiedad del trabajador o al pago de pensiones escolares del trabajador, su cónyuge o concubina o sus hijos. El

esquema de adelantos a cuenta de antigüedad o el aval que puede dar el patrono al trabajador en los mismos casos se mantuvo en la nueva Ley Orgánica del Trabajo en los literales "c" y "d" del parágrafo primero del artículo 108; y

7. Existe la prohibición al patrono de constituir expendios de mercancías o víveres para el uso de los trabajadores en los centros de trabajo con las limitaciones que establece el artículo 166 que reza textualmente:

"El patrono no podrá establecer en los centros de trabajo economatos, abastos, comisariatos, o proveedurías para vender a los trabajadores mercancías o víveres, salvo que: a) Sea difícil el acceso de los trabajadores a establecimientos comerciales bien surtidos y con precios razonables; b) Los trabajadores mantengan libertad para hacer sus compras donde prefieran; y c) Las condiciones de venta del establecimiento del patrono tengan la debida publicidad. La lista de los precios debe ser entregada con antelación al sindicato para que haga sus observaciones.

PARAGRAFO PRIMERO: En las convenciones colectivas podrá preverse el establecimiento de abastos, comisariatos, economatos o proveedurías, mediante control ejercido por una representación de trabajadores y por la autoridad competente, para asegurarse de que su funcionamiento no tenga fines especulativos y de que se mantenga el debido abastecimiento.

PARAGRAFO SEGUNDO: En caso de que los trabajadores organicen cooperativas para su servicio, se les dará preferencia.

PARAGRAFO TERCERO: La Inspectoría del Trabajo y el sindicato respectivo velarán para que los víveres y mercancías ofrecidos en venta a los trabajadores sean de buena calidad, pesados o medidos legalmente y a un precio que no exceda del costo, comprendido en éste el transporte, más un diez por ciento (10%) para cubrir los gastos de administración".

Una importante excepción a las normas relacionadas con la protección al salario se deriva de la legislación que tutela a la familia y los menores, que prevén la posibilidad de que el juez tome medidas cautelares o ejecutivas a los efectos de garantizar las obligaciones alimentarias que tengan los trabajadores con sus hijos, cubriendo las pensiones que se debieren más dos (2) años por pensiones por vencerse. Este tipo de medidas son acumulativas con las previstas en la legislación del trabajo y no afectan los límites allí contenidos.

E. LA PARTICIPACION DEL TRABAJADOR EN LOS BENEFICIOS DE LA EMPRESA

1. La participación en los beneficios de la empresa o utilidades, expresión de uso normal en el ámbito laboral, ha sido definida⁵ como:

"El reconocimiento constitucional del factor trabajo como uno de los elementos integrantes de la realidad económica, de donde nace su derecho a participar de los resultados del proceso económico; un derecho del que a su vez se infiere que la empresa no es más un feudo del empresario, sino una participación de dos factores, ciertamente distintos y con intereses opuestos, pero dos factores que por concurrir como elementos igualmente indispensables, tienen el derecho a compartir los beneficios de la actividad conjunta".

La participación de los trabajadores en los beneficios de la empresa se presenta como un derecho colectivo a percibir una parte de los resultados o utilidades del proceso económico del cual forman parte. La participación de los trabajadores en los beneficios o el derecho a las utilidades, término más utilizado en Venezuela, tiene rango constitucional e implica el reconocimiento del carácter fundamental del trabajo como factor de producción. Es bueno advertir que con esta institución no se pretende la sustitución del salario ni la asociación del trabajador con el riesgo de la producción. La participación en los beneficios de la empresa persigue el equilibrio entre los factores de producción.

En Venezuela llegó a discutirse el carácter salarial de las utilidades lo cual, en los actuales momentos, es inoficioso en virtud de que la sistemática de la nueva Ley Orgánica del Trabajo regula el concepto en el capítulo III del título III relacionado con la remuneración y la añade expresamente en el concepto de salario integral contenido en el artículo 133 ya comentado. Por otra parte, se estableció una norma que califica, en forma específica, el carácter salarial de las utilidades a los efectos de la liquidación del trabajador contenida en el artículo 146 de la Ley Orgánica del Trabajo que dispone:

⁵ DE LA CUEVA, Mario, *Ibidem*, p. 330.

"La participación del trabajador en las utilidades de una empresa se considerará salario a los efectos del cálculo de las prestaciones e indemnizaciones que correspondan al trabajador con motivo de la terminación de la relación de trabajo. Para este fin se distribuirá el monto recibido por este concepto entre los meses completos de servicios prestados durante el ejercicio. La parte correspondiente a las utilidades legales sólo se tomará en cuenta para el cálculo de las prestaciones por el tiempo servido a partir del 1º de enero de 1991".

Destacamos el carácter salarial de las utilidades por cuanto, en Venezuela, tal derecho no implica la asociación del trabajador con el patrono en los riesgos que implica la actividad productiva. En efecto, siempre se garantiza al trabajador, independientemente de que se traten de utilidades convencionales o legales, un ingreso mínimo por tal concepto tal como se prevé en el artículo 175 ejusdem que reza textualmente:

"Las empresas y los establecimientos o explotaciones con fines de lucro pagarán a sus trabajadores dentro de los primeros quince (15) días del mes de diciembre de cada año o en la oportunidad establecida en la convención colectiva, una cantidad equivalente a quince (15) días de salario, por lo menos, imputable a la participación en los beneficios que pudiera corresponder a cada trabajador en el año económico respectivo de acuerdo a lo establecido en el artículo 174 de esta Ley. Si cumplido éste, el patrono no obtuviere beneficios, la cantidad entregada de conformidad con este artículo deberá considerarse como bonificación y no estará sujeta a repetición. Si el patrono obtuviere beneficios cuyo monto no alcanzare a cubrir los quince (15) días de salario entregados anticipadamente, se considerará extinguida la obligación".

Idéntica situación se presenta con los patronos cuyas actividades no tengan fines de lucro y con las empresas comerciales, industriales y agrícolas y pecuarias cuyo capital invertido no exceda del equivalente a sesenta (60), ciento treinta y cinco (135) y doscientos cincuenta (250) salarios mínimos mensuales que están solamente obligadas a cancelar a cada trabajador una bonificación de fin de año equivalente a por lo menos quince (15) días de salario.

2. Las utilidades legales están previstas para distribuir entre los trabajadores de la empresa el quince por ciento (15%) de los beneficios líquidos, definidos

como enriquecimientos netos de acuerdo a la Ley de Impuesto sobre la Renta, en proporción al salario devengado durante el ejercicio correspondiente. Al no estar condicionado el derecho a los riesgos de producción se garantiza al trabajador, individualmente considerado, el equivalente al salario de quince (15) días y como límite máximo se establece la cantidad equivalente a cuatro (4) meses de salario. Se modificó, con la nueva ley, el porcentaje a distribuir que se había establecido en un diez por ciento (10%) y el límite máximo de dos (2) a cuatro (4) meses, salvo que se trate de empresas que tengan un capital social menor a un millón de bolívares (Bs. 1.000.000) o que ocupen menos de cincuenta (50) trabajadores, caso en el cual se mantiene el límite máximo establecido en la legislación anterior.

3. En cuanto al procedimiento para determinar la participación individual en los beneficios de la empresa se debe dividir el total de beneficios repartibles entre el total de los salarios devengados por todos los trabajadores durante el ejercicio al cual se aplicó el porcentaje de ley; el cuociente resultante debe multiplicarse por el monto de los salarios devengados por el trabajador en el ejercicio referido.

Un ejemplo de cálculo individual sería el caso de un trabajador que en el año devengó un total de Bs. 300.000 y trabaja en una empresa que obtuvo beneficios líquidos totales de Bs. 20.000.000, en el ejercicio anual de la misma. El monto total de salarios devengados por la totalidad de los trabajadores fue de Bs. 32.000.000. La fórmula a aplicar sería:

$$15\% \text{ de B.L.} = B.R. \quad B.R + ST = C.U. \quad C.U. \times S.I. = UTIL.$$

$$B.L. = BENEFICIOS LIQUIDOS \quad B.R. = BENEFICIOS REPARTIBLES$$

$$S.T. = SALARIOS TOTALES \quad C.U. = CUOCIENTE UTIL.$$

$$S.I. = SALARIO$$

$$\text{PRIMER PASO: } 15\% \text{ de } 20.000.000 = 3.000.000$$

$$\text{SEGUNDO PASO: } 3.000.000 + 32.000.000 = 0,09375$$

$$\text{TERCER PASO: } 300.000 \times 0,09375 = \text{Bs. } 28.125$$

El cálculo anterior tendría por complemento verificar si la cantidad anterior cumple con los límites establecidos en la ley. En tal sentido, habría

que dividir la cantidad a cancelar por utilidades entre el salario diario de la siguiente forma:

a) Salario diario: $300.000 \div 365 = \text{Bs. } 821,91$

b) Utilidad (Bs. 28.125) + salario diario (Bs. 821,91) = 34,21 días lo cual es superior al límite mínimo de Bs. 12.328,65 (15 dfas) e inferior al límite máximo de Bs. 98.629 (4 meses) ó 49.314,60 (2 meses) según el caso.

Hay que resaltar que cuando se precisa el concepto de empresa a los efectos laborales, existía una coincidencia con la normativa relacionada con el impuesto sobre la renta y la consolidación de los enriquecimientos netos prevista en el artículo 75 de la Ley de Impuesto sobre la Renta recientemente derogada, que establecía textualmente:

"Cuando dos o más empresas de las señaladas en el literal b) del artículo 5 de esta ley, aun cuando tengan denominaciones sociales y domicilios diferentes en el país, pero exploten el mismo ramo o similar objeto, o se complementen para el desarrollo de sus actividades y, al mismo tiempo, la mitad, por lo menos, del capital social pertenezca a los mismos accionistas o socios o que éstos controlen directa o indirectamente la dirección o administración de tales empresas; se considerarán como un solo contribuyente y, en consecuencia, estarán obligadas a consolidar sus enriquecimientos netos, a los fines del pago del impuesto que resulte de aplicar la tarifa correspondiente. A los efectos de la aplicación de esta disposición, salvo prueba en contrario, se considerarán como un mismo accionista o socio de tales empresas: 1. Las personas naturales que estén vinculadas entre sí por parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad. 2. Las personas jurídicas cuyos socios o accionistas en la proporción señalada en la primera parte de este artículo sean personas naturales con las relaciones de parentesco antes indicadas. 3. Las empresas matrices, filiales o subsidiarias que, en forma directa o indirecta ejerzan el control del grupo de empresas objeto de consolidación, a que se refiere este artículo".

A pesar de que en la reforma tributaria se eliminó esta disposición, en materia laboral tiene un carácter orientador sobre lo que debe considerarse unidad

económica de la empresa, al interpretar el artículo 177 de la Ley Orgánica del Trabajo que establece:

"La determinación definitiva de los beneficios de una empresa se hará atendiendo al concepto de unidad económica de la misma, aun en los casos de que ésta aparezca dividida en diferentes explotaciones o con personerías jurídicas distintas u organizada en diferentes departamentos, agencias o sucursales, para los cuales se lleve contabilidad separada".

En definitiva, en nuestra opinión la consolidación impositiva puede alegarse, en el momento del cálculo de utilidades, en los casos de que beneficie por la acumulación de enriquecimientos netos a los trabajadores de la explotación, empresa, faena o establecimiento que forme parte del conglomerado.

4. Como una consecuencia del hecho de que la declaración del impuesto sobre la renta del patrono sirve de base para la determinación del monto distribuible surge el derecho colectivo de accionar ante la administración tributaria a los efectos de la verificación correspondiente. La legitimidad para revisar los inventarios y balances para comprobar la renta obtenida la tiene la mayoría absoluta de los trabajadores de la empresa, sin tomar en consideración para establecer la mayoría a los trabajadores de dirección o confianza, o el sindicato al que esté afiliado más del veinticinco por ciento (25%) de los trabajadores de la empresa. Las empresas también están limitadas, en el momento de la determinación de los beneficios repartibles, en la posibilidad de imputar a un ejercicio las pérdidas que hubiere sufrido en los ejercicios anteriores.

El análisis descriptivo que hemos pretendido realizar tiene por objeto establecer una delimitación del concepto de salario y reflejar la connotación de la institución en la relación de trabajo. El énfasis del legislador en su protección y el sentido amplio que se mantiene en la nueva Ley Orgánica del Trabajo nos permite concluir que es por la vía de la revisión salarial que los trabajadores pueden obtener mejores condiciones de vida. No obstante, desvincular al salario de la productividad y desequilibrar la relación de trabajo con aumentos compulsivos, sin base económica alguna, sólo occasionará acentuar los conflictos laborales y perjudicar la estabilidad de las empresas.

El salario y los elementos que lo integran

Víctor M. Alvarez
Presidente de la Academia
de Ciencias Políticas y Sociales

Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, N° 85
Universidad Central de Venezuela
Caracas, 1992



Entre las innovaciones fundamentales contempladas en la Ley Orgánica del Trabajo, que con fecha 20 de diciembre del próximo pasado año de 1990, recibió el ejecútese del Presidente de la República y que comenzó a tener plena vigencia a partir del 1º de mayo de 1991, figuran las relativas a la remuneración o salario.

El Título III del mencionado instrumento legal, con la denominación citada se contrae desde el artículo 129 al 184 a regular las diversas situaciones y modalidades atinentes al respecto.

En el enfoque de esta materia la nueva Ley Orgánica ha adoptado criterios novedosos que se apartan de la orientación seguida por el ordenamiento que deroga, acogiendo al definir el salario la noción integral del mismo, siendo de observar que la Ley del Trabajo de 1936 no contenía una definición precisa del salario.

El concepto de lo que constituye el salario ha sido objeto de variadas interpretaciones jurisprudenciales, notándose una tendencia progresiva a fortalecerlo adicionándole nuevos elementos a los que antes no se les atribuía ese carácter.

Es así como la participación en las utilidades de la empresa, sobresueldos, las propinas, el bono vacacional, los recargos legales o convencionales por días feriados, horas extras, trabajo nocturno, alimentación, vivienda y cualquier ingreso, provecho o ventaja que perciba el trabajador por causa de su labor constituyen elementos que se consideran integrantes del salario al tenor de la definición acogida por el artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo.

Etimológicamente la palabra salario deriva de **sal**, que era con lo que antiguamente se recompensaban los servicios del jornalero, pasando posteriormente a tener dicho concepto un sentido diversificado y amplio.

Actualmente es abundante la doctrina en la definición de lo que constituye el salario, siendo generalmente consideradas como equivalentes las expresiones remuneración, retribución, sueldo y otras. La palabra **sueldo** se utiliza usualmente referida al pago del empleado y la de **salario** al del obrero; pero jurídicamente “salario” es toda remuneración que recibe el trabajador -empleado u obrero- como contraprestación por su servicio.

No obstante la sinonimia en los términos indicados, hay autores que establecen distingos conceptuales entre lo que es remuneración y lo que es salario.

El Derecho brasileño hace distingos entre remuneración y salario, entendiendo por salario únicamente los pagos que el trabajador recibe del patrono, y por remuneración todo cuanto el trabajador obtiene como resultado de la prestación de sus servicios, aun cuando no provengan del patrono.

De las variadas definiciones que suelen darse del salario se infiere que hay dos corrientes con diversa fundamentación, a saber: 1º la contractual o civilista y, 2º la que se apoya en el criterio del Derecho Social reemplazando el concepto de contrato de trabajo por el de “relación de trabajo”.

Esta noción de relación de trabajo es la que acoge el ordenamiento de la novísima Ley Orgánica del Trabajo, inspirada en la concepción de que el salario es la retribución a que tiene derecho el trabajador por el hecho de permanecer a la disposición del patrono, independientemente de la existencia del contrato de trabajo.

DIVERSOS TIPOS DE SALARIO

Del salario se hacen diversas clasificaciones doctrinales acogidas algunas de ellas en la Ley Orgánica de Venezuela. Así, atendiendo a la forma de pago el salario puede ser en dinero efectivo, en especie y mixto, siendo de advertir que la fijación en especie sólo se admite en determinados casos que resulte conveniente para el trabajador debiendo siempre pagársele parte del mismo en dinero en efectivo.

Siendo el dinero la unidad de cambio por excelencia y el medio para la obtención de bienes y servicios, a la vez que instrumento para la cancelación de obligaciones, es por lo que la ley estatuye que el salario debe pagarse preferentemente en moneda de curso legal, o dinero efectivo, como dice ahora la ley; que el pago del mismo debe hacerse directamente al trabajador o a la persona que él elija, siendo una de sus condiciones la de que el trabajador pueda disponer libremente de él, salvo casos excepcionales como los de providencias judiciales y cuando la cónyuge o persona con la que el trabajador haga vida marital permanente solicite y obtenga del correspondiente Inspector del Trabajo, por razones de interés social y familiar, autorización para que se le haga entrega de parte del mismo, autorización que puede comprender hasta un 50%.

Según la oportunidad convenida, el salario puede ser pagado semanal o quincenalmente, previendo la ley la posibilidad de que el pago sea mensual en los casos en que el trabajador reciba del patrono alimentación y vivienda.

La nueva Ley Orgánica del Trabajo en su artículo 140 establece la posibilidad del salario-hora, disponiendo al efecto que "se entenderá por salario-hora la alícuota resultante de dividir el salario diario por el número de horas de la jornada" y, de la misma manera como lo establecía la ley derogada, prevé que debe entenderse por salario diario un treintavo de la remuneración percibida en un mes.

El señalamiento de estas modalidades salariales tiene especial importancia, pues en ausencia de disposición expresa se ha suscitado la duda en cuanto a la forma de calcular el pago. Así, hay quienes opinan que para la determinación del salario-hora debe dividirse la cantidad del salario diario entre el número de horas de la jornada legal de trabajo, mientras que otros consideran que debe ser entre el número de horas de la jornada convencional.

Lo mismo suele ocurrir en cuanto al salario diario, pues se ha llegado a sostener que para su cálculo se debe dividir el salario mensual, no entre 30 como lo preceptúa nuestra ley, sino entre el número de días realmente laborales, es decir, entre 20, 24, 25 o 26 según sea el caso.

Además del salario por unidad de tiempo, la actual Ley Orgánica del Trabajo, al igual que la anterior, permite el salario a destajo, que es el que se paga de acuerdo con el resultado de la labor y no por el tiempo empleado.

Esta forma de retribución ha sido sindicalmente controvertida por considerar que el trabajador al esforzarse por obtener mayor rendimiento puede realizar tareas físicamente agotadoras y exponerse a accidentes de trabajo.

A este criterio responde la disposición del artículo 259 de la Ley al prohibir que la remuneración de los menores se estipule por unidad de obra, a destajo o por piezas.

La doctrina y también la legislación enuncian otras nociones salariales que deben tomarse en consideración en la aplicación de determinados preceptos laborales como son las de salario justo, salario vital, salario familiar, salario nominal, salario de base, salario real y salario mínimo.

CONCEPTO DEL SALARIO JUSTO

El tratadista uruguayo, Américo Pla Rodríguez, asienta que el salario debe ser considerado no solamente como factor de producción sino también en su dimensión humana, advirtiendo que progresivamente se ha ido haciendo más justo, superando la concepción del liberalismo económico de tratar de conformarlo a la oferta y demanda de la mano de obra.

La Ley de Contrato de Trabajo de la República Argentina en su artículo 116 define el salario vital expresando, que es “la menor remuneración que debe percibir en efectivo el trabajador sin cargas de familia en su jornada legal de trabajo, de modo que le asegure alimentación adecuada, vivienda digna, educación, vestuario, asistencia sanitaria, transporte y esparcimiento, vacaciones y previsión”.

Este concepto de salario vital que acoge la legislación argentina impone la obligación de una remuneración suficiente que le permita al trabajador la satisfacción de sus más urgentes necesidades.

Doctrinariamente la noción de salario justo sobrepasa los conceptos de salario mínimo y de salario vital, pues dicha noción toma en consideración no sólo las necesidades individuales del trabajador para subsistir, sino también su entorno familiar, por lo que igualmente se le designa salario familiar.

El artículo 23 de la Declaración de los Derechos Humanos consagra, que “Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria que le asegure, así como a su familia, una existencia satisfactoria conforme a la dignidad humana”.

De conformidad con esa concepción las nociones de salario vital, salario familiar, salario justo y salario mínimo deben adecuarse a las condiciones peculiares y costo de vida en cada región, conforme a la naturaleza y modalidades del trabajo realizado.

En este sentido el artículo 130 de la Ley Orgánica del Trabajo estatuye que: “Para fijar el importe del salario en cada clase de trabajo se tendrá en cuenta la cantidad y calidad del servicio, así como la necesidad de permitir al trabajador y a su familia una existencia humana y digna”.

SALARIO MINIMO

La Ley Orgánica del Trabajo, al igual que la Ley derogada, consagra un capítulo - artículos 167 al 173- a la regulación del salario mínimo y faculta al Ejecutivo Nacional para que en los casos en que considere insuficientes los salarios que devengan los trabajadores nombre comisiones especiales para la fijación de salarios mínimos obligatorios, bien con carácter nacional o limitados a determinadas áreas geográficas o en algunas ramas de la actividad laboral.

Para la designación de tales comisiones deberá el Ejecutivo, por órgano del Ministerio del ramo, consultar la opinión de las organizaciones sindicales de patronos y de trabajadores de la industria o rama correspondiente, exigencia esta que no era requerida por la Ley derogada.

Cabe señalar que esta facultad que se le acuerda al Ejecutivo Nacional constituye una restricción al principio de la libre estipulación del salario entre las partes, limitación que se justifica por razones de protección social al trabajador y a su familia, singularmente frente a la galopante inflación.

En la generalidad de los casos el monto de tales fijaciones no alcanza a satisfacer las necesidades vitales del trabajador, por lo que con razón se ha dicho que esos salarios tienen más de mínimo que de vital.

¿QUE ES PROPIAMENTE LA REMUNERACION?

La anterior Ley del Trabajo no contenía propiamente una definición del salario, sino que era el Reglamento de dicha Ley en su artículo 106 el que lo establecía, disposición reglamentaria esta que la ley vigente amplía en concordancia con el concepto dominante de lo que en la doctrina y en la jurisprudencia hoy se considera que tiene carácter salarial.

A esos fines el legislador venezolano adoptó el sistema de señalar expresamente en el texto legal las retribuciones a las cuales le asigna carácter de salario y el de enumerar a la vez los ingresos a los que no le atribuye carácter salarial.

Este procedimiento ofrece la ventaja de obviar las contradicciones jurisprudenciales en que con frecuencia se ha incurrido en cuanto a la calificación de los beneficios, que deben conceptuarse salariales o no salariales a los fines de su estimación y cálculo en el pago de las diversas prestaciones laborales.

Ahora bien, hemos señalado que el artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo al definir lo que es salario acoge un concepto integral y considera entre las retribuciones que tienen carácter de salario a la participación en los beneficios o utilidades, el bono vacacional, los recargos legales o convencionales por días feriados y todo ingreso, provecho o ventaja que percibe el trabajador por causa de sus labores.

SALARIO NORMAL

Paralelamente con esta definición amplia del concepto salarial, el legislador venezolano también admite una noción más limitada del mismo para el cálculo de determinadas prestaciones que deben satisfacerse al trabajador como consecuencia de la relación del trabajo, calificándola de **salario normal**.

En tal sentido, los artículos 144, 145 y 146 de la ley disponen que para el cálculo de lo que corresponda al trabajador por causa de descanso semanal, días feriados, horas extras, trabajo nocturno, vacaciones y antigüedad se tomará como base el salario normal.

No define la ley lo que debe entenderse por salario normal, por lo que dicha definición será objeto de la reglamentación correspondiente, pero es indudable

que su sentido y alcance es el mismo que le asigna el artículo 154 del Reglamento de la Ley derogada, que lo conceptúa como “la retribución efectivamente devengada por el trabajador en forma regular y permanente en el tiempo inmediatamente anterior a la fecha de su terminación”.

LA PRÓPINA

En lo que respecta a la propina, el artículo 134 de la Ley Orgánica pauta que “en aquellos establecimientos en los que se acostumbra cobrar por los servicios un porcentaje por el consumo, tal recargo se computará en el salario de cada trabajador en la proporción que le corresponda, de acuerdo con lo pactado o el uso”.

“Si además del recargo a que se refiere este artículo o en lugar de él, el trabajador suele recibir de acuerdo con el uso local propinas voluntarias de los clientes, se considerará formando parte del salario el valor que para él representa el derecho a percibir esas propinas, el cual se estimará por la convención colectiva, por acuerdo bilateral, por el inspector o por el juez”.

Cabe observar que la propina es una retribución que el trabajador recibe del cliente y no del patrono, circunstancia esta por la que algunos fallos judiciales han sostenido el criterio de que la propina no constituía salario.

Ante la interrogante de si el patrono puede prohibir que sus empleados reciban propinas de los clientes a quienes atiende, puede afirmarse que en los casos en que la propina se haya venido dispensando de manera habitual sin objeción por parte del patrono la prohibición que éste pudiera impartir vendría a constituir una alteración sustancial a las condiciones implícitas de la relación laboral, pues dicha prohibición equivaldría a una reducción en el salario.

Al tenor de lo dispuesto por el artículo 66 de la Ley Orgánica del Trabajo la prestación de servicios en la relación de trabajo debe ser remunerada, y el artículo 132 *eiusdem* establece que el derecho al salario es irrenunciable y no puede cederse, total o parcialmente, a título gratuito ni oneroso.

El imperio de los preceptos citados da lugar al interrogante sobre si es lícito que el trabajador convenga con el patrono, en los casos de trabajo en bares,

restaurantes y establecimientos similares en recibir únicamente como remuneración por sus servicios las propinas que voluntariamente les dan los clientes a quienes atienden. En tal sentido se refieren casos de trabajadores que han llegado hasta negociar y pagar por los puestos donde trabajan en consideración de las propinas que pueden lograr.

La jurisprudencia laboral en el Uruguay ha dictaminado que "el elemento esencial de la relación de trabajo es la dependencia, caracterizada por la prestación de servicios a cambio de una remuneración, sea de la clase que fuese, aunque fuere la propina que dan los clientes".

Ahora, si bien es cierto que la propina constituye salario según nuestro ordenamiento legal, pensamos que por su naturaleza, al igual a como ocurre con las utilidades, es de carácter suplementario y que en el caso supuesto el patrono está legalmente obligado a satisfacerle un salario a tales trabajadores independientemente de la aleatoriedad de las propinas.

LIMITACIONES A LA LIBRE ESTIPULACION DEL SALARIO LABORAL

El legislador laboral, consecuente con el enunciado del artículo 87 de la Ley Orgánica, ha consagrado una serie de limitaciones a la voluntad de las partes en lo que respecta al principio de la libre estipulación del salario.

Disposiciones de esa índole con carácter imperativo son las referentes al salario mínimo; la de que a trabajo igual debe corresponder igual salario; la de que en cada clase de trabajo para fijar el monto del salario debe tomarse en cuenta la cantidad y calidad del mismo; la de que los aumentos de productividad en una empresa y las mejoras de producción dan derecho a una más alta remuneración para los trabajadores y la de que el salario debe ser suficiente para el sustento del trabajador y de su familia.

AUMENTOS SALARIALES POR VIA DE DECRETOS

Hemos puntualizado que de conformidad con lo previsto por el artículo 129 de la Ley Orgánica del Trabajo, el salario se estipula libremente entre las partes, tomando en consideración las normas y limitaciones pautadas por la misma ley.

Ahora bien, entre las novedades que en materia salarial presenta la Ley Orgánica figura el procedimiento establecido para acordar mediante decretos del Ejecutivo Nacional incrementos salariales en los casos de **aumentos desproporcionados del costo de vida**, con la finalidad de mantener el poder adquisitivo de los trabajadores.

A esos fines el Ejecutivo Nacional debe consultar previamente la opinión de los organismos más representativos de los trabajadores y de los patronos, al Consejo de Economía Nacional y al Banco Central de Venezuela, sin que la ley supedite la promulgación de tales decretos al hecho de que sea o no favorable el criterio de los mencionados organismos.

Esta providencia contemplada en el artículo 138 de la Ley Orgánica del Trabajo, ha dado lugar a controversias, siendo criterio generalizado el de que los aumentos de salario deben ser objeto de concertación entre las partes y no impuestos por vía ejecutiva. A este cuestionamiento se adelanta la disposición citada, pues en su encabezamiento señala que los aumentos y ajustes requeridos deben establecerse preferentemente mediante acuerdos.

Coincide con el citado artículo 138 lo previsto por el artículo 13 *eiusdem*, que dispone que el Ejecutivo Nacional tendrá las más amplias facultades para reglamentar las disposiciones legales en materia de trabajo y que podrá dictar Decretos o Resoluciones Especiales y limitar su alcance a determinada región o actividad del país.

En ejercicio de la referida facultad y atendiendo al clamor laboral en cuanto al progresivo decaimiento del poder adquisitivo del salario, el Ejecutivo Nacional dictó el 9 de mayo de este año el Decreto 1.590, acordando un incremento de un 15%. Ese decreto, de acuerdo con lo ordenado por el artículo 22 de la misma ley fue sometido a la consideración del Congreso Nacional para que éste decidiera **ratificación o suspensión**, atribución esta que en el caso específico es la que la ley le concede al Congreso.

Ahora bien, el Congreso por considerar insuficiente el aumento de un 15% se negó a ratificar ese decreto por lo que el Ejecutivo optó por dictar otro decreto acordando mayor aumento, medida esta que quedó definitivamente firme por no haber sido objetada por el Congreso.

La promulgación de dos decretos con fechas y aumentos diferentes hizo surgir interpretaciones disímiles en cuanto al monto y a la oportunidad en que debía comenzar la aplicación del incremento salarial, sosteniendo algunos que era la fecha del último decreto, mientras que otros se inclinaron por la aplicación sucesiva de ambos decretos: el primero desde su publicación en la Gaceta Oficial hasta la fecha de la publicación del decreto siguiente señalado con el N° 1.678, y este último, modificativo del anterior desde su publicación con fecha 7 de junio de 1991.

Según estos criterios, la cuantía del aumento salarial resulta variable y condicionada a las fechas de los respectivos decretos. Nosotros diferimos de ambas opiniones, pues pensamos que a los trabajadores debe pagárseles el aumento que determina el segundo decreto y que tal obligación empezó a surtir efecto desde la fecha del primer decreto, ya que desde ese momento quedó reconocido el derecho a un incremento salarial cuya satisfacción fue suspendida hasta su definitiva fijación que consagró el segundo decreto.

Además, tal interpretación la autoriza la aplicación del principio **dubio pro operario**, acogido en el artículo 59 de la Ley Orgánica del Trabajo.

EXCLUSIÓN DE LOS AUMENTOS PARA EL PAGO DE PRESTACIONES

El citado artículo 138 de la Ley Orgánica también faculta al Ejecutivo Nacional para establecer que los aumentos salariales que decrete en cuanto excedan del treinta por ciento (30%) del salario pueden ser o no considerados, en todo o en parte, del salario de base para el cálculo de las prestaciones y beneficios que puedan corresponderle al trabajador con ocasión de la terminación de la relación de trabajo.

De igual manera dispone que, aun cuando en la contratación colectiva el patrono se obligue a conceder aumentos salariales anuales que excedan del veinte por ciento (20%) de los salarios vigentes, pueden el sindicato y el patrono acordarse para que el exceso sobre el veinte por ciento del aumento no se cuantifique con carácter retroactivo a la fecha de dicho aumento. Estas previsiones responden a la misma finalidad perseguida de flexibilizar y facilitar los aumentos de salario sin que resulten demasiado gravosos para la economía empresarial.

LAS UTILIDADES COMO SALARIO

La práctica de hacer participar a los trabajadores en las utilidades netas de la empresa no es de fecha reciente, pues desde el siglo pasado se le ha venido considerando como un correctivo o medio complementario del salario y en reuniones internacionales se ha insistido en su mantenimiento. Característica de este beneficio es la de que el trabajador disfrute de las utilidades sin sufrir menoscabo en los casos de pérdida por parte de la empresa.

El procedimiento de conceder utilidades a los trabajadores se ha ido extendiendo progresivamente hasta llegar a ser establecido con carácter obligatorio en la mayoría de las legislaciones sociales, debiendo hacerse el distingo entre utilidades convencionales y utilidades legales.

En latinoamérica la Constitución mexicana de 1917 consagró la obligatoriedad en la participación de los trabajadores en las utilidades de la empresa, pero no fue sino hasta el año 1964, es decir, 47 años después cuando comenzó a hacerse efectiva esa disposición constitucional, mientras que Venezuela puede considerarse pionera en su aplicación, pues su institución ha venido operando en la práctica de manera ininterrumpida desde 1936 de conformidad con la Ley del Trabajo promulgada en ese año y el Decreto Ejecutivo de 1938 que la reglamentó.

Complemento de ese beneficio laboral lo constituye la Resolución N° 440 de fecha 20 de diciembre de 1947, emanada del Ministerio del Trabajo en la cual se estableció la obligación a cargo de las empresas que no hubieran obtenido utilidades en sus ejercicios anuales, de distribuir entre sus trabajadores una bonificación de quince días de salario, bonificación esta que ha sido comúnmente designada como aguinaldo de fin de año.

Ahora bien, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia ha sido motivo de honda discrepancia la consideración de si dicho beneficio tiene o no carácter de salario, siendo de observar que la OIT siempre se ha pronunciado atribuyéndole naturaleza salarial.

Los que objetan el carácter salarial aducen que por ser aleatoria, por su falta de fijeza en la cuantía y de seguridad en la percepción no coincide con los caracteres que tipifican el salario.

A este argumento, acogido en algunos fallos de los tribunales venezolanos, se le objeta que en el concepto que actualmente priva sobre lo que es salario la falta de fijeza en el recibo de ciertas percepciones no les quita ese carácter, criterio este que es el que ha acogido la Ley Orgánica del Trabajo al eliminar en la definición del salario las condiciones que antes exigía el Reglamento de la Ley derogada, en el sentido de exigir que el salario no debía ser aleatorio.

En el concepto hoy dominante de que las utilidades forman parte del salario cabe citar como antecedente jurisprudencial, la sentencia que con fecha 20 de setiembre de 1962 dictó el doctor José Rafael Mendoza como Juez del Trabajo del Estado Lara. A partir de ese fallo la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha sido pacífica en el sentido de atribuirle a las utilidades convencionales carácter salarial y, por consiguiente, que deben tomarse en consideración al efecto del pago de prestaciones.

La sentencia del Tribunal Supremo que acogió dicha tesis puntualizó en sus consideraciones, que la no aleatoriedad no es exigible en todos los elementos del salario y que existe la posibilidad de medios variables y contingentes en el mismo.

Cabe advertir que el aludido fallo se refiere exclusivamente a las utilidades convencionales, pues en cuanto a las utilidades legales la Corte Suprema de Justicia continuó pronunciándose en el sentido de que las utilidades legales no debían considerarse como salario. Con estos antecedentes el legislador venezolano identificó en el citado artículo N° 133 de la Ley Orgánica del Trabajo a las utilidades legales con las convencionales, disponiendo que la participación del trabajador en las utilidades de una empresa se considerará salario a los efectos del cálculo de las prestaciones e indemnizaciones que correspondan al trabajador con motivo de la terminación de la relación laboral.

Otra modificación que en materia de utilidades trae la Ley Orgánica del Trabajo lo es en cuanto al porcentaje a distribuir por las empresas entre sus trabajadores, ordenando que sea el 15% de los beneficios líquidos en vez del 10% que establecía la ley derogada y eleva a cuatro meses el límite máximo que antes era de dos meses. Dispone la ley a tal objeto que "se entenderá por beneficios líquidos la suma de los enriquecimientos netos gravables y de los exonerados conforme a la Ley de Impuesto sobre la Renta".

Este justificable mejoramiento en el porcentaje de utilidades que deben distribuir los patronos a sus trabajadores aparece cercenado por la misma disposición que lo consagra, pues ella establece que "el límite máximo para las empresas que tengan un capital que no exceda de un millón de bolívares o que ocupen menos de 50 trabajadores será de dos meses de salario".

Se advierte así que dicho aumento sólo beneficiará a una minoría de trabajadores, pues es sabido que la gran mayoría presta su relación laboral en empresas cuyo personal no llega a 50 trabajadores, algunas de las cuales obtienen cuantiosas utilidades que a veces superan a las de las empresas que utilizan numeroso personal. En efecto, de la cifra de 10.084 empresas manufactureras que figuran registradas en el **Anuario Estadístico de Venezuela-1987**, 8.693 de ellas, o sea, más del 86% no sobrepasa el número de 500 trabajadores.

Tal vez por entenderlo así fue por lo que el legislador añadió en ese mismo artículo un segundo párrafo que prevé que el monto del capital social y el número de trabajadores indicados podrán ser elevados por el Ejecutivo Nacional mediante Resolución Especial, oyendo previamente a los organismos más representativos de los trabajadores y de los patronos, al Consejo de Economía Nacional y al Banco Central de Venezuela. Pero con esta adición que faculta al Poder Ejecutivo para efectuar la reforma señalada se hace más precaria la situación anotada en detrimento de los trabajadores.

Otra innovación de la Ley Orgánica en cuanto al cómputo del salario base para la distribución de utilidades lo es respecto a los trabajadores con remuneración variable. En efecto, el artículo 37 de la Ley derogada establecía que en el caso de trabajadores contratados a destajo o por piezas, la base para el cálculo de las utilidades correspondientes era la suma de todos los salarios devengados por el trabajador durante los seis meses anteriores a la terminación del trabajo, mientras que en la nueva Ley, artículo 146, el lapso para promediar dicho salario se extiende todo el año anterior.

EXAMEN DE INVENTARIOS Y BALANCES

En cuanto al procedimiento a seguir para la determinación de la participación que le corresponda a los trabajadores en las utilidades generadas por la

empresa, la Ley Orgánica modifica el sistema anterior en el sentido de establecer que el organismo competente al respecto lo es la Administración del Impuesto Sobre la Renta, mientras que en la Ley derogada esa era atribución del Inspector del Trabajo.

Según la nueva ley debe entenderse por beneficios líquidos la suma de los enriquecimientos netos gravables y de los exonerados conforme a la Ley de Impuesto sobre la Renta y, a los efectos del cálculo y pago de este impuesto, la cantidad que el patrono distribuye entre los trabajadores por concepto de utilidades es deducible del enriquecimiento neto gravable obtenido en el ejercicio correspondiente.

Para el examen de los inventarios y balances de la empresa a fin de verificar la utilidad realmente obtenida, el artículo 156 del Reglamento de la Ley de 1986 disponía que la mayoría absoluta de los trabajadores de la empresa, o el sindicato al cual estuvieran afiliados 50 o más trabajadores, podían hacer la correspondiente solicitud ante la Inspectoría del Trabajo de su jurisdicción, siendo de señalar que la nueva ley, además de innovar con respecto al organismo ante el cual deberá formularse la solicitud, reduce a un 25% el porcentaje de afiliación sindical y dispone que a los efectos de la determinación de la mayoría absoluta no se tomarán en cuenta a los empleados de dirección ni los de confianza.

La innovación de sustituir a la Inspectoría del Trabajo por la Administración del Impuesto sobre la Renta para la verificación de utilidades por parte de las empresas, hace más viable el procedimiento inquisitorio en razón de la obligación legal que tiene el empresario de presentar ante dicho organismo sus balances y comprobantes a los fines del pago del impuesto correspondiente y por los medios técnicos y contables de que dispone dicha Administración, al contrario de lo que ocurre en las Inspectorías del Trabajo que carecen de recursos al respecto.

El establecimiento de este sistema de recurrir a la Administración del Impuesto sobre la Renta parece estar inspirado en la legislación chilena que sigue un procedimiento similar.

RETRIBUCIONES QUE NO CONSTITUYEN SALARIO

Hemos precisado que la Ley Orgánica del Trabajo en la definición de lo que es salario acogió el sistema de señalar expresamente las retribuciones que tienen carácter salarial y aquellas otras que considera que no forman parte del salario. A este respecto excluye del carácter salarial los beneficios siguientes:

- a) Las gratificaciones no relacionadas directamente con la prestación de trabajo que por motivos especiales conceda voluntariamente el patrono al trabajador.
- b) Los subsidios o facilidades que establezca el patrono para permitir al trabajador la obtención de bienes y servicios esenciales a menor precio del corriente.
- c) Los aportes patronales para el ahorro del trabajador en Cajas de Ahorros e instituciones similares.
- d) El reintegro al trabajador de los gastos hechos en el desempeño de sus labores.

En lo referente a gratificaciones hechas por el patrono no siempre es fácil en la práctica concretar su naturaleza, es decir, si se trata de una gratificación liberal o salarial, por lo que en cada caso es necesario analizar si corresponde o no a una contraprestación o retribución de servicios.

También es del caso observar que el artículo 136 de la Ley contempla la posibilidad del otorgamiento de primas de carácter social por concepto de antigüedad, asiduidad, responsabilidades familiares, economía de materias primas y otras circunstancias análogas, gratificaciones estas que aun cuando la ley no las incluye de manera expresa en la enumeración de los beneficios extrasalariales, tanto la doctrina como la jurisprudencia les atribuyan ese carácter.

Entre los reintegros que el patrono le hace al trabajador por gastos hechos en el desempeño de sus labores que no son de naturaleza salarial, figuran los viáticos, gastos de transporte, alojamiento y otros semejantes.

Ahora bien, tales reintegros no constituyen salario porque no le son dados al trabajador como retribución por sus servicios, sino que son la devolución o pago de erogaciones indispensables hechas por el trabajador en el cumplimiento de sus labores, cuya satisfacción no representa un beneficio económico para él. Pudiera asimilárseles con el suministro de los implementos de trabajo y útiles de seguridad cuyo valor no tiene carácter salarial, pero en los casos en que el trabajador recibe de manera permanente determinada cantidad por concepto de viáticos, alimentación, vivienda, etc., sin obligación de rendir cuenta de lo recibido, la doctrina y la jurisprudencia consideran que son retribuciones de índole salarial.

A MAYOR PRODUCTIVIDAD MAYOR SALARIO

Otra de las novedades que en materia salarial aporta la Ley Orgánica del Trabajo es la contemplada por el artículo 137, según el cual los aumentos de productividad en una empresa y la mejora de la producción causarán una más alta remuneración para los trabajadores.

Desde el punto de vista de la actividad económica resulta evidente que una mayor producción de bienes y servicios y el mejoramiento de su calidad incide favorablemente en todos los sectores de la economía, tanto empresarial como laboralmente, puesto que contribuye al abaratamiento de los artículos y al mayor consumo. Este incremento en la producción y consumo genera beneficios que permiten a los empresarios el aumento de los salarios y adecuación de las condiciones de trabajo.

Partiendo de esa premisa la Organización Internacional del Trabajo viene insistiendo en la necesidad de la racionalización de la productividad, procurando persuadir a los factores de la producción, vale decir, empresa y trabajadores, de las ventajas que entraña.

Entre las medidas señaladas a esos fines se insinúa una estrecha colaboración entre empresarios y trabajadores, exigiéndoles a éstos concientizarse y estimularse para lograr un mayor rendimiento, debiendo a su vez el empresario modernizar y mejorar sus instalaciones y sistemas de producción.

Como antecedente de este nuevo enfoque y relación interlaboral se cita un Convenio Colectivo de Trabajo celebrado por la General Motors con sus

trabajadores en el cual se llegó a un entendimiento entre las partes para la suspensión temporal del derecho de huelga a cambio del aumento de salario en relación con el aumento de la productividad.

La norma acogida por el legislador laboral en el citado artículo 137 dispone, que a esos fines deberán acordarse la empresa y sus trabajadores en cuanto a los planes y programas orientados al mejoramiento de la calidad del producto como la productividad, lo mismo que en cuanto a los incentivos para los participantes, según su contribución.

Es ésta una disposición progresista que de ser correctamente aplicada contribuirá al fomento de nuevos métodos de trabajo con beneficios de carácter general, incluso para la población consumidora.



**Algunas consideraciones sobre
el artículo 8º de la Ley Orgánica
del Trabajo, con referencia
a la inaplicabilidad
del llamado fuero sindical
a los funcionarios públicos**

Rómulo Parra Jara
Universidad Católica Andrés Bello

Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, N° 85
Universidad Central de Venezuela
Caracas, 1992



I. INTRODUCCION

II. ANALISIS DEL ARTICULO 8 DE LA LEY ORGANICA DEL TRABAJO.

A. Sujeción a la Ley de Carrera Administrativa para determinadas materias. Comentarios sobre ciertos aspectos. 1. El retiro y la estabilidad. 2. El régimen jurisdiccional. B. Carácter supletorio de las normas de la Ley Orgánica del Trabajo. C. El derecho a la negociación colectiva, a la solución pacífica de los conflictos y a la huelga. Límites.

III. RAZONES PARA QUE RESULTE INAPLICABLE A LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS LA SECCION SEXTA. CAPITULO II, TITULO VII DE LA LEY ORGANICA DEL TRABAJO. A. Regulación del régimen de la estabilidad en la Ley de Carrera Administrativa. B. Incompatibilidad e inutilidad de los artículos 449 y siguientes de la Ley Orgánica del Trabajo en el caso de los funcionarios públicos. C. Modificación del régimen jurisdiccional.

IV. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCION

La promulgación de la Ley Orgánica del Trabajo que, en su mayoría de disposiciones¹, entró en vigencia el 1º de mayo de 1991, ha significado un

¹En efecto, algunas disposiciones entraron en vigencia desde su publicación en la Gaceta Oficial (artículos 22, 23, 34, 128, 138, 172, 379, 381, 632 y 653) y otros (del 116 al 127, y el 658) el 1º de enero, por disponerlo así el artículo 665.

profundo cambio en el ámbito del Derecho aplicable a los funcionarios públicos. En efecto, su artículo 8º, si bien declara que éstos se regirán por las normas sobre carrera administrativa en determinados aspectos, estipula, por una parte que los empleados al servicio del Estado gozarán de los beneficios acordados por la Ley Orgánica del Trabajo en todo lo no previsto por las referidas normas del Derecho Funcionarial y, por otra, expresamente consagra que tendrán derecho a la negociación colectiva, a la solución pacífica de los conflictos y a la huelga, de conformidad con su Título VII.

Esto ha ocasionado que diversos sectores del funcionariado hayan presentado pliegos conflictivos y, en algunos casos, ido a la huelga. Algunos dirigentes sindicales, a su vez funcionarios públicos, han sido destituidos conforme al procedimiento disciplinario previsto en la Ley de Carrera Administrativa. No obstante, han alegado que tales normas no son aplicables, sino que ellos gozan del privilegio previsto en el artículo 451 de la Ley Orgánica del Trabajo, que se traduce en la obligación del patrono de solicitar del Inspector del Trabajo de la jurisdicción, la calificación de despido en forma previa; incluso, han intentado el respectivo procedimiento de reenganche. El objeto de estas notas es, pues, tratar de determinar cuál de las dos normativas -Ley de Carrera Administrativa² o Ley Orgánica del Trabajo- resulta aplicable en este problema, o si son compatibles. Para ello, analizaremos el contenido del artículo 8º de la citada Ley Orgánica, en los tres aspectos que éste contempla, a saber: la aplicación de la Ley de Carrera Administrativa en ciertas materias; la aplicación supletoria de la legislación laboral ordinaria; y el acceso de los funcionarios a las dos instituciones a las cuales éste se les había sido negado: contratación colectiva y huelga. A continuación analizaremos, a la luz de esas consideraciones, el problema concreto de la aplicabilidad o no al funcionario público de las normas contenidas en la Sección Sexta, Capítulo II, Título VII de la Ley Orgánica del Trabajo.

² Para facilitar la exposición, cuando nos referimos a la Ley de Carrera Administrativa, estamos incluyendo tanto la nacional, como las estatales y municipales (la mayoría de las cuales son casi copias de la primera), así como los estatutos especiales que se aplican a determinados trabajadores. Al citar algún artículo nos referimos a la Ley de Carrera Administrativa publicada en la *Gaceta Nacional* N° 1.745 Extraordinaria del 23/5/75.

II. ANALISIS DEL ARTICULO 8ºDE LA LEY ORGANICA DEL TRABAJO

La norma en comento señala textualmente:

"Los funcionarios o empleados públicos nacionales, estadales o municipales se regirán por las normas sobre Carrera Administrativa nacionales, estadales o municipales según sea el caso, en todo lo relativo a su ingreso, ascenso, traslado, suspensión, retiro, sistema de remuneración, estabilidad y régimen jurisdiccional; y gozarán de los beneficios acordados por esta Ley en todo lo no previsto en aquellos ordenamientos.

Los funcionarios o empleados públicos que desempeñen cargos de carrera, tendrán derecho a la negociación colectiva, a la solución pacífica de los conflictos y a la huelga, de conformidad con lo previsto en el Título VII de esta Ley, en cuanto sea compatible con la índole de los servicios que prestan y con las exigencias de la Administración Pública.

Los obreros al servicio de los entes públicos estarán amparados por las disposiciones de esta Ley".

No nos referiremos al origen de esta disposición, no contemplada en la ley que se derogó, ni a sus vicisitudes a lo largo de la discusión del entonces proyecto de Ley Orgánica en el Congreso. Ambos aspectos son ampliamente analizados por De Pedro, a cuya consulta remitimos³.

Nuestro enfoque se orientará a la exégesis de la disposición que, a nuestro juicio, comprende tres aspectos, a saber: en primer lugar, el principio general según el cual los funcionarios públicos se regirán por las respectivas normas sobre carrera administrativa en todo lo relativo a su ingreso, ascenso, traslado, suspensión, retiro, sistemas de remuneración, estabilidad y régimen jurisdiccional. En segundo lugar, que dichos trabajadores gozarán de los

³ "Los funcionarios públicos en la nueva Ley Orgánica del Trabajo". En: *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 42. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 1991, p. 116.

beneficios acordados por esta ley en todo lo no previsto en aquellos ordenamientos. Y, por último, la consagración expresa del derecho a la negociación colectiva y a la huelga.

A. *La Ley de Carrera Administrativa como ley principal*

La Ley Orgánica del Trabajo da a los funcionarios públicos un tratamiento casi idéntico al de los demás trabajadores que se rigen por disposiciones especiales, como es el caso de los menores, los conserjes, los trabajadores rurales, etc. En efecto, para uno y otro caso, existen determinadas normas de excepción que regulan a cada una de esas categorías, aun cuando supletoriamente son aplicables las normas de carácter general, en todo lo no previsto por las primeras. La diferencia estriba en que, en el caso de los funcionarios públicos, la Ley Orgánica del Trabajo remite a disposiciones contenidas en otra ley, mientras que en el supuesto de los demás regímenes especiales, las normas particulares están comprendidas en la propia Ley Orgánica. El remitir a otra ley, sin embargo, no es un caso extraño en la legislación laboral venezolana. Así, por ejemplo, la Ley de 1936 remitía la regulación de los trabajadores rurales, a un reglamento que dictaría el Ejecutivo Nacional.⁴

Un primer aspecto a resaltar es, pues, la enumeración de materias que se rigen por la Ley de Carrera Administrativa: ingreso, ascenso, traslado, suspensión, retiro, sistema de remuneración, estabilidad y régimen jurisdiccional. Como bien señala Rondón de Sansó,⁵ esto se corresponde con el artículo 122 de la Constitución, el cual señala que “la ley establecerá la carrera administrativa mediante las normas de ingreso, ascenso, traslado, suspensión, retiro de los empleados de la Administración Pública Nacional”, aun cuando la norma legal agrega tres aspectos adicionales (sistema de remuneración, estabilidad y régimen jurisdiccional). Esta disposición constitucional había sido interpretada por un amplio sector de la doctrina como una imposición al legislador, en el

⁴ Dicho Reglamento fue promulgado el 4 de mayo de 1945 y derogado en 1973 por el Reglamento de la Ley del Trabajo.

⁵ “El funcionario público y la Ley Orgánica del Trabajo”. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1991, p. 69.

sentido de que estas materias debían regularse en una ley especial, diferente de la Ley del Trabajo.⁶

Se discutía si la referida ley debía tratar otros aspectos o sólo éstos. Había quienes opinaban que la remisión a esta "Ley especial" se refería sólo a los expresamente indicados, quedando el Estado libre de acordar con sus empleados condiciones contractuales para las demás vicisitudes de su relación.

La posición que adopta la Ley Orgánica del Trabajo, ratifica la tesis de la necesidad de una ley especial por lo menos para algunos aspectos, aun cuando no es totalmente clara en cuanto al segundo punto discutido, como explicaremos más adelante.

A los fines de la resolución del problema planteado, nos referiremos sólo a algunos de los elementos antes mencionados, en la medida en que tengan relación con éste.

1. El retiro y la estabilidad

Aun cuando tanto la Constitución como la Ley Orgánica del Trabajo se refieren a estos elementos por separados, los analizaremos conjuntamente, dada la íntima relación que existe entre ambos.

En primer lugar, metodológicamente conviene anotar que el concepto **retiro** tiene una acepción diferente en la Ley de Carrera Administrativa y en la Ley Orgánica del Trabajo.

En efecto, en la primera, el término se refiere al egreso del funcionario de la administración pública, por cinco causas, según establece el artículo 53:

- *Renuncia del funcionario debidamente aceptada.*
- *Reducción de personal (de acuerdo a unas razones y a un procedimiento determinado).*
- *Invalidez.*
- *Jubilación.*
- *Destitución, conforme a las causales que establece la propia ley.*

⁶ Procuraduría General de la República: "20 años de doctrina de la Procuraduría General de la República. 1962-1981". Tomo II, p. 170 y ss. Caracas, 1984.

El término **retiro** en la Ley de Carrera Administrativa se asemeja más al que en el Derecho del Trabajo se conoce como “causas de terminación de la relación laboral por voluntad de las partes” (salvo por lo que respecta al supuesto de la invalidez). En efecto, no se incluyen otras causas de terminación ajenas a la voluntad de una o ambas partes, como son la muerte del trabajador, la quiebra culposa (figura no aplicable en esta materia) y, en general, aquellos supuestos de caso fortuito o fuerza mayor que impiden definitivamente la continuación de la prestación del servicio..

Por el contrario, en el derecho laboral se entiende por “retiro”, la manifestación unilateral de voluntad del trabajador de poner fin a la relación de trabajo,⁷ ya sea por causas justificadas o no, que se corresponde con la figura de la renuncia prevista en el estatuto funcional, aun cuando en aquél no se requiere la aceptación por parte del empleador.

Surge entonces una primera dificultad. A los fines del estudio, ¿qué debemos entender por retiro? La respuesta lógica sería que si una ley orgánica remite a una ley ordinaria para la regulación de determinada materia, el alcance de ésta debe estar definida por la primera; de lo contrario, la ley ordinaria estaría ampliando el elenco de materias, en contravención con la ley orgánica. No obstante, la remisión no es sólo de la Ley Orgánica, sino que la propia Constitución (artículo 122) reenvía a la Ley de Carrera Administrativa para la figura del retiro, por lo que éste estará entonces definido por la última ley citada.

Sin embargo, desde el punto de vista práctico esto no tiene relevancia, suponiendo que la norma de la Ley de Carrera Administrativa no sufriera modificaciones. En efecto, dos de las causas previstas en el artículo 53 (reducción de personal y destitución) están comprendidas dentro de la institución de la estabilidad, y las dos restantes (invalidez y jubilación) están reguladas por otra ley especial, de igual naturaleza, por disponerlo así el artículo 2º de la Enmienda N° 2 de la Constitución.⁸

⁷ Artículo 100 de la Ley Orgánica del Trabajo.

⁸ Gaceta Oficial N° 3.357 Extraordinario del 2 de marzo de 1984.

Esto nos lleva entonces al análisis del término “estabilidad” que define Alfonzo-Guzmán en sentido estricto, “como una garantía de permanencia en el empleo, o, más amplia y correctamente, como el derecho del trabajador a mantenerse en la misma situación jurídica, económica y social que posee en la empresa por efecto del cargo que en ella desempeña”.⁹

Como sabemos, la estabilidad puede ser absoluta o relativa. La primera supone la imposibilidad de despedir al trabajador sin que exista causa justificada, calificada previamente por la autoridad competente, mientras que la segunda permite el despido siempre y cuando el patrono cancele al trabajador una indemnización que la ley establece, como consecuencia del abuso de derecho que constituye esta decisión.¹⁰ A su vez, se distingue entre la estabilidad absoluta propiamente dicha y la estabilidad absoluta temporal, conocida como “inamovilidad”, y que protege al trabajador mientras subsistan ciertas circunstancias. El supuesto típico es el de los miembros de la junta directiva de un sindicato; en el número y por el lapso establecido en el artículo 451 de la Ley Orgánica del Trabajo, y que prevén similarmente otras legislaciones.¹¹

En cuanto al grado de protección que dichas figuras otorgan al trabajador, diremos que en primer lugar se sitúa la estabilidad absoluta propiamente dicha, que contempla el mayor nivel de protección, luego la inamovilidad y, por último, la estabilidad relativa, haciendo la salvedad de que algunos trabajadores no gozan de ninguna de ellas.¹²

En el caso de la Ley de Carrera Administrativa, la estabilidad tiene otro tipo de regulación; así, ella distingue dos aspectos:

a. La destitución, que consiste en el acto emanado del funcionario que hizo el nombramiento, previo el estudio del expediente elaborado por la respectiva

⁹ “Estudio analítico de la Ley del Trabajo venezolana”. Tomo I, p. 611. Contemporánea de Ediciones. Caracas, 1985.

¹⁰ CABANELAS, Guillermo “Tratado de Derecho Laboral”. Tomo II, Volumen 2, p. 597. Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1988.

¹¹ Como la española, por ejemplo. V. Alonso Olea, Manuel y María Emilia Casas Baamonde. “Derecho del Trabajo”. pp. 641 y 642. Universidad de Madrid - Facultad de Derecho. Madrid, 1991.

¹² Tal es el caso, por ejemplo, de los trabajadores de dirección y de aquellos con menos de tres meses al servicio del patrono (artículo 112 de la Ley Orgánica del Trabajo).

oficina de personal, mediante el cual se retira de la administración al afectado, con base en unas causales graves, contenidas en el artículo 62. La destitución es, pues, la sanción más drástica aplicable dentro de lo que se ha llamado el régimen disciplinario, pues se le “retira” de su situación activa.

Esta figura puede enmarcarse dentro del concepto de estabilidad absoluta. En efecto, para que proceda la destitución de los funcionarios de carrera, deben existir las causas previstas en el citado artículo 62. En segundo lugar, debe seguirse un procedimiento disciplinario, regulado con detalle en los artículos 112 y siguientes del Reglamento General de la Ley de Carrera Administrativa, que obliga, por una parte, a la sustanciación de un expediente y, por la otra, a que se le conceda al interesado la posibilidad de ejercer su derecho a la defensa. Del acto de destitución puede recurrirse -agotada la vía conciliatoria prevista en el artículos 14 y siguientes de la Ley últimamente citada- para ante el Tribunal de la Carrera Administrativa. Si éste considera que no se tipificó la causal alegada, ordenará el reingreso y el pago de los sueldos caídos.

b. La reducción de personal, que si bien no constituye en puridad de criterios una forma de estabilidad en un sentido sustantivo, establece una garantía para el funcionario, en el sentido de que deben cumplirse varios requisitos para que proceda. Se trata del reconocimiento de un hecho que no es del todo responsabilidad de la Administración y que se origina en limitaciones financieras, reajustes presupuestarios, modificación de los servicios o cambios en la organización administrativa. Entre otras formalidades, cuyo incumplimiento vicia de nulidad el acto de retiro, cabe resaltar la aprobación del Presidente de la República, en Consejo de Ministros (no simplemente, como reza la norma, del “Consejo de Ministros”).

La Ley de Carrera Administrativa regula, pues, la figura de la estabilidad absoluta, mas no el de la inamovilidad ni el de la estabilidad relativa. La razón de esta no regulación es muy sencilla: habiendo garantizado a todo funcionario de carrera el derecho a no ser destituido sin causa justa, no tiene sentido regular otras figuras que son contradictorias -como la estabilidad relativa- o innecesarias, como la inamovilidad. Simétricamente, la Ley Orgánica del Trabajo al consagrar la estabilidad relativa excluye el tratamiento de la estabilidad absoluta, aun cuando consagra la inamovilidad.

2. El régimen jurisdiccional

Otro de los aspectos, que la Ley Orgánica del Trabajo remite expresamente a regulación por parte de la Ley de Carrera Administrativa, es el del régimen jurisdiccional. Como sabemos, la Ley Orgánica del Trabajo, así como la Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos del Trabajo consagran la jurisdicción de los tribunales del trabajo -los de Primera Instancia, los Superiores y la Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo- para conocer de las reclamaciones que formulen los empleados u obreros.

Por el contrario, la Ley de Carrera Administrativa, crea un tribunal especial, con el carácter de contencioso-administrativo.

Es curioso observar que el legislador agregó este aspecto, no incluido en el citado artículo 122 de la Constitución. ¿Por qué? Pudiera pensarse que el legislador no quiso adoptar la posición exactamente contraria a la sostenida por la doctrina y por los tribunales administrativos venezolanos, que consideraban el régimen del funcionario público como estatutario, de Derecho Público, en el cual el Estado fijaba unilateralmente las condiciones de prestación de servicio. Una de las consecuencias lógicas de esta teoría era que los actos de la administración referidos a esta materia fuesen revisados no por los tribunales de Derecho Privado, sino por la jurisdicción contencioso-administrativa.

Decimos que el legislador no adoptó una posición diametralmente contraria, pues si bien permite la contratación colectiva en algunas materias, mantuvo el mismo sistema de revisión judicial. Hubiese podido, por el contrario, someter las controversias originadas por la relación de empleo público a los tribunales laborales. No obstante, tampoco adopta la tesis estatutaria; de lo contrario, no habría consagrado expresamente el derecho a la contratación colectiva de los funcionarios del Estado. Pareciera entonces ubicarse en una posición intermedia, que consideramos se asemeja a la teoría (que compartimos) según la cual la relación funcional tiene como naturaleza jurídica la de un contrato administrativo, en el cual la administración goza de ciertas prerrogativas pero la voluntad del particular posee de cierta importancia.¹³

¹³ MARIENHOFF, Miguel: *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo III-B, p. 6 y siguientes. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1983.

B. *El carácter supletorio de las normas de la Ley Orgánica del Trabajo en el ámbito de la relación de empleo público*

Como hemos venido señalando, el citado artículo 8º remite a la Ley de Carrera Administrativa para determinadas materias y supletoriamente a la Ley Orgánica del Trabajo en todo lo no previsto en aquellos ordenamientos. Esta relación simbiótica, Ley de Carrera Administrativa-Ley Orgánica del Trabajo presenta, sin embargo, algunas interrogantes:

1. En primer lugar, ¿significa que la Ley de Carrera Administrativa sólo puede regular los aspectos expresamente enumerados, a saber: ingreso, ascenso, traslado, suspensión, retiro, sistema de remuneración, estabilidad y régimen jurisdiccional? Tal parece ser la posición de De Pedro.¹⁴ A su vez, Rondón de Sansó¹⁵ adopta una posición contraria.

A nuestro juicio, la remisión del legislador es para esos aspectos en particular, dada la relación especial Estado-funcionario público. Sin embargo, nada obsta para que la Ley de Carrera Administrativa pueda regular otras materias, siempre que lo haga de forma tal que establezca mejores condiciones a las estipuladas por la Ley Orgánica del Trabajo.

2. A su vez, ¿significa que una ley laboral puede regular dichos aspectos reservados, en caso de que la Ley de Carrera Administrativa no lo haga? Creemos que no. De lo contrario, la remisión no tendría sentido. De igual forma, ¿puede regular aspectos no indicados en la lista pero que igualmente estén regulados por la ley estatutaria? De producirse este conflicto real de normas, somos del criterio que se aplique la más favorable, conforme lo prevé el artículo 59 de la Ley Orgánica del Trabajo.

Lo que sí no parece tener discusión es que no se pueden aplicar las normas de la Ley Orgánica del Trabajo para las materias expresamente indicadas en el artículo 8º y regulados por la Ley de Carrera Administrativa.

¹⁴ Op. cit.

¹⁵ Op. cit.

C. *El derecho a la negociación colectiva, a la solución pacífica de los conflictos y a la huelga*

El tercer aspecto que resalta el ya varias veces citado artículo 8, se refiere a la consagración expresa del derecho a la negociación colectiva, a la solución pacífica de los conflictos y a la huelga.

La primera interrogante que surge al analizar esta afirmación es de si era una norma necesaria o su enunciado se infería, sin que debiese constar expresamente, de la aplicación supletoria de las normas de Derecho del Trabajo y de la no enunciación expresa de esas instituciones en la materia de la reserva de la Ley de Carrera Administrativa. Creemos que, de no haberse incluido la norma, supletoriamente se hubiese aplicado la legislación laboral a esta materia del llamado Derecho Colectivo del Trabajo, por interpretación del primer párrafo del citado artículo 8º.

No obstante, la norma no es innecesaria, sino todo lo contrario. En efecto, por una parte, establece limitaciones al ejercicio de tales derechos: la primera de ellas se refiere a que sólo disfrutan de ellos “los funcionarios o empleados públicos que desempeñen cargos de carrera”, luego los funcionarios de libre nombramiento y remoción no gozan sino de la aplicación supletoria de las demás normas de la Ley Orgánica del Trabajo, excluidas la negociación colectiva y la huelga.

Por otra parte, supedita el ejercicio de esos derechos (a los funcionarios que los poseen, es decir, a los de carrera) “en cuanto sea compatible con la índole de los servicios que prestan y con las exigencias de la Administración”. La definición de compatibilidad puede, a nuestro juicio, a falta de una determinación específica, plantearse en el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, o en la Ley de Carrera Administrativa y sus Reglamentos, o desprenderse de ellas. A su vez, dichos textos pueden, dentro del mismo espíritu de la excepción, establecer peculiaridades requeridas precisamente por la índole de los servicios prestados y las exigencias de la administración. Tal es el caso del Reglamento Parcial de la Ley Orgánica del Trabajo para negociar las Convenciones Colectivas de Trabajo de los Funcionarios o Empleados, al Servicio de la Administración Pública Nacional.¹⁶

¹⁶ Gaceta Oficial N° 34.743 de 26/6/91.

Un segundo interrogante se refiere a qué pasa con la sindicación de los funcionarios públicos, no indicada en la norma. Una primera interpretación pudiese ser que, al no incluirse, la intención del legislador fue la de prohibir ese derecho para los funcionarios, interpretación que choca con los principios constitucionales. Una segunda opinión pudiese ser que la Ley Orgánica remite en esa materia a la Ley de Carrera Administrativa. Otra interpretación, que nosotros compartimos, es la de que el legislador, al no mencionar esta institución, lo que quiso fue no establecer para ella las limitaciones (sólo funcionarios de carrera y en la medida de lo compatible) que estipulaba para la negociación colectiva y la huelga. Esta posición se enmarca dentro de lo que ha sido nuestra tradición legislativa y doctrinaria. En efecto, aun los más férreos defensores de la teoría estatutaria nunca han considerado la sindicación de los funcionarios públicos como una amenaza a la supremacía absoluta de la Administración en las relaciones con los funcionarios. Cabe recordar que los sindicatos no sólo tienen como objetivos el negociar contratos colectivos o participar en conflictos colectivos.¹⁷

III. RAZONES PARA QUE RESULTE INAPLICABLE A LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS LA SECCION SEXTA, CAPITULO II, TITULO VII DE LA LEY ORGANICA DEL TRABAJO

El conjunto de normas últimamente citado se refiere a la consagración de la inamovilidad para ciertos trabajadores:

- Los promotores de un sindicato (artículo 450).
- Los miembros de la junta directiva del sindicato, en un número que varía entre siete y doce (artículo 451). Esto es lo que en sentido estricto debería conocerse como fuero sindical, aunque la Ley Orgánica del Trabajo, siguiendo a otras legislaciones le da una concepción más amplia, asignándole su nombre a toda la sección.

¹⁷ DE BUEN L., Néstor: "Derecho del Trabajo". Tomo II, p. 703. Editorial Porrúa, S.A., México, 1990.

- Todos los trabajadores mientras se realizan elecciones sindicales (artículo 452), o mientras esté tramitándose una negociación colectiva o un conflicto de trabajo (artículos 458 y 520).
- Los llamados directores laborales (artículo 617).

La ley consagra otros casos de inamovilidad que no se enmarcan, sin embargo, dentro del concepto amplio de fuero sindical, aunque se traman en base al mismo procedimiento. Tal es el caso de la mujer embarazada o adoptante y de los supuestos de suspensión de la relación de trabajo (artículos 384 y 96).

Ha surgido la duda de si estas normas sobre fuero sindical son aplicables o no a los funcionarios públicos. Creemos que no, por las razones que explicaremos a continuación.

A. Regulación del régimen de la estabilidad en la Ley de Carrera Administrativa

Como hemos mencionado anteriormente, la Ley Orgánica del Trabajo remite expresamente al estatuto funcionarial para la regulación de la materia de la estabilidad y el retiro. En este sentido, este último consagra expresamente una estabilidad absoluta para los funcionarios de carrera. Al ser una de las materias enumeradas en el primer párrafo del artículo 8º de la Ley Orgánica del Trabajo y expresamente regulada por la Ley de Carrera Administrativa, no cabe la aplicación de la primera, de acuerdo con las consideraciones hechas en el punto II-B (ver **supra**).

B. Incompatibilidad e inutilidad de los artículos 449 y siguientes de la Ley Orgánica del Trabajo en el caso de los funcionarios públicos

En el supuesto negado que aceptáramos la posibilidad de aplicación supletoria de estas normas, vemos que tampoco es procedente. En efecto, la inamovilidad lo que persigue es proteger con una estabilidad absoluta temporal a ciertos trabajadores que, de lo contrario, gozarían sólo de estabilidad relativa. Sin embargo, en el caso de los funcionarios públicos de carrera, ellos gozan ya, como explicáramos (ver **supra**, punto II-A-1), de una estabilidad absoluta, no temporal, sino permanente. No tiene sentido, pues, aplicar nociones de inamovilidad a trabajadores que gozan de estabilidad absoluta plena.

C. Modificación del régimen jurisdiccional

Otro argumento en contra de la aplicación del fuero sindical a los funcionarios públicos es que sometería el asunto al conocimiento de un juez que no es el natural. En efecto, por remisión del artículo 8º y por regulación expresa de la Ley de Carrera Administrativa, las controversias surgidas por la relación administración-funcionario, deben ser resueltas por un juzgado contencioso-administrativo especial, que la ley últimamente citada crea con el nombre de Tribunal de la Carrera Administrativa. Por el contrario, de seguirse el procedimiento establecido en los artículos 453 y siguientes de la Ley Orgánica del Trabajo, correspondería conocer del asunto, en sede administrativa, al inspector del trabajo de la jurisdicción (su decisión, conforme al artículo 453, agota la vía administrativa). A su vez, este acto es recurrible ante los tribunales del contencioso-administrativo, pero no al especial de la carrera administrativa, sino al general, esto es, a la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, de acuerdo a la distribución competencial que establece la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo a la interpretación que le ha dado el Máximo Tribunal. De tal forma, se estaría modificando el tribunal natural para conocer de este tipo de controversias.

IV. CONCLUSIONES

A. El artículo 8º de la Ley Orgánica del Trabajo consagra un nuevo régimen para los funcionarios públicos, de carácter “mixto”: por un lado remite a la Ley de Carrera Administrativa para ciertos aspectos: ingreso, ascensos, traslado, suspensión, retiro, sistema de remuneración, estabilidad y régimen jurisdiccional, aunque permite la aplicación supletoria de la normativa laboral en todo lo no regulado por la segunda ley mencionada.

B. Dicha Ley de Carrera Administrativa pudiese tratar otras materias además de las señaladas, pero sólo en mejores condiciones que las establecidas en la Ley Orgánica del Trabajo. Sin embargo, la citada ley orgánica no podría aplicarse a las materias que expresamente remite a la primera.

C. Si bien la Ley Orgánica del Trabajo no remite a la Ley de Carrera Administrativa para la negociación colectiva y la huelga, limita la aplicación de sus normas en esas materias en ciertos aspectos: sólo son aplicables a los

funcionarios de carrera, y de acuerdo a la compatibilidad y exigencias de la Administración Pública.

D. En el caso de las normas sobre fuero sindical (Sección Sexta, Capítulo II, Título VII), éstas no son aplicables a los funcionarios públicos. En efecto:

1. La estabilidad es una materia que la Ley Orgánica del Trabajo remite expresamente a la de Carrera Administrativa, y que además, ésta regula en profundidad. No cabe, entonces, la aplicación supletoria de las normas de la citada Ley Orgánica.
2. Por otra parte, la Ley de Carrera Administrativa consagra la estabilidad absoluta para los funcionarios de carrera. Resulta innecesario e inadecuado aplicarle normas de inamovilidad, cuando reciben mayor protección por la vía de la estabilidad absoluta.
3. Por último, de aplicarse las normas de fuero sindical, se estaría modificando la jurisdicción natural, esta es, la del Tribunal de la Carrera Administrativa. En efecto, las decisiones del Inspector de Trabajo son revisables por los tribunales contencioso-administrativo ordinarios.



Los funcionarios públicos y la Ley Orgánica del Trabajo. El galimatías del Artículo 8

Humberto Villasmil Prieto
Profesor de Derecho del Trabajo
Universidad Católica Andrés Bello

Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, N° 85
Universidad Central de Venezuela
Caracas, 1992



Sumario: I. Introducción. II. Sobre la inconstitucionalidad del Artículo 8 propuesto por la comisión bicameral. Razones de conveniencia legislativa. III. Los problemas que cabe esperar de la remisión a la LOT. Remisión y reenvío. El galimatías del Artículo 8. IV. La posición de la CTV. V. El reglamento parcial de la LOT para negociar las condiciones colectivas de trabajo de los funcionarios o empleados al servicio de la Administración Pública Nacional.

I. INTRODUCCION

La vigencia de la Ley Orgánica del Trabajo respecto de los funcionarios públicos, su alcance individual o colectivo, el tenor de la remisión a la Ley de Carrera Administrativa de 1970, no es más que expresión de la tendencia a la laboralización de la función pública, frente a la recreación de tesis estatutarias, en el escenario de la cada vez mayor distancia entre los hechos y las normas jurídicas en vigor¹.

Las marchas y retrocesos del Proyecto de Ley Orgánica del Trabajo (1985) hasta la sanción de la Ley Orgánica del Trabajo (1990) no deja ver ideas muy

¹ CORDOVA, Efrén: "Relaciones Laborales en la Función Pública en América Latina". Revista Internacional del Trabajo. Vol 99, núm. 3, Julio-septiembre de 1980. "En todas partes se aceptaba que el empleo público era de naturaleza estatutaria y que ello lo separaba claramente de las relaciones contractuales que caracterizan el empleo privado. Se consideraba, además, que el empleo público nacía de un acto administrativo de imperio y que ello determinaba el carácter de los derechos y obligaciones que de ese acto emanaban y explicaba la preferencia por los enfoques jerárquicos y por la fijación unilateral de las condiciones de empleo. Todo ello dio lugar a una corriente que "publiciza" las relaciones laborales y rechaza de plano que los servidores públicos puedan agruparse y tratar al gobierno como un simple empleador". op. cit. p. 316.

claras sobre el origen y alcance de la regulación que para los funcionarios públicos se persigue. Con todo y que el propio Artículo 1 de la Ley aprobada que establece como ámbito de regulación el "trabajo como hecho social" pareciera anunciar un estatuto laboral único; situación que inmediatamente se desvanece ante la ausencia de normas sobre el trabajo penitenciario, por ejemplo, sobre el sector informal urbano del empleo o el ámbito final de vigencia respecto de los propios funcionarios públicos, a los que luego referiremos con detenimiento.

Al final, el programa legislativo anunciado en el Artículo 1 de la LOT no se ve confirmado en un texto que, en el fondo, sigue en la práctica asumiendo al trabajo dependiente y subordinado, como objeto específico del Derecho del Trabajo y por tanto, de su regulación sustantiva (Cfr. Art. 39 LOT).

Respecto de los funcionarios públicos, el largo camino de marchas y retrocesos se inicia con el Anteproyecto de Ley de 1985. Entonces se estableció que los funcionarios o empleados públicos se regirían por las disposiciones de la Ley de Carrera Administrativa y su reglamentación, mientras que los obreros al servicio de la República, los estados, los municipios y los institutos autónomos, estarían protegidos por la Ley del Trabajo y su Reglamento. Con ello, salvo la expresa referencia a los Institutos Autónomos, no hay variación respecto del régimen sancionado en el Artículo 6 de la ley derogada, en cuanto hace al reconocimiento de dos regímenes de trabajo dependientes en Venezuela: en de la Ley del Trabajo y el de la Función Pública². No obstante, estableció el anteproyecto y así se apartó del régimen del Artículo 6 de la Ley de 1936 con sus reformas, que la Ley del Trabajo ampararía a los profesionales liberales que prestasen servicios de educación y salud y otros semejantes, siempre que no ejerciesen funciones jerárquicas de dirección o de administración. Disposición semejante justificó plenamente las reservas derivadas del carácter "liberal" de ciertos profesionales al servicio de la administración -incompatible con su condición de asalariados- y más aún, la pregunta sobre tal especificidad a favor de los que presten servicios en el sector salud o educación y su evidente signo discriminador respecto de empleados que ejerciesen funciones en otro tipo de servicios. Por

² Cfr. MARÍN QUIJADA, Enrique: "Problemas Jurídicos del Proyecto de Ley Orgánica del Trabajo". Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. ucv, núm. 77, 1990.

qué esos y no otros; pues porque en el fondo jugó un obvio reconocimiento de la larga tradición de negociación colectiva de condiciones de trabajo en el sector salud (médicos o bioanalistas al servicio del MSAS o del IVSS) y del magisterio, con el Ministerio de Educación, de lo que habría dado cuenta, antes, la propia Ley Orgánica de Educación y la Ley de Ejercicio de la Medicina, entre otras³.

En sentido coincidente, leyes de creación de algunos institutos autónomos habían establecido con anterioridad, que sus empleados no serían considerados empleados públicos y se regirían por la Ley del Trabajo y su Reglamento⁴.

El proyecto de ley giró sustancialmente respecto del régimen vigente hasta 1990, o al menos eso pretendió, al punto de establecer en su Artículo 8, parágrafo 1, que los trabajadores de los institutos autónomos de carácter empresarial, declarados como tales por el Ejecutivo Nacional, estarían protegidos por las disposiciones de esta ley -Ley del Trabajo- y su reglamentación, en cuanto sea compatible con la índole de los servicios que prestan y con las exigencias de la Administración Pública. Esta matización, de claro signo restrictivo, si bien se lee en el Artículo 6 de la Ley derogada (1936), lo fue de modo específico por lo que respecta a los obreros al servicio de la nación, los estados y las municipalidades. Con todo, reaparece en el texto final del Artículo 8, pero por lo que respecta al ejercicio de los derechos colectivos en la función pública -en cuanto sea compatible con la índole de los servicios que prestan y con las exigencias de la Administración Pública- con lo que surge una situación nueva sobre la cual insistiremos luego.

Mantiene el proyecto la referencia expresa a los profesionales liberales que presten servicios a la administración -ya no exclusivamente los del sector salud del magisterio- siempre que no ejerzan funciones de dirección o administración, sin perjuicio -y aquí se admite la aplicación supletoria de la ley Estatutaria- de la aplicación de las normas de la Ley de Carrera Administrativa que les sean más favorables.

Por fin, el proyecto mantuvo la regulación del trabajo de los funcionarios o empleados públicos y también la remisión a la Ley de Carrera Administrativa

³ Cfr. Art. 86, Ley Orgánica de Educación (1980); Art. 72, Ley de Ejercicio de la Medicina (1982) y Art. 15 Ley de Ejercicio de la Farmacia (1978).

⁴ Artículo 37, Ley de Creación del Instituto Postal Telegráfico (IPOSTEL), (1978).

y su reglamentación, si bien eliminó la referencia a los institutos autónomos empresariales, por cierto inexistentes, al menos legislativamente, en el Derecho venezolano.

De otro lado, estableció el proyecto que los trabajadores de los institutos autónomos estarían protegidos por la Ley del Trabajo y su Reglamento, en cuanto fueren compatibles con la índole de los servicios que prestan y las exigencias de la Administración Pública. Igual protección por la Ley del Trabajo anuncia el proyecto para los obreros al servicio de la República, los estados, municipios e institutos autónomos y otros entes de la administración descentralizada, al tiempo que mantiene la expresa referencia genérica a los profesionales liberales que presten servicios a la Administración Pública, «siempre que no ejerzan funciones de dirección o administración⁵.

El proyecto mantiene pues, clara distinción de dos regímenes de trabajo para el sector público: el de la Función Pública y el del Sector Público no funcionarial regido por la Ley del Trabajo, con la inseguridad que cabe deducir por los cambios sustanciales producidos a lo largo del proceso de

⁵ Texto del Anteproyecto de 1985: *"Los Funcionarios o Empleados Públicos se regirán por las disposiciones de la Ley de la Carrera Administrativa y su Reglamentación. Los obreros al servicio de la República, los Estados, los Municipios y los Institutos Autónomos, estarán protegidos por esta Ley y su Reglamentación. Así mismo, lo estarán los profesionales liberales que presten servicio de educación, salud y otros semejantes, siempre que no ejerzan funciones jerárquicas de dirección o administración".* Proyecto presentado al Congreso. Art. 8. *"Los Funcionarios o Empleados Públicos se regirán por las disposiciones de la Ley de Carrera Administrativa y su Reglamentación. Los trabajadores de los Institutos Autónomos de carácter empresarial, declarados como tales por el Ejecutivo Nacional, estarán protegidos por las disposiciones de esta Ley y su Reglamentación, en cuanto sean compatibles con la índole de los servicios que prestan y las exigencias de la Administración Pública. Gozarán de la misma protección los obreros al servicio de la República, de los Estados, los Municipios, los Institutos Autónomos y otros Entes de la Administración Descentralizada.*

Así mismo, lo estarán los profesionales liberales que le presten servicios, siempre que no ejerzan funciones de dirección o administración, sin perjuicio de que se les apliquen aquellas normas de la Ley de Carrera Administrativa que sean más favorables".

Proyecto definitivo. Art. 8: *"Los Funcionarios o Empleados Públicos se regirán por las disposiciones de la Ley de Carrera Administrativa y su Reglamentación. Los trabajadores de los Institutos Autónomos estarán protegidos por las disposiciones de esta Ley y su Reglamentación. En cuanto sean compatibles con la índole de los servicios que prestan y las exigencias de la Administración Pública, gozarán de la misma protección de esta Ley los obreros al servicio de la República, de los Estados, de los Municipios, los Institutos Autónomos y otros Entes de la Administración Descentralizada. Así mismo, lo estarán los profesionales liberales que les presten servicios, siempre que no ejerzan funciones de dirección o administración"*, (citado por Marín Quijada: "Problemas Jurídicos..., op. cit. p. 270).

discusión parlamentaria y de modo primordial con la aprobación del Artículo 8 de la Ley con su redacción final⁶.

En otro momento, el texto señalado del Artículo 8, fue modificado por la Cámara del Senado pero no en lo que reitera a la regulación del empleo público por la Ley de Carrera Administrativa y otras leyes especiales de igual naturaleza que les conciernan.

Permanece de esta manera el régimen dual y así se señala que los empleados de los institutos autónomos estarán protegidos por las disposiciones de la Ley del Trabajo en cuanto -y ahora la matización restrictiva es específica para los empleados públicos- sean compatibles con la índole de los servicios que prestan y las exigencias de la Administración Pública. Respecto de los obreros, se mantiene prácticamente sin modificación el texto del Proyecto⁷.

Es de comentar que la última parte del Artículo 8, en lo que refería a los trabajadores del sector de la educación y la salud, fue suprimida pasando a formar parte de un capítulo específico denominado: "De los Trabajadores de la Educación y la Salud". Devuelto el proyecto a la Cámara de Diputados y en atención al desacuerdo surgido con el Senado sobre varias disposiciones del mismo -entre ellas y de modo muy protagónico el Artículo 8- se constituyó una comisión bicameral especial para el estudio y consideración de las disposiciones rechazadas por la Cámara Alta y, muy primordialmente, con motivo de la discusión en Diputados de las modificaciones del Senado al PLOT⁸.

A propósito del Artículo 8, la comisión bicameral propuso la siguiente redacción: "Estarán protegidos por esta Ley, las personas naturales que realicen labores al servicio de la Nación, los Estados y las Municipalidades y de los Institutos Autónomos, empresas y otros Entes del sector público"; exceptuando luego a funcionarios de alto nivel y eliminando el capítulo dedicado a los trabajadores de la educación y la salud del Título II, por venir

⁶ Cfr. MARÍN QUADRA, E. y VILLASMIL PRIETO, H.: *Informe presentado al Procurador General de la República y al Ministro del Trabajo sobre el Proyecto de Ley Orgánica del Trabajo*, 29-5-1990, pp. 6 y 7, mimeografiado".

⁷ Cfr. Modificaciones introducidas por el Senado de la República al Proyecto de Ley Orgánica del Trabajo. Edición Talleres Gráficos del Congreso de la República, Mayo de 1990, p. 2.

⁸ Cfr. Edición Talleres Gráficos del Congreso de la República, Octubre 1990, pp. 5 y 7.

innecesario, dada la nueva redacción propuesta. Este nuevo capítulo del episódico ir y venir, por supuesto que no deja ver ideas claras sobre el asunto, tanto así que se hace necesario para la comisión bicameral, en conexión con el texto propuesto para el Artículo 8, antes transcrito, proponer una disposición transitoria de no poca trascendencia -al menos teórica- según la cual la incorporación de los servidores de las Administraciones Públicas a la regulación de la Ley Orgánica del Trabajo, se haría progresivamente dentro de los 3 años siguientes a la fecha de entrada en vigencia de esta ley, por decisión de la autoridad de mayor jerarquía. Con ello se inauguraba en el Derecho venezolano una “vacatio legis” cuyo término pendía de una decisión administrativa, sin dejar el texto de la bicameral de prever un cese automático de dicha vacación, pues vencido el plazo de 3 años sin decisión de la autoridad respectiva, los servidores de la administración quedaban amparados por esta Ley Orgánica del Trabajo ⁹. Esta norma desapareció del texto final del Artículo 8 pero, con todo, no ocultó los “temores” en uno u otro sentido.

De cualquier manera, el encabezamiento del Artículo 8 referido arriba y de esta disposición transitoria, habían optado, por fin, por asumir la “laboralización” de la función pública, aún sin derogatoria expresa de la Ley de Carrera Administrativa. No obstante todo lo dicho, el párrafo segundo del Artículo 8 propuesto decía que “desde el momento en que los funcionarios estén bajo la protección de esta Ley -LOT- la Ley de Carrera Administrativa continuará en vigencia en lo relativo al ingreso, traslado, suspensión, y estabilidad. No se dijo lo mismo respecto de las condiciones de trabajo y de las consecuencias de la terminación de la relación de empleo público” ¹⁰.

Este relato apretado debe hacer notar que el texto propuesto por la comisión bicameral persiguió que la remisión a la Ley del Trabajo del régimen de función pública no fuese total, lo que explica que quedaren a salvo cuatro institutos, a saber: ingreso, traslado, suspensión y estabilidad. No por otra cosa, parece, que por la virtualidad del Artículo 122 constitucional; ello, sin embargo, no puede justificar, concluyentemente, la redacción del Artículo 8 que se propone en el proyecto de ley. En este caso no se aludió -como sí en

⁹ Ibidem, p. 7: Párrafo 1 de la Disposición Transitoria propuesta.

¹⁰ Ibidem, p. 7

el 122 de la Constitución- a los supuestos de ascenso y de retiro, amén del debate, acerca del cual volveremos luego, sobre si el encabezamiento de dicho Artículo: "La ley establecerá la Carrera Administrativa..." (122 CN) haría inconstitucional al Artículo 8, como sostuvo en su momento el Procurador General de la República. Dicho de otra manera, que la ley anunciada en la norma constitucional -122- no puede ser sino una Ley de Función Pública y en modo alguno la Ley del Trabajo. Volveremos luego sobre ello.¹¹

Así las cosas, el Gobierno Nacional presentó al Congreso de la República un Proyecto de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Carrera Administrativa en Octubre de 1990, como, expresión de su rechazo al contenido del Artículo 8 que surgió de la comisión bicameral, a la sazón, el último episodio del largo recorrido de esta disposición, desde 1985. ¹² ¹³

¹¹ *Ibidem*, p. 7. Artículo s/n. parágrafo segundo.

¹² El informe de la Comisión Especial Tripartita sobre el Proyecto de Ley Orgánica del Trabajo, constituida por decisión del Ministerio de Trabajo, 3-10-1990, se pronunció igualmente por la vía preferente de la Reforma de la Ley de Carrera Administrativa, con el voto salvado de la representación sindical, en los términos siguientes: "La redacción actual del Art. 8 supera las expectativas de los Funcionarios Públicos (derechos de negociación colectiva y de huelga) y debería ser modificada por inconveniente. Sería preferible excluir a los Funcionarios de la nueva Ley Orgánica del Trabajo e incluir los derechos de Negociación Colectiva y Huelga en la Ley de Carrera Administrativa. La idea de una reforma parcial de la Ley de Carrera Administrativa, parece la más pertinente, se debería mantener el texto del Art. 6 de la Ley del Trabajo vigente.

La representación sindical ratifica su apoyo a la redacción actual de la bicameral, en relación al Art. 8, (mimeografiado, p. 4). Con todo, y en su momento, el informe sobre las modificaciones del Senado y demás sugerencias sobre derechos fundamentales de los trabajadores en la próxima LOT elaborado para el comité ejecutivo de la CTV (Comisión de Estudio de la Ley integrada por Amarilis Valor, miembro de la comisión especial de la Cámara de Diputados y por el asesor jurídico Carlos Sainz Muñoz) sostuvo un criterio radicalmente contrario al que muy probablemente condujo al voto salvado que se refirió antes y al apoyo irrestricto de esa Central a la redacción final del Artículo 8. El texto del mencionado informe a la sazón dice: "3/nueva redacción del Artículo 8: la situación jurídica de los funcionarios o empleados, se regirá por las disposiciones de la Ley de Carrera Administrativa y otras leyes que le conciernan en el entendido que, estos trabajadores no gozarán de beneficios inferiores a los establecidos en esta ley, en cuanto sea compatible con la índole de sus labores.

Igualmente sugerimos que se dé inicio al estudio de la modificación de la Ley de Carrera Administrativa, promulgada en 1970, modificada en 1975, a objeto de incorporar en forma definitiva los derechos básicos a la contratación colectiva de los funcionarios públicos, de conformidad con el Convenio 98 -Derecho de Sindicación y Negociación Colectiva- ratificado por Venezuela (1968) y el Convenio 151 no ratificado". (Sic; destacado nuestro. Mimeografiado, pp. 2 y 3). Conocida la posición de la CTV a propósito del apoyo al texto definitivo del Artículo 8 -lo que virtualmente hizo a todas luces inútil la proyectada reforma de la Ley de Carrera Administrativa sobre todo en lo que hace al reconocimiento de los derechos colectivos del trabajo en el estatuto de la función pública- se muestra que de las marchas y retrocesos tampoco estuvo al margen la CTV.

La Copre también se pronunció por la reforma de la Ley de Carrera Administrativa a fin de reconocer

II. SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTICULO 8 PROPUESTO POR LA COMISION BICAMERAL. RAZONES DE CONVENIENCIA LEGISLATIVA

1. Inmediatamente presentado el informe de la comisión bicameral, el Gobierno Nacional, con una demora inexcusable en atención a la importancia de la ley de que se trata, más aún, siendo el Estado venezolano empleador de más de un millón de funcionarios públicos, planteó, por órgano del Procurador General de la República, la inconstitucionalidad del Artículo 8 por violación del 122. Entendió entonces el gobierno, que sólo por una Ley de Función Pública (Ley ya dictada en 1970 en desarrollo de esa preceptiva) podía establecerse el Estatuto de los Servidores del Estado y que el mismo debía contener normas de ingreso, ascenso, traslado, suspensión, retiro de los empleados de la administración pública y su incorporación al sistema de seguridad social.

en ella los derechos colectivos del trabajo en la función pública (Cfr. Copre-Comisión Interministerial. Observaciones al Plot. Documento preliminar. p. 6. mimeografiado). Por último, en un informe del Ministerio del Trabajo elaborado en 1989 a instancias de la para entonces titular del despacho, Marisela Padrón Quero se leyó lo siguiente, respecto del campo personal de la LOT: "La construcción de los Artículos 7 y 8 del proyecto -el primero refiere al personal civil de los Cuerpos Armados y el segundo a la Función Pública- en los cuales se nota una evolución -no un progreso, por cierto- respecto de la primera versión, muy probablemente obedece a cuestiones ajena a la materia a la cual se refieren esos artículos, es decir, el campo personal de aplicación de una y otra ley. La nueva redacción seguramente tiene que ver con el problema específico del derecho de los funcionarios públicos a la negociación colectiva y a la huelga, problemas que no deberían ser tratados de una manera incidental y casi casual, como se hace en el proyecto, sino que deberían ser examinados y tratados sobre la base de una política oficial y previamente definida y de una discusión abierta con los sectores interesados.

En todo caso, es preferible volver al Artículo 6 de la ley vigente, el cual es mucho más claro y eventualmente abordar el tema de la negociación colectiva y de los conflictos colectivos en la función pública, de otra manera, o en otro texto legal" "Comentarios sobre el Proyecto de la Ley Orgánica del Trabajo": Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. UCV. núm. 74. 1990. pp. 245 y 251. En el mismo sentido, se pronunció el profesor Marín Quijada: "...en el supuesto negado de que se deseara dar a la Ley de Carrera Administrativa el carácter de manto cobertor de todas las relaciones de trabajo de la función pública, la solución legislativa no podría provenir de una disposición de la Ley del Trabajo, sino de una reforma de las distintas Leyes Especiales o de la Ley de Carrera Administrativa", "Problemas Jurídicos ... op. cit. p. 266.

¹³ "Este Proyecto de Reforma Parcial de la Ley de Carrera Administrativa que se presenta, tiene como objetivo inmediato, resolver de modo institucional, la situación ambigua y problemática que representa la redacción actual del Art. 8 del Proyecto de Ley Orgánica del Trabajo. El Gobierno adelanta, sin embargo, con carácter urgente, un estudio integral de la Ley de Carrera Administrativa, que amplíe, actualizándolos, los demás aspectos que merecen ser reformados, incorporando igualmente criterios que han sido sustentados sistemáticamente por la jurisprudencia venezolana, en su esfuerzo reiterado por consolidar la jurisdicción administrativa en materia de función pública" (Exposición de motivos del Proyecto de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Carrera Administrativa).

2. El antecedente del Artículo 122 de la Constitución Nacional de 1961 -nos referimos a normas de rango similar- es el Artículo 90 de la Constitución de 1947 que refirió a un Estatuto para la Función Pública que debía establecer normas de ingreso, ascenso, traslado, suspensión y retiro¹⁴.

Como se muestra, dicha norma antecedente es reproducida casi de modo idéntico en el texto de 1961 y en ambos casos bajo el título reservado al "Poder Público". Quizás la diferencia más relevante estuvo en que mientras el constituyente de 1947 remitía a un Estatuto las relaciones del funcionariado con la Administración Pública Nacional, el de 1961 ordena que la Carrera Administrativa se establezca por Ley¹⁵.

3. No parece de tanta transcendencia práctica la discusión acerca de la constitucionalidad del Artículo 8 al lado de la cuestión de la conveniencia de la reforma de la Ley de Carrera Administrativa, para incorporar los derechos colectivos funcionariales en ese Estatuto y no por remisión a la Ley del Trabajo. Con todo, aquel problema no dejará de reclamar detenida apreciación. Por su parte, la remisión que la Ley del Trabajo (LOT) hace a favor de la Ley de Carrera Administrativa en la versión de la comisión bicameral -y también en la del texto aprobado finalmente- no sin antes establecer la vigencia personal de la Ley del Trabajo respecto de los funcionarios públicos, es si un problema de la más inquietante transcendencia para los empleados al servicio de la Administración.

4. No obstante, parece incuestionable que ni el constituyente de 1947 ni el de 1961 se pronunciaron a favor de que la ley referida en el Artículo 122, en este último caso y en el 90 en el primero -concretamente refiere a un Estatuto la Constitución de 1947- pudiese ser una Ley del Trabajo, pues en ambos momentos hallábase vigente el Artículo 6 de la Ley del Trabajo de 1936, que expresamente excluyó de su aplicación a los funcionarios y empleados públicos, por lo que ha podido el constituyente referir a la ley en el capítulo

¹⁴ Artículo 90 de la Constitución Nacional de 1947, es del tenor siguiente: "El Estado dictará un Estatuto que rijá sus relaciones con los Funcionarios y Empleados Públcos, en el cual se establecerán las normas de ingreso a la Administración y las de ascenso, suspensión, traslado y retiro.

Los empleados Públcos están al servicio de la Nación y no de parcialidad política alguna.

¹⁵ Cfr. Informe de la Comisión Permanente de Asuntos Sociales del Senado sobre el Proyecto de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Carrera Administrativa.

dedicado a la legislación del trabajo, si no hubiese pretendido mantener un régimen distintivo que estaba vedando a los empleados públicos el amparo de ese instrumento, la Ley del Trabajo¹⁶.

Podría argumentarse -llevando razón- que no es propio que la Constitución refiera a una ley específica. Ello es que no “nominaliza” y por tanto el 122 constitucional no pudo haber remitido particularmente a la Ley del Trabajo¹⁷. Pero también es cierto que la ley referida en dicho artículo no puede ser la Ley del Trabajo ni tampoco una ley de derecho social, entendiendo por este último a los sistemas legislativos previstos en el capítulo IV de la Constitución (Derechos Sociales). No puede ser entonces una ley de carácter laboral -partiendo de que en Venezuela la distinción de los dos regímenes de trabajo corre inalterable desde la Ley de 1936- la prevista en el 122 lo que, entre otras razones, explica que ella se halle en el capítulo dedicado al “Poder Público”, con lo que se resuelve de modo afirmativo si los dos regímenes -laboral y funcionarial- surgen del propio texto constitucional.

Es claro, para nosotros, que fue esa la política “legislativa” sancionada por el constituyente de 1961¹⁸.

A ninguna interpretación contraria conduce un juicio sobre la “posición” que constitucionalmente tienen el 122 y las normas dedicadas al Derecho Social

¹⁶ Artículo 6, LT 1936: “No estarán sujetos a las disposiciones de esta Ley, ni de su Reglamentación, los Miembros de Cuerpos Armados ni los Funcionarios o Empleados Pùblicos...”

¹⁷ Salvo la referencia expresa a la “Ley de Presupuesto” (Arts. 227, 228 y 229 y 20 numeral 3º de la Constitución) o de las legislaciones referidas en el numeral 24 del Artículo 136 del mismo texto entre otras. -Vid. cita nº 18.

¹⁸ Así, la Constitución venezolana (1961), se alinea al lado de otras tantas, que respecto de la cuestión, sancionan políticas legislativas similares. Cfr. Art. 103.3, Constitución Española, 1978; Art. 37, Constitución de la República Federal de Brasil, 1988; Constitución Mejicana, Art. 123.B; en la misma línea: Ley de Bases de la Carrera Administrativa del Perú, 1986: El Estatuto de los Trabajadores de España, 1980, excluye en su Art. 1º a los Funcionarios Pùblicos que se regirán por el Estatuto de la Función Pública. Por reciente y explícita en ese particular conviene citar la Constitución de Brasil (1988) que en el capítulo II (de los Derechos Sociales) Art. 7º (a XXXIV) refiere a los derechos de los trabajadores urbanos y rurales diferenciándolos del régimen de función pública que se encuentra en el capítulo VII (de la Administración Pública). En el Artículo 39 se lee: “la Unión, los Estados, el Dto. Federal y los Municipios instituirán, en el ámbito de su competencia, un régimen jurídico único y planes de carrera para los servidores de la Administración Pública directa, de las Autarquías y de las Fundaciones Pùblicas”. En Portugal, el Decreto Ley 215-B/75 de 30-4 -Ley Sindical- reconoció la libertad sindical en la Administración Pública pero restringiendo a una ley especial: “la ley especial regulará el ejercicio de la libertad sindical de los servidores del Estado, de las Autarquías locales y de los Institutos Pùblicos que no sean empresas pùblicas o establecimientos de naturaleza comercial o industrial” (Art. 50).

(capítulo IV, Arts. 72 a 94) todo ello del mismo modo que “la carrera judicial se establecerá por ley” según se lee en el Artículo 207 de la Constitución Nacional, disposición que se halla en el Título VII, Capítulo I -del Poder Judicial y del Ministerio Público- al margen también de toda “situación que pueda sugerir su sanción en la Ley del Trabajo o de otra de similar naturaleza”.

5. Con esa política legislativa, de indudable procedencia constitucional, resultó en fin que hasta ahora, los funcionarios públicos no han estado regulados por la Ley del Trabajo, por lo que se explica la sanción en 1970 de la Ley de Carrera Administrativa, cuyo ejecútese fue ordenado, por cierto, por el principal proyectista de la LOT, el Senador Vitalicio, doctor Rafael Caldera.

Pero, conviene insistir: en dos ocasiones pudo el constituyente modificar el régimen de función pública, diferenciado del estrictamente laboral desde 1936, lo que el legislador del trabajo -Art. 6 Ley 1936- y él mismo -Art. 90 CN 1947- habían posibilitado. Ello es, que si los dos regímenes -laboral y funcionalarial- tenían como causa una norma citada en la Ley del Trabajo vigente desde 1936, es obvio que en ambos casos el constituyente ha podido modificar ese “status” con la simple alusión a un Estatuto Laboral único en 1947 o a una Ley del Trabajo que amparase a los funcionarios públicos en 1961, bien aparejando bajo un mismo título toda la regulación del trabajo dependiente, sin distingos entre un empleador público o privado o de relaciones de índole laboral, frente a las de carácter administrativo, o de otra manera, refiriendo a la “función pública” en el capítulo dedicado a los Derechos Sociales. De esa manera, el constituyente hubiese contribuido a derrotar, desde tiempo atrás, la falaz tesis, según la cual, “los funcionarios públicos no son trabajadores”.

No lo hizo, con lo que sabía qué mantenía un *status quo* funcionalarial cuyo origen es, incluso, antes legal (1936) que constitucional. Por ello, nos parece insostenible admitir que el Artículo 122 de la CN de 1961 (“... la ley establecerá la Carrera Administrativa ...”) refiere indistintamente a una Ley de Función Pública o a otras de naturaleza diferente (v.g. la Ley del Trabajo).

6. Si esa política de diferenciación de los regímenes de trabajo dependiente, fue y es la sancionada constitucionalmente, cosa distinta es decidir, dónde

conviene reconocer e incorporar los derechos colectivos de trabajo para los funcionarios públicos, más aún si se reconoce que “la aspiración de ciertos gremios de recibir la protección de la Ley del Trabajo, en realidad traducía la necesidad que sentían de dar un apoyo legal a sus acciones de negociación colectiva y de huelga, cuando -en realidad- esos funcionarios ya encontraban apoyo en las propias disposiciones constitucionales, en el Convenio 98 de la OIT sobre el Derecho de Sindicalización y Negociación Colectiva de 1949 y en una práctica reconocida en ciertos sectores de la Administración”¹⁹.

Algo más, para comprobar que algunos derechos colectivos fueron consagrados -para determinadas categorías de funcionarios públicos- en leyes no laborales, algunas de ellas de “colegiación”, baste referir una vez más a las Leyes de Educación, o de Ejercicio de la Medicina o de la Farmacia e incluso a leyes de creación de Institutos Autónomos como Ipostel o Ferrocar. Por tanto, es falso suponer que sólo mediante la inclusión de tales derechos colectivos en la Ley del Trabajo o mediante la “remisión” de la LOT a la Ley de Carrera Administrativa y al revés, es posible su reconocimiento para los “funcionarios públicos”. Ello es, que los derechos colectivos funcionariales -al menos algunos, como la negociación colectiva- tuvieron expresión positiva en Venezuela aun antes de que el Artículo 8 de la LOT lo hiciera en forma general, remitiéndolos a su Título VII, o en su caso, a la Ley de Carrera Administrativa. Por tanto, es éste sí un problema de opción legislativa y por ello no puede ser cierto que el único modo de reconocer los derechos colectivos funcionariales básicos fuese el Artículo 8 o específicamente la remisión al Título VII de la LOT o a la Ley de Carrera en el caso del régimen de sindicatos de funcionarios públicos.

7. Esta cuestión no pudo estar ausente de las motivaciones del Proyecto de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Carrera Administrativa de 1990. En efecto, el proyecto ante el tema planteado opta por la Ley de Función Pública y así su “ratio” primera fue la incorporación de los derechos colectivos -huelga, negociación colectiva y sindicación- en el propio texto del Estatuto Funcionario, abandonando así la modalidad de reconocimiento de derechos

¹⁹ El Convenio 98 de la OIT sobre el Derecho de Sindicalización y de Negociación Colectiva de 1949, fue ratificado por Venezuela en 1968. Gaceta Oficial, 28.709, del 22-8-68.

típicamente laborales por vía de remisión, como terminó por hacer el Artículo 8 finalmente sancionado²⁰.

El reconocimiento de derechos laborales en la función pública, por esta vía de remisión a otros textos legales de desigual naturaleza, ha sido una experiencia que poco ha servido en la práctica para aclarar la zona límite entre un régimen y otro, con la seguridad jurídica que cabe esperar. El resultado ha sido precisamente lo contrario: la Ley Orgánica de Educación de 1980 en sus Arts. 86 y 87, **había remitido** a la Ley del Trabajo, vigente entonces, como fuente supletoria -aparentemente- la regulación de las "relaciones de trabajo" del personal docente (Art. 86); de igual modo, "los profesionales de la docencia gozarán -dice el Art. 87 de la LOE- de las prestaciones sociales en las mismas formas y condiciones que la Ley del Trabajo establece para los trabajadores, sin perjuicio de los beneficios acordados por otros medios" y así mismo, se les reconoce el derecho de asociarse en agrupaciones académicas, gremiales y sindicales para participar en el estudio y solución de los problemas de la educación y para defender los derechos que les acuerda esa Ley -LOE- y la Ley del Trabajo (Art. 84). Todas estas normas se encuentran vigentes.

Las tres disposiciones referidas que aluden, por un lado al derecho colectivo de asociación, específicamente de sindicación; por el otro a las prestaciones sociales -categoría inexistente en el derecho positivo venezolano- y finalmente a una genérica regulación de las relaciones de trabajo del personal docente, son **normas de remisión** a la Ley del Trabajo que se hallan en el Capítulo III de la LOE, dedicado a la Estabilidad y no en el Título I que refiere a las Disposiciones Fundamentales de la Ley, ni siquiera en el Capítulo IV del Título IV que trata de las "Condiciones de Trabajo de los Profesionales de la Docencia". De allí que, desde entonces, fuese usual discutir, entre otros tantos asuntos: el carácter y extensión de tal remisión de la LOE, v.g.: lo fue a los fines del reconocimiento de todos los derechos de la Ley del Trabajo, ¿o sólo a los que refiere la Ley Orgánica de Educación? -prestaciones sociales- ¿o únicamente se trató del reconocimiento de la Ley del Trabajo como fuente supletoria para la regulación de los funcionarios públicos docentes?, ¿o fue

²⁰ Exposición de motivos del Proyecto de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Carrera Administrativa, párrafos 1 y 5, pp. 2 y 4.

que la LOE, entre otras razones derivadas de su mayor rango formal, quiso derogar la Ley de Carrera Administrativa? lo que pudiese ser respaldado por el principio de modernidad siendo aquella respecto a ésta **Lex posterior**. Por último, ¿la remisión fue expresa sólo respecto de derechos estrictamente sindicales? (Art. 84), lo que parece confirmado por la modalidad de organización gremial que desde entonces asumieron los gremios docentes: la organización sindical, transformando así sus organizaciones, históricamente constituidas como asociaciones civiles, en organizaciones sindicales inscritas ante el Ministerio del Trabajo. Con todo, dichas organizaciones fueron legalizadas como sindicatos de trabajadores y no como sindicatos de funcionarios públicos, por lo que no nacieron como tales bajo la regulación del Reglamento sobre Sindicatos de Funcionarios Públicos (Dec. 585 del 28-4-71) ²¹.

8. De otro lado, tal remisión lo fue en la práctica también para la negociación colectiva más que como expresión de un derecho positivo, como evidencia y peculiaridad del desarrollo de las relaciones laborales en el sector público, en las últimas décadas. Varios son los convenios colectivos para el Magisterio suscritos desde 1980 entre el Ministerio de Educación y distintas Federaciones Sindicales de Educadores agrupadas en un comando magisterial. Respecto del derecho de huelga, se ha ejercido ordinariamente en el sector, en la inmensa mayoría de los casos, al margen de cualquier tramitación administrativa ante las autoridades del trabajo y no sin las infaltables declaraciones de los gobiernos de turno acerca de la "ilegalidad" de los paros, calificados generalmente de intempestivos y silenciando el calificativo de huelgas, tratando de dejar ver que más que el ejercicio de ese derecho, se trata de meros paros sin soporte constitucional. No obstante, casi nunca terminaron dichos procesos con sanciones al personal docente o a los funcionarios en conflicto ²².

Esta referencia pretende mostrar que en algunos sectores de la administración, el reconocimiento material de los Derechos Colectivos del Trabajo no requirió de sanción legislativa previa, o lo que es igual, que una muy precaria

²¹ Cfr. Art. 23. Ley de Carrera Administrativa, 1970 y Art. 6 y 13 del Reglamento sobre Sindicatos de Funcionarios Públicos, 1971.

²² Casos como el del Ministro de Educación, Felipe Montilla, en el gobierno del Presidente Herrera Campíns, que ordenó el descuento de un día de salario a los maestros en huelga, no son comunes en la experiencia venezolana.

base legislativa -como en el sector salud y de educación- no impidió un claro ejercicio de estos derechos. Por tanto, continuar con el reconocimiento de derechos colectivos por vía de remisión, no agrega nada nuevo, pues de ello hay experiencia en el sector público, más aún, cuando en la mayoría de los casos ni siquiera se requirió una base legislativa, al menos precaria, para la ejercitación de esos derechos. Recuérdese el conflicto de los ingenieros servidores de la administración, convocado por los "Colegios de Ingenieros" en procura de un alza en sus remuneraciones en 1990.

Cuando tales fenómenos acontecieron en el sector público -negociación colectiva, conflictos, sindicación- no lo fue por expresión de una política legislativa sino por fuerza de unas "relaciones laborales" que, de hecho, se fueron "autorregulando".

La novedad entonces es el reconocimiento de tales derechos en el propio Estatuto de la Función Pública para todos los funcionarios y sus organizaciones, es ésta sí una experiencia desconocida hasta ahora y, por tanto, no evaluable. Se trata, en resumen, de fundar un Derecho Colectivo Funcionarial que en el Derecho venezolano y de modo más relevante en nuestras relaciones laborales, tiene un objeto de conocimiento y de estudio específico, como la experiencia nos ha mostrado. Es posible, incluso, describir aproximadamente, la especificidad de este Derecho colectivo funcionarial, desde nuestra experiencia: a) ha sido, tradicionalmente, menos formalista y **poco procedimental** en favor de soluciones mas concensuadas; b) su **precaria base legislativa**, no obstante, no le ha restado efectividad; c) entre los sujetos colectivos actores, además de los sindicatos, aparecen con frecuencia los entes corporativos gremiales; d) **más propensión a la huelga** sin cumplimiento -usualmente- de tramitaciones administrativas ante las autoridades del trabajo. Con todo, las huelgas logran, con casi total frecuencia, "avenir" a la administración y a los colectivos funcionariales a negociar; e) clara **prevalencia de la conciliación directa** entre partes, en desmedro, muy frecuentemente, de la mediación del Ministerio del Trabajo, e inclusive, con alguna participación de las centrales sindicales, en conflictos que involucran a colectivos no afiliados y f) con todo, agota, casi exclusivamente, las experiencias de solución heterónoma de los conflictos mediante orden administrativa de reanudación de faenas y de sometimiento "ex oficio" del conflicto al arbitraje, (por todos, conflicto del gremio médico con el IVSS en 1989).

9. Con todo, las leyes que someten a ciertas categorías funcionariales a la Ley del Trabajo, no han alterado, sin embargo, la distinción fundamental en cuanto a los regímenes generales del trabajo, tampoco los movimientos de negociación colectiva en la Función Pública. Más todavía, en la Jurisprudencia de la Carrera Administrativa se observa un esfuerzo por tratar de consolidar esa jurisdicción como la única con competencia para conocer de las controversias planteadas por los funcionarios con la Administración Pública Nacional, aun en el caso de funcionarios amparados por la Ley del Trabajo, como los docentes, por ejemplo ²³.

En efecto, la remisión a la Ley del Trabajo que hace la Ley Orgánica de Educación -que también se encuentra en la Ley de Creación del Instituto Postal Telegráfico (IPOSTEL), Art. 37 y en la Ley de Creación de la extinta Ley de la Corporación de Mercadeo Agrícola, entre otras- ²⁴ no determinó que la Jurisdicción del Contencioso-Funcionario, creada por la Ley de Carrera Administrativa de 1970, dejase de conocer de las controversias surgidas entre los funcionarios y la administración. Así, en la práctica, dicha jurisdicción llegó a conocer en innumerables ocasiones algo más que de actos administrativos de remoción o retiro, para tener que valorar el alcance de normas paccionadas y de verdaderos convenios colectivos identificados con las más variadas denominaciones (Actas-Convenios o Normas de Homologación en el Sector Universitario, etc.). Otro tanto, respecto de la jurisdicción contencioso-funcionario, aconteció en el Sector Salud, aun cuando la Ley de Ejercicio de la Medicina de 1982, había reconocido a la Federación Médica Venezolana el derecho a la negociación colectiva de condiciones de trabajo, con lo que no se hizo más que legitimar una práctica bastante anterior a tal reconocimiento, lo mismo que ocurrió en el sector magisterial.

10. En fin, ¿fue útil traer al Estatuto de los Funcionarios, por remisión a la Ley del Trabajo, derechos colectivos del trabajo? Más que eso, lo que la experiencia hace concluir es que resultó innecesario, porque ello no expresó una política legislativa, pues tal "remisión" se hizo en favor de algunas

²³ MARÍN QUIJADA, E.: "Problemas Jurídicos...", op. cit. p. 263.

²⁴ "Los trabajadores del Instituto no serán considerados como Empleados Públicos y al efecto se regirán por la Ley del Trabajo y su Reglamento" (Art. 37, Ley de Creación de IPOSTEL). G.O. Ex. 2.146, del 28-1-78.

categorías de funcionarios y no para todos. Fue ella expresión de la fuerza, bien numérica o de otro tipo, de ciertos gremios como el magisterial y el de los médicos, que lograron en los hechos y en este último caso de modo legislativo expreso²⁵, el derecho de negociación colectiva de condiciones de trabajo, cuando, a otros Funcionarios de la Administración Pública Nacional, tales derechos no le han asistido históricamente. Por lo tanto, no es posible evaluar el comportamiento general de tales remisiones, cuyo alcance global no puede saberse, pues su ámbito personal no lo fue para el conjunto de la Administración Pública, sino específicamente, para categorías de cuya importancia gremial nadie tiene duda. Pero lo que sí es sostenible es la imprecisión de las zonas límites, como se comentó antes, con sus inevitables problemas de orden interpretativo y jurisdiccional. Si ello no acarreó más controversias fue porque los "Acuerdos Colectivos" fueron progresivamente agotando las disposiciones sobre "condiciones de trabajo" por lo que remitir a otro instrumento resultaba usualmente innecesario; esto es, un verdadero "Estatuto Daccionado". De ello dan cuenta la complejidad temática de convenios como los del magisterio o los de los médicos al servicio del IVSS, todo lo cual hizo quizás inútil abordar el problema; pero, es claro, que siguió sin resolverse. Si en casos, los conflictos interpretativos y sobre todo el alcance de los derechos colectivos no los incentivó aún más, fue por la propia fuerza de los gremios, no por obra de una doctrina y menos de una legislación que perfilara claramente la naturaleza de su régimen de condiciones de trabajo, al menos en ciertos sectores de la función pública.

11. En el fondo, el clásico derrotero de los derechos colectivos que van de la prohibición, pasan por la tolerancia y llegan a la admisión legislativa (Calamandrey), corre en algunos sectores del funcionariado venezolano con una sincronía evidente²⁶.

²⁵ Cfr. Ley de Ejercicio de la Medicina (1982): disposición similar se halla en la Ley de Ejercicio de la Farmacia (1978).

²⁶ CALAMANDREY, Pietro: "Significato Constituzionale del Diritto di Sciopero". Riv. Giur. Lav., 1954, citado por Julio Sánchez Morales de Castilla: "Huelga, cierre patronal y conflictos colectivos en la Doctrina de la OIT y del Tribunal Constitucional" en "Jornadas sobre cuestiones actuales de enjuiciamiento laboral". IELSS, Madrid, 1985. AA.VV. Servicios de Publicaciones: Ministerio del Trabajo y Seguridad Social.

En Venezuela, previa a la admisión legislativa expresa en las leyes de función pública del Derecho de Negociación Colectiva -existió de algún modo constitucionalmente, v.g. en el Art. 90 del texto de 1961 y legislativamente en el Convenio 98 de 1949- se nota claramente una evolución que se inscribe en la

Pero, conviene insistir, que al tratarse de derechos trasdos al Estatuto de la Función Pública por vía de remisión, quedó planteado todo cuanto hace a su alcance y fundamentalmente el de la jurisdicción que habrá de resolver las controversias.

La reforma de la Ley de Carrera Administrativa pretendió, por primera vez de forma general, establecer en el propio estatuto de la función pública los derechos colectivos de los servidores del Estado, trocando la **remisión** a la Ley del Trabajo por el **reconocimiento** expreso en su Ley de Regulación Primaria (Estatuto o Ley de la Función Pública) haciendo innecesaria la discusión acerca de la supletoriedad entre uno y otro régimen y así mismo, un eventual orden de prelación.

Con todo, el proyecto de Reforma de la Ley de Carrera Administrativa no se explica sino a partir de un juicio negativo sobre el reconocimiento de derechos por vía de remisión en el escenario de la Función Pública.

etapa de tolerancia de este Derecho colectivo en la jurisprudencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, como lo pone de manifiesto el Profesor Marín Quijada: "El 3-5-77, la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, se pronunció francamente en contra de las negociaciones colectivas de la función pública. El 25-10-84, la Corte Primera en lo Contencioso-Administrativo dijo textualmente: "... La improcedencia de la contratación colectiva en el ámbito de la función pública, aparece -no obstante- como una fórmula artificial que prescinde del mundo real y olvida, (...) que el Derecho debe guardar perfecta conformidad con los hechos que le sirven de sustentación y estar siempre en estrecho contacto con la realidad; realidad que nos lleva a señalar que aun ante la prohibición, aun ante la falta de habilitación legal específica, la Administración sigue celebrando Contratos Colectivos con los Funcionarios Públicos". En criterio expresado, entonces, por esta Corte, el Juez no puede dejar de admitir que la Administración negocie en los casos en que no exista previsión legal o reglamentaria para llenar vacíos en áreas determinadas de la relación de Empleado Público, para reglamentar derechos que la misma Ley reconoce y mientras no se plantea una verdadera contradicción con los principios fundamentales de dicha relación de Empleado Público. Y unos meses más tarde, el 10-12-84, la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo estableció, que los convenios celebrados en la función pública, con fundamento en una remisión legal a la Ley del Trabajo, representa una normativa especial válida, de carácter mixto, que recibió una cobertura legal con la ratificación del Convenio núm. 98 de la OIT, sobre el Derecho de Sindicación y Negociación Colectiva de 1949". Cit. por Marín Quijada: (*Problemas Jurídicos del Proyecto...*", Op. cit. p. 274 (los resaltados son nuestros). Vale la pena destacar que la Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo del año 84, reconoció a los Convenios Internacionales del Trabajo como fuente de Derecho interno, al tiempo que valoró el carácter de la remisión que a los Derechos colectivos funcionariales de la Ley del Trabajo, hacían leyes de función pública.

III. LOS PROBLEMAS QUE CABE ESPERAR DE LA REMISION A LA LOT. EL GALIMATIAS DEL ART. 8. REMISION Y REENVIO

12. El Artículo 8 de la LOT remite a las normas sobre Carrera Administrativa nacionales, estadales o municipales, según sea el caso, en todo lo relativo a: “ingreso, ascenso, traslado, suspensión, retiro, sistemas de remuneración, estabilidad y régimen jurisdiccional y gozarán de los beneficios acordados por esta Ley en todo lo no previsto en aquellos Ordenamientos”.

Es obvio que se trató de respetar con esta redacción -aunque sólo en parte- el Artículo 122 Constitucional. No obstante, excediéndolo al menos literalmente, se remite a la Ley de Carrera Administrativa en lo referente a “los sistemas de remuneración, estabilidad y régimen jurisdiccional”, lo que ya no se explica por la mera reproducción de la norma constitucional precedente. Ahora bien, ¿qué cabe esperar de ese modo de remisión del Art. 8 por un lado a la Ley de Carrera Administrativa y por el otro al Título VII de la LOT?

A. Si para dejar vigente la norma de la Ley de Carrera Administrativa sobre la forma de ingreso o retiro, por ejemplo, es necesaria la disposición del Art. 8 de la LOT -que deja vigente la Ley de Carrera en tal aspecto- parece obvio que el resto de esta Ley no puede sin más permanecer vigente. Si no obstante, permanece vigente en su totalidad, entonces la primera parte del Art. 8 deviene inútil, pues no es de recibo declarar dos veces vigente una misma disposición para regular igual supuesto, a no ser que desde ya el legislador deje ver su duda al intérprete.

B. Si la intención es laboralizar la función pública o en todo caso sancionar un régimen intermedio entre ésta y el estatutario -lo que explica la “ratio” del Art. 8 y específicamente el reenvío a favor de la Ley del Trabajo, como fuente supletoria- trayendo de la Ley de Carrera Administrativa lo referido en el 122 Constitucional y algo más, entonces el resto de disposiciones de esta Ley devienen virtualmente derogadas, al menos materialmente.

13. En el supuesto contrario, es decir, si toda la LCA permaneciera vigente, entonces remitir a ella sólo en institutos específicos (ingreso, retiro, ascenso,

etc.) resulta inútil y por supuesto, causa de un sinfín de problemas interpretativos²⁷.

C. La remisión del Art. 8 de la LOT a la LCA no lo es a los fines de reproducir el 122 Constitucional -repárese en las materias incluidas en una y otra norma- por tanto la LOT se atrajo lo que quiso y no todo, lo que muestra que estamos aquí ante una “opción legislativa”, que deja ver una determinada política para la función pública, no ante una consecuencia inexorable, pues el legislador del trabajo salvó de la LCA lo que estimó oportuno. Tratemos de verificarlo: dejar vigente el “sistema de remuneración” de la Ley de Carrera Administrativa -el 122 no lo menciona- no se explica, salvo porque la LOT quiso, al tiempo que reconocía el derecho a la negociación colectiva, sustraer las remuneraciones del debate negocial. No quedará duda de que tal disposición redundará relevantemente en el derecho de negociación colectiva (Párrafo Segundo Art. 8), por lo dicho y por su incidencia en otras materias conexas, por ejemplo: el régimen de ascenso, escalafón, incentivos, primas, etc.

Lo mismo vale decir respecto del “régimen jurisdiccional”; el Contencioso-Funcionarial permanece, por esta remisión, que deja vigente a la LCA en esa materia específica que tampoco menciona el 122 Constitucional. Ello explicaría la remisión expresa al “régimen jurisdiccional” que de otro modo resultaría innecesaria. Si se estimó oportuno referir específicamente al régimen jurisdiccional, debemos estar en presencia de una remisión constitutiva de una “jurisdicción”, disposición de nuevo innecesaria si permaneciera vigente en totalidad la LCA, como pudiese sugerir el encabezamiento del Art. 8 de la LOT.

14. Por consiguiente, si el Tribunal de Carrera Administrativa continuará conociendo lo será por disposición de la LOT, Art. 8, lo que sugiere preguntarse acerca de cuál será entonces su competencia, pues si por tal remisión seguirá conociendo, no se colige necesariamente que deba mantener las atribuciones que le fueren dadas por otra ley, aunque ésta sea la de su

²⁷ La Ley Orgánica del Trabajo deroga de modo específico y no trae normas de derogación genérica. Por tanto, no hay en ella una disposición similar a la del Art. 290 de la Ley del Trabajo de 1983: “...Y todas las disposiciones que se opongan al cumplimiento de esta Ley...” Cfr. Ley Orgánica del Trabajo Art. 653 y siguientes.

creación (LCA). Si así no fuera, digámoslo por argumento al absurdo, de nuevo la remisión respecto del régimen jurisdiccional, devendría inútil.

Todo lo dicho hasta ahora se explica, porque el texto por el cual el Artículo 8 remite, ora a la Ley del Trabajo -derechos individuales y colectivos- y por otro a la Ley de Función Pública, es una norma de naturaleza constitucional que aquí se reproduce parcialmente. Ello no permite averiguar si el aludido "retiro", por ejemplo, corresponde a todo el régimen de estabilidad previsto por la Ley de Carrera Administrativa y tampoco si se trata del retiro de la Carrera Administrativa o del retiro de la Administración. Lo mismo ocurre con el "ingreso", ¿se trata del ingreso a la Carrera o del ingreso a la Administración Pública Nacional?

D. Nótese que la LOT no incorporó títulos completos de la LCA, sino que más bien salvó disposiciones específicas: v.g., no se refiere al "régimen sancionatorio", sino, por el contrario a la "suspensión" que es apenas una de las sanciones que esta última establece bajo el título del Régimen Disciplinario. Lo mismo cabe decir del "traslado"; si se quiso traer todo el régimen de las llamadas "situaciones administrativas" no se explica la referencia exclusiva a sólo una de ellas, a menos que la LOT hubiera receptado lo que valoró necesario y dejado lo que le mereció juicio diferente. Así lo creemos, pues en caso contrario, ha debido referir a los títulos que en su globalidad norman un régimen en la función pública y no a disposiciones aisladas, como terminó por hacer.

15. E. La alusión del Artículo 8 al "Sistema de Remuneraciones y al Régimen Jurisdiccional" cancela el argumento según el cual el encabezamiento de dicho artículo no hizo sino reproducir el 122 Constitucional. Siendo entonces un régimen excepcional el que se establece por el Art. 8 de la LOT -que manda a aplicar la LCA- no puede admitirse en cuanto al alcance de la remisión sino una interpretación de derecho estricto y no extensiva.

La remisión a la LCA -conviene insistir- no es total sino específica, lo que niega la posibilidad de una interpretación amplia, y menos aún, que la primera parte del Art. 8 es de naturaleza enunciativa y no un "numeros clausus", precisamente la tesis que aquí se trata de sostener; entre otras razones porque no es posible admitir "habilitaciones" de carácter enunciativo, siendo la materia del trabajo de estricta reserva legal.

La remisión que por vía de “inclusión-exclusión” hace el Art. 8 respecto de la LCA es, por tanto, de naturaleza constitutiva y no declarativa. Ello quiere decir, que las materias allí referidas quedan vigentes porque la LOT así lo estableció y porque sin tal referencia en la Ley, no podrían estarlo. Ello es, que permanecen vigentes sólo las materias de la LCA expresamente salvadas: ingreso, ascenso, traslado, suspensión, retiro, sistemas de remuneración, estabilidad y régimen jurisdiccional.

Si la LCA, en fin, estuviera vigente en su totalidad así podría sugerirlo el propio texto del Artículo cuando dice “... y gozarán de los beneficios acordados por esta Ley en todo lo no previsto por aquellos ordenamientos” ¿qué sentido tiene haber referido particularmente (Párrafo 1) a las materias indicadas? Por tanto, lo “no previsto” debe entenderse exclusivamente referido al ingreso, ascenso, traslado, suspensión, retiro, sistemas de remuneración, estabilidad y régimen jurisdiccional, respecto de los cuales -y sólo en tal caso- la LOT operaría como fuente supletoria.

16. Algunas otras consecuencias cabe esperar del Art. 8.

F. El Derecho colectivo sustantivo de la Función Pública deviene legislativamente dividido y así referido a dos estatutos diferentes: la LOT y la LCA. Corolario de ello, derechos de idéntica naturaleza y necesariamente concurrentes, son también remitidos a una jurisdicción dual como se infiere del párrafo 26 del Art. 8 de la LOT.

Por ello, el Tribunal de la Carrera Administrativa conocerá sobre los requisitos para la sindicación -lo relativo a los Sindicatos de Funcionarios no se refirió a la LOT (Título VII) dejándose vigente la regulación de la LCA- y los Tribunales del Trabajo conocerán sobre conflictos y negociación colectiva en la Función Pública. Surge así una jurisdicción dispersa para la tutela de los derechos colectivos funcionariales²⁸.

²⁸ El Dr. Rafael Alfonzo Guzmán ve la cuestión de esta manera: “En este mismo orden de cuestiones bifrontales, porque conciernen tanto a la forma como al fondo, se hallan las planteadas en el Art. 8 de la LOT. Dado que los Funcionarios o Empleados Públicos Nacionales, Estatales o Municipales, que desempeñen cargos de Carrera, tienen derecho a la negociación colectiva, a la solución pacífica de los conflictos y a la huelga, de conformidad con lo previsto en el Título VII de esa Ley, ha quedado legalmente

Comentario obligado merece la referencia al derecho “a la solución pacífica de los conflictos”. Dice el párrafo 2 del Art. 8 de la LOT que los funcionarios públicos tienen derecho a la solución pacífica de los conflictos, de conformidad con lo previsto en el Título VII de esta Ley. La remisión en este sentido, además de inútil, confunde la naturaleza de la institución; la “solución pacífica del conflicto” no es un derecho, es más bien un deber que obra como prerequisito para el ejercicio del derecho de huelga. Por tanto, la solución del conflicto pacíficamente es una obligación para la Administración, un cometido suyo, propiamente hablando, y un antecedente a cubrir -período de impasse de 120 horas- vencido el cual, la coalición de trabajadores tienen derecho a la suspensión de labores. Por eso en nuestro Derecho, la conciliación es obligatoria y facultativo el arbitraje, éste como modo de autocomposición del conflicto.

El derecho de huelga contiene el de solucionar el conflicto pacíficamente, sin necesidad de decidir la suspensión, pero el “derecho a la solución pacífica del conflicto” en puridad y aisladamente considerado, no existe por carecer de contenido particular.

G. **Jurisdicción contradictoria**, al remitirse a la LCA -respecto de los derechos colectivos- sólo lo relativo al derecho de sindicación. Así, corresponderá a la jurisdicción del Trabajo pronunciarse v.g.r. sobre la legalidad de una cláusula de un convenio colectivo para la función pública que

sin resolver si tales Funcionarios o Empleados Públicos Nacionales deben actuar mediante los Sindicatos constituidos, de conformidad con la Ley de Carrera Administrativa y su Reglamento sobre los Sindicatos de Funcionarios Públicos (de 30-04-71), o gozan de libertad para asociarse de acuerdo con el régimen general previsto en el indicado Título VII, pues las normas de tal reglamento -abiertamente viciadas de inconstitucionalidad- no deberían privar sobre las de rango legal preceptuadas en la LOT” (Alfonzo Guzmán, Rafael: “Observaciones de Forma sobre la Nueva Ley Orgánica del Trabajo”. Revista de la Facultad de Derecho de la UCAB, Núm. 42, p. 106). El Dr. Antonio de Pedro F. no ve problema en este particular: “... Todo lo relativo a la Sindicación de los Funcionarios Públicos pasa a regirse en mi criterio, de manera absoluta, por las disposiciones de la Ley Orgánica, quedando sin vigencia el Reglamento de Sindicatos. Se pone fin así a una interpretación que nunca debió formularse y menos traducirse en disposiciones normativas ...” (De Pedro F., Antonio: “Los Funcionarios Públicos en la Nueva Ley del Trabajo”. Revista de la Facultad de Derecho de la UCAB, núm. 42, p. 117). Lleva razón el Dr. De Pedro al denunciar la Sindicación de la Función Pública como una “categoría menor” pero, con todo, lo que hará permanecer a los Sindicatos de Funcionarios Públicos como Sindicatos sui generis es, precisamente, que el Art. 8 se abstuviese de remitir a la Ley del Trabajo (Título VII) lo relativo al régimen de sindicación de los funcionarios públicos. Para nosotros no es cierto que, sin más, lo relativo a tal materia pase a regirse por la LOT. Cfr. Art. 8 párrafo 2.

incida en la cuestión de las remuneraciones -primas de capacitación o de rendimiento, por ejemplo- o sobre tópicos de la estabilidad, ¿cuándo tales materias quedaron remitidas a la Ley de Carrera Administrativa? ¿Atraerá la jurisdicción del Trabajo el conocimiento del asunto en virtud del carácter paccionado de la "cláusulas" incorporadas al Estatuto de la Función Pública? ¿Conocerá el Tribunal de la Carrera acerca de la "legalidad" de una huelga convocada por un sindicato de funcionarios públicos, si de ella se acarrean remociones para algunos empleados? ¿Cuál es, en fin, la competencia que queda reconocida a los Tribunales de Carrera Administrativa y a los del Trabajo en virtud del Art. 8 de la LOT?

17. H. La habilitación dada a los Tribunales de la Carrera Administrativa en virtud del Art. 8 de la LOT no puede ser general, pues sus atribuciones le vienen dadas por otra Ley -Ley de Carrera Administrativa- que ninguna competencia les reconoció en materia de derechos colectivos como resulta explicable. Pero lo dicho tampoco autorizaría a sostener que los Tribunales de Trabajo devienen con una competencia mermada respecto de las controversias que puedan surgir de la aplicación del Título VII de la LOT, salvo en lo referido al Régimen de Sindicación en la Función Pública(28). Es éste el nudo del galimatías del Art. 8 de la LOT y muestra inequívoca de las consecuencias que en el plano jurisdiccional cabe esperar de esa disposición.

I. En fin, el gran avance que prometía la reforma de la LCA, en desmedro de las tesis estatutarias rígidas fue admitir que el Estatuto, como modo de regulación de condiciones de trabajo en la Función Pública, no excluye la negociación; aún más, que el Estatuto puede tener y tiene a partir del reconocimiento general del derecho de negociación colectiva o de huelga en una Ley de Función Pública -y aun antes de modo particular como nuestra experiencia muestra- un componente convencional o "paccionado", pero así consagrado, en una Ley de Función Pública, cancelando el tener que hacerlo por "remisión" a otro texto, con las consecuencias que hemos tratado de mostrar.

18. Lo dicho, si bien no desconoce que es de naturaleza constitucional la distinción entre regímenes de trabajo de naturaleza laboral y administrativa, quiere evidenciar que la exclusión de uno y otro régimen en favor del "contrario", es una disyuntiva falsa e innecesaria; por tanto, que así planteada sólo ha servido a los intereses de la Administración y no en el mismo tenor al de los funcionarios. Ello, pues en nuestra tradición, la Administración

siempre conservará y esta vez no ha sido la excepción, una amplia potestad reglamentaria para establecer, como ahora con el Art. 8 de la LOT, que significa que los derechos colectivos en la Función Pública se ejercitarán en cuanto sean "compatibles con la índole de los servicios que prestan y con las exigencias de la Administración...". La matización restrictiva que el legislador de 1936 dedicaba a los obreros, reaparece ahora (1990) referida a los Funcionarios Públicos y particularmente al ejercicio, por ellos, de derechos colectivos del trabajo.

El único beneficiario del reconocimiento de derechos para los funcionarios públicos por vía de remisión ha sido la Administración Pública Nacional -nadie mejor que ella se ha servido de tantas ambigüedades- lo que ha contribuido, entre otras cosas, a debilitar la idea de un estatuto democrático y participativo. (En la Función Pública).

IV. LA POSICION DE LA CTV

19. Muy brevemente debe quedar dicho, como lo recogió la prensa de entonces (ver ediciones de los diarios El Nacional y El Universal de los días 2 y 3 de Diciembre de 1990), que el Artículo 8, en su versión final, contó con el apoyo irrestricto de la principal confederación de trabajadores del país. Estuvo conteste la dirigencia sindical de esa confederación en no impulsar la reforma de la Ley de Carrera Administrativa que contenía el reconocimiento y sanción, en la propia Ley de Función Pública, de los derechos de huelga, negociación colectiva y sindicación y cuyos límites constaban, a veces en términos muy específicos, en el propio texto del Proyecto de Ley. El caso del derecho de negociación colectiva es particularmente demostrativo de esa afirmación como trataremos de probar en el siguiente capítulo. Ahora, pensamos, el Ejecutivo con base a una amplia potestad reglamentaria (Arts. 8 y 13 LOT) "pondrá las cosas en su sitio" de un modo progresivo y terminará de perfilar el ejercicio de esos derechos, que deberá serlo, -en palabras de la Ley- "... en tanto y cuanto respondan a la índole de los servicios que prestan y a las exigencias de la Administración Pública".

El Ejecutivo ha visto reforzada su potestad de reglamentación -como si la requiriese- precisamente porque el Proyecto de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Carrera Administrativa había establecido "ex-ante" limitaciones en el

ejercicio de tales derechos, ciertamente, mucho más flexibles sobre todo en la negociación colectiva, como lo muestra una revisión comparativa con el Reglamento Parcial de la LOT para negociar las condiciones colectivas de trabajo de los funcionarios o empleados al servicio de la Administración Pública Nacional, del 16 de Mayo de 1991 (Dec. núm. 1.599, G.O. núm. 34.743, del 26 de Junio de 1991), lo que trataremos de hacer en el próximo y último capítulo.

20. Esto es particularmente relevante pues, aunque la "Ley Orgánica" del Trabajo tiene tal rango formal y por tanto atenúa el papel de la Ley Ordinaria, su Artículo 13, no se nos antoja con qué sentido, si lo fue para reproducir el Artízculo 10 del Artículo 190 de la CN o con otra intención que siempre se revestirá en materia como ésta de muy dudosa "legalidad", termina por decir: "el Ejecutivo Nacional tendrá las más amplias facultades para reglamentar las disposiciones legales en materia del trabajo y a tal efecto, podrá dictar Decretos o Resoluciones Especiales y limitar su alcance a determinada región o actividad del país", con lo que claramente apuntala y estimula el poder reglamentario del Ejecutivo.

Muestra primera de ello es el Reglamento mencionado. Contrariamente a lo que cierto triunfalismo de la época dejó translucir, creemos que a la larga la CTV hizo un mal negocio,²⁹ cuyas consecuencias comienzan ya a notarse.

Como es sabido, a partir de entonces -aprobación del Artículo 8 de la LOT- la Reforma de la Ley de Carrera Administrativa dejó de tener sentido. El Ejecutivo no insistió en ella, lo que poco dice de las convicciones puestas de manifiesto en la exposición de motivos del Proyecto de Reforma. Con todo,

²⁹ Enseña el Profesor Marín Quijada: "... el reconocimiento del derecho a la negociación colectiva en los términos de la Ley del Trabajo -la vigente y la que se discute en el Congreso- es un claro retroceso respecto del derecho que los funcionarios han podido ejercer hasta ahora, pues, mientras en la función pública ha habido un proceso vivo, de negociación directa y sin formalismos, el esquema de la Ley del Trabajo, de su reglamento y de su práctica administrativa es contractualista y acartonado, planteado más como un procedimiento que entraba, que como un medio de favorecer las conversaciones y los acuerdos entre las partes; de modo que hay una discriminación en el proyecto, pero con la cual ni siquiera los beneficiarios salen ganando, pues lo que se les propone es cambiar una situación que han conquistado en los hechos, por una camisa de fuerza cortada sobre un molde de 1936, con lo cual tampoco gana la Administración". op. cit., p. 275.

la explicación de ello debe ser otra; alguna referida a las “legislaciones negociadas” tan propias de estos tiempos no precisamente de concertación, o porque el buen resguardo y alcance de la potestad reglamentaria, le permitiría al Ejecutivo moverse en adecuado celo de sus intereses. Esta última razón, sin desprecio de cualquier otra, resulta la más convincente y por demás propia del sentido “ejecutivista” del Sistema de Relaciones Laborales venezolano. En el capítulo siguiente trataremos de confirmar algunas tendencias apuntadas.

V. EL REGLAMENTO PARA LA NEGOCIACION DE CONDICIONES COLECTIVAS DE TRABAJO DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS DE CARRERA

21. J. Este reglamento parcial de la LOT fue dictado el 16 de Mayo de 1991 (Decreto núm. 1.599) y publicado en la Gaceta Oficial núm. 34.743 del 26 de junio del mismo año.

Respecto de su fundamentación -Arts. 8 y 13 de la LOT- damos por reproducidos los comentarios precedentes. Sobre su ámbito de vigencia, regula las convenciones colectivas de trabajo de los funcionarios o empleados que desempeñen cargos de carrera al servicio de la Administración Pública Nacional. Reconocido tal derecho sólo a los funcionarios de Carrera, el Reglamento sigue al Art. 8 y también al Proyecto de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Carrera Administrativa (1990) en su Artículo 37 que igualmente establecía que el derecho a la negociación en la función pública sólo alcanza a estos funcionarios o empleados.

Con ello, este reglamento no colide con el Instructivo Presidencial núm. 6, todavía vigente, que norma la negociación colectiva en el sector público no funcional. No obstante, varias son las normas del Reglamento que son traslado literal del Instructivo, con lo que, si bien gran parte de las disposiciones de este Reglamento aparecen ya en el Instructivo precitado, lo cierto es que ahora ganan un rango formal reglamentario.

El Artículo 2 se nos antoja inconstitucional: “el Ejecutivo Nacional establecerá los criterios técnicos y financieros que regirán las negociaciones colectivas de trabajo”. Tales criterios es natural que los establezca el Ejecutivo respecto

de sí mismo, bien bajo las “estrategias de negociación” o como un modo de “disciplina del gasto” imputables a la negociación colectiva del sector público. Pero no es de recibo que el Ejecutivo -sin violar gravemente las más elementales normas de la libertad sindical y específicamente las de no-intervención- pretenda establecerle tales criterios a los sindicatos que aspiren negociar. Esto es más preocupante aún si se constata que las organizaciones sindicales no son llamadas a participar en la fijación de esos “criterios”. Al respecto ni siquiera se hace jugar algún mecanismo de “concertación” como los previstos incluso constitucionalmente (Art. 109 CN).

22. El Proyecto de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Carrera Administrativa (PRLCA) ordenaba atener la negociación colectiva en este ámbito a dos restricciones: las previsiones de la Ley de Presupuesto Anual y en segundo término, dentro de las prioridades del Ejecutivo, operarían como limitantes para la negociación colectiva, las del sector social establecidas por el Ejecutivo en el plan operativo anual. Son pues restricciones objetivas externas -leyes de presupuesto- al lado de otras de carácter interno y subjetivo, plan operativo y monto del gasto social.

Formalmente, las previsiones a atender deberían constar en un acto de naturaleza normativa (Ley de Presupuesto) y en el Plan Operativo que debe estimar el gasto social anual, pero en ningún caso, una fijación unilateral por parte del Ejecutivo, de los criterios técnicos y financieros que regirán la negociación, pues de esta manera el proceso se agotaría en fijar las “bandas” dentro de las cuales deberán concluirse los acuerdos (Cfr. Art. 8 PRLCA).

Pero además, el estado de indefensión para las organizaciones sindicales es particularmente notorio si se pregunta al intérprete acerca del instrumento mediante el cual el Ejecutivo establecerá “ex-ante” tales “criterios”. Ni siquiera se aludió a una “resolución ministerial”, mucho menos a un decreto ejecutivo, susceptibles de ser atacados por los interesados; si fuere el caso, antes de dar inicio a las negociaciones. Por lo tanto, no hay modo de conocer tales criterios, al menos formalmente, sino hasta el inicio de la misma negociación, a no ser que algún funcionario quiera hacerlo saber antes, lo que será en todo caso un acto de buena voluntad, sin mandamiento reglamentario.

23. No debe escapar a nadie tampoco, la evidente amplitud del dispositivo, natural por la procedencia de la norma, pues no querrá el Ejecutivo precisar

demasiado a qué “criterios” deberá sujetarse la negociación, lo que por lo demás parece con todo garantizado.

En el PRLCA las restricciones se señalan; ora la Ley de Presupuesto o en todo caso las prioridades del sector social, no de cualquier otro. Con todo, queda claro que para el Proyecto de Ley, el gasto imputable a la negociación colectiva del sector público es un gasto social con todas las consecuencias que de ello deriva.

El Artículo 3 del Reglamento reproduce de modo textual el Artículo 39 del PRLCA pero sólo en su primera parte, lo que confirma la tendencia denunciada y el sentido restrictivo de la reglamentación. El artículo en referencia dice: “La negociación colectiva de los funcionarios o empleados públicos que desempeñen cargos de carrera, propiciará la uniformidad de condiciones de trabajo para los funcionarios o empleados de igual categoría profesional, técnica y administrativa, de los distintos sectores de la actividad de la Administración Pública Nacional”, hasta aquí ambos textos son idénticos. Pero en el Proyecto de Ley se leña una frase adicional: “A tal efecto -es decir, para propiciar la uniformidad de las condiciones de trabajo- el Ejecutivo Nacional **instruirá** al Procurador General de la República sobre los criterios técnicos y financieros que regirán las negociaciones” (El resaltado es nuestro). Nótese cómo esta disposición se suprime en el Reglamento y se sanciona en el Art. 1; pero ya sin referir a que el instruido será el Procurador, como es lógico, siendo el representante de la Administración en las negociaciones (Cfr. *Ut-supra* el comentario acerca del Art. 1).

24. El Artículo 4 del Reglamento es casi copia textual del párrafo 2 del Art. 39 del PRLCA y establece que “el Procurador General de la República por sí o por intermedio de abogados que él designe tendrá a su cargo la dirección de la negociación y la redacción de los acuerdos, los cuales -continúa la norma- suscribirá con la máxima autoridad del Organismo y la representación sindical o gremial, según el caso”. De nuevo la fundamentación de todo ello se hace recaer en el Artículo 202 de la Constitución Nacional, obscuro fundamento para competencias tales, prueba de lo cual es que el Reglamentista no se atreve a identificar en cuál de los Ordinales del Art. 202 debe hallarse el soporte de tal atribución.

Más bien el origen de esta disposición no son sino los Instructivos Presidenciales núm. 11 y 6, sobre la negociación colectiva en el sector público, por cierto todavía vigente este último. De otro lado cabría preguntarse, de dónde le vienen dadas al Procurador General de la República semejantes competencias. No le fueron reconocidas en la LOT, por lo que de nuevo se ocurre al 202 de la CN dejando muy precario el fundamento.

El Artículo 5 del Reglamento establece requisitos de mayoría -absoluta- para el sindicato que pretenda negociar en representación de los funcionarios o empleados de carrera. Del mismo modo -continúa la norma- si los funcionarios realizan actividades profesionales diferentes, el Sindicato Profesional o el Colegio Profesional, según el caso, para ejercer el derecho a la negociación, deberá también representar a la mayoría absoluta de los funcionarios de carrera de la respectiva profesión. La norma transcrita no tiene desperdicio. Veamos:

A. Será requisito de negociación que una organización sindical represente la mayoría absoluta de los funcionarios o empleados. No se aclara si se trata de meros apoyantes del pliego o de afiliados, lo que tratándose de "entes corporativos gremiales" no sería menester. Si sería interesante haber establecido que los "colegios" profesionales deben comprobar que el pliego de peticiones cuenta con un apoyo mayoritario de los interesados.

B. La negociación lo será "... con el sindicato ... el sindicato profesional o el colegio profesional" lo que -por su singularidad- parece excluir la posibilidad de que el sindicato minoritario, pero suficientemente representativo, sea parte de la convención al lado del sindicato mayoritario.

La fórmula de la LOT -por demás idéntica a la del Artículo 362 del Reglamento de la Ley del Trabajo de 1973- es preferible: "**El patrono estará obligado a negociar y celebrar una convención colectiva de trabajo con el sindicato que represente la mayoría absoluta de los trabajadores bajo su dependencia ...**" (el resaltado es nuestro).

Con ello, es posible para el patrono negociar con un sindicato minoritario -aunque a ello no está obligado- dejando a salvo que no podrá interponer la

excepción de contrato vigente si el sindicato mayoritario presentase un proyecto de convenio. Se trata de apuntar, que en este sentido, la negociación con un sindicato representativo, aunque no mayoritario, es lícita.

25. Lo anterior es particularmente grave si se repara en que del Reglamento de Sindicatos de Funcionarios Públicos del 28-4-71 (Dec. 585), todavía vigente, surge un modelo de organización sindical de tenor manifiestamente inconstitucional, pues se obliga a la sindicación a nivel o escala "nacional", por ministerios, institutos autónomos y demás organismos, que además deberá reunir no menos del 10% del total de los funcionarios del organismo respectivo, que en ningún caso podrán ser menos de 100 empleados públicos. (Arts. 7 y 8. Dec. 585. G.O. núm. 29.497 del 30-04-1971).

Como se infiere, la reunión de mayorías absolutas puede resultar particularmente difícil si es que no juega tal régimen en el fondo a favor de afiliaciones quasi obligatorias en los sindicatos ya instaurados.

C. Si por un lado los Sindicatos de Funcionarios deben constituirse por organismos (ministerios, institutos autónomos, etc.) y éste según el Artículo 5 del Reglamento, devenir mayoría absoluta -aun cuando no aclara la norma si la mayoría es de afiliados o de simples apoyantes al pliego, solución esta última la única que respeta la libertad sindical- es claro que estamos a un paso de constreñir a la afiliación obligatoria y no precisamente a impulsar la promoción de la negociación colectiva como -por orden constitucional- es deber del legislador y del Ejecutivo en este caso. Una observación final para reiterar que además de lo dicho, el Reglamento de Sindicatos de Funcionarios Públicos de 1971 apuntala un modelo de clara dispersión sindical -fraccionamiento y consiguiente debilidad- al ordenarse la organización de los funcionarios en sindicatos, por organismos, lo que de suyo haría imposible un sindicato único supra organismos ministeriales o institutos autónomos.

D. Aun cuando escapa a las consideraciones de estas líneas, el Reglamento como en su momento la LOT, admiten un claro caso de ejercicio de competencia desleal entre los Sindicatos de Funcionarios Públicos y los Colegios Profesionales pues, en este último supuesto, la afiliación es obligatoria por Ley de Colegiación y no obra respecto de ellos la "libertad

sindical” que tiene en la “libre afiliación” su primer y más importante requisito³⁰.

Como todo, la responsabilidad de ese paso que equipara a sindicatos con corporaciones, debe endosarse -nos referimos a disposiciones de índole general pues ya la Ley de Ejercicio de la Medicina había reconocido derechos colectivos a la Federación Médica Venezolana (negociación colectiva)- a la LOT, que en su Artículo 405 estableció que los Colegios Profesionales y sus Federaciones y Confederaciones ejercerán las mismas atribuciones de los organismos sindicales, previo registro en el Ministerio del Trabajo.

26. El Artículo siguiente del Reglamento -el 6- refiere por cierto a este Art. 405 de la LOT, no obstante, la forma redaccional no deja de prestarse a confusión. Se lee en este Artículo: “sólo los Organismos Sindicales de Funcionarios o Empleados Públicos y los Colegios Profesionales, sus Federaciones y Confederaciones legalmente constituidas y que hayan cumplido con los requisitos del Art. 405 de la LOT, podrán negociar y celebrar convenciones colectivas de conformidad con el Artículo 8 de la Ley”.

Lo primero que estimula un comentario es el requisito del 405 de la LOT sobre la inscripción de los Colegios Profesionales ante el Ministerio del Trabajo que, por cierto, ninguna atribución en tal sentido tiene reconocida en la “Ley Orgánica de la Administración Central”.

Se trata de un requisito cuya utilidad no se alcanza a descubrir y resulta más aún innecesaria en el caso de los “colegios” que tienen reconocidos derechos colectivos en sus propias leyes de colegiación o de ejercicio profesional y mucho menos en el de los Colegios Profesionales de la Docencia (CPV) que están constituidos, desde antes, bajo forma sindical.

Más bien, lo que se hecha en falta es lo que no se dice y es que la colegiación obligatoria en nada debe limitar que los funcionarios se organicen en sindicatos que de resultar suficientemente representativos -mayoría absoluta- deberán ser preferidos aun en desmedro de los Colegios si es que de veras se

³⁰ Sobre la competencia deseada que para los Sindicatos representa la actividad de los Colegios Profesionales, vid. Alfonzo Guzmán, Rafael: “Un juicio de valor sobre la Nueva Ley Orgánica del Trabajo”. Revista de la Facultad de Derecho de la UCAB, núm. 42. Caracas. Junio 1991, p. 87.

pretende -como es de mandato constitucional- respetar la libertad sindical, esa que no fue pensada para las corporaciones y que más bien supuso su desaparición (Ley Chapelier).

Por último, dice la norma: "... celebrar convenciones de conformidad con el Artículo 8 de la Ley". De nuevo, si existen gremios que conocen experiencias de negociación -legalmente reconocidas- aun antes de la sanción del Artículo 8, parece que podrán negociar, aun sin cumplir el requisito de inscripción por ante las autoridades del Trabajo; pero no de conformidad con este artículo. En efecto, si la Federación Médica Venezolana (FMV) no cumpliese con el requisito de registro ante las autoridades del trabajo -lo que desconocemos si ha hecho, aun cuando sostenemos que nada le obliga a ello- podrá negociar con arreglo a su ley de ejercicio (Medicina), como ha venido haciendo ininterrumpidamente desde 1982³¹.

27. La norma final de estas Disposiciones Generales es el Artículo 7 que incorpora a la convención una cláusula de "Prohibición de Nuevas Peticiones" durante la vigencia del convenio, prohibición que atiende "la validez personal" de convención -no se podrán extender los acuerdos a funcionarios o empleados no comprendidos inicialmente- y a su ámbito material -no se firmarán acuerdos en los cuales se introduzcan modificaciones a las convenciones colectivas en vigencia- se trata de una disposición que reproduce otras tantas similares de los Instructivos Presidenciales núm. 11 y 6.

II. Las normas del "Procedimiento" reafirman más aún el temor restrictivo de las tendencias que venimos comentando. El Artículo 8 ordena que el organismo sindical o gremial que aspire negociar con un ente de la Administración Pública Nacional una convención colectiva de trabajo, deberá presentar el proyecto de convención por ante el Inspector Nacional del Trabajo, quien exigirá y verificará el Cumplimiento de los Extremos del Art.

³¹ El registro ante el Ministerio del ramo de los Colegios Profesionales no parece exigir requisitos particulares por lo menos derivados del Art. 405 de la LOT, entre otras razones por resultar, bien innecesarios, o sencillamente improcedente, exigir a los Colegios Profesionales cumplir los requisitos de Registro de las Organizaciones Sindicales a que se refieren los Artículos 421 a 424 de la LOT a saber: copia del acta Constitutiva, Estatutos y Nómina de miembros fundadores y más aún, negar su inscripción por alguna de las causales del Art. 426 de la misma Ley.

516 de la LOT. La utilidad del trámite no alcanzamos a verla; si lo fue a los fines de que una vez estampada la nota de presentación se tuviese por “aforados” a los interesados, tratándose de funcionarios o empleados de carrera, cuya estabilidad les está reconocida por la ley /Art. 8 LOT. LCA) es obvio que tal “ventaja” para ellos carece de sentido práctico, pues el Art. 8 de la LOT dejó vigente a la LCA respecto de la estabilidad de los funcionarios o empleados públicos. A no ser que surja un doble fuero de distinta naturaleza -uno legal y otro convencional- cuyos efectos prácticos no se deducen ni del Reglamento, ni de la LOT y mucho menos de la LCA.

El artículo 516 de la LOT -como tantos otros de ese texto, copia literal del artículo 365 del reglamento de la ley de 1973- exige que del proyecto de convención se presenten tres (3) ejemplares acompañado del acta de la asamblea en que se acordó dicha presentación. Por razones lamentablemente no excepcionales y en muchos casos atentatorias de la democracia sindical, el texto ha debido decir que el acta debe dejar constancia de que la asamblea más que la presentación, conoció y aprobó su contenido, si se quería evitar que el mismo sólo fuese conocido por las directivas sindicales.

La inutilidad del trámite ante el Inspector Nacional del Trabajo se revela, con el Art. 9 del Reglamento, en todo su contenido restrictivo. Dice la norma referida que el inspector: “admitido el proyecto de convención colectiva ... enviará copia del mismo al Procurador General de la República y al ente involucrado.”

Como se muestra, lo que se antojaba como una mera nota de presentación -por demás innecesaria, si lo que se persigue es enterar a la Administración del proyecto de acuerdo pues igual tarea le corresponde hacer al Procurador General de la República- se troca en una admisión, acto administrativo relativamente discrecional, pues ninguna directiva en tal sentido trae al reglamento, que deberá proveerse debidamente motivado y en fin, cumplir con todos los requisitos formales de los actos administrativos y cuya oportunidad decidirá la Administración -nótese la absoluta falta de mención a plazos a este respecto, en todo el texto del Reglamento- independientemente de ser susceptible de impugnación por quien se entienda perjudicado por dicha admisión.

28. Por ninguna parte la LOT establece que el Inspector deba admitir el Proyecto de Convención Colectiva; por el contrario, todos los efectos

derivarán de la presentación del pliego de peticiones (Cfr. Art. 516 y siguientes de la LOT). Es más restrictivo entonces el régimen procedural del Reglamento.

La razón de ello para la LOT seguramente respondió a que precisamente las normas reglamentarias (Reglamento 1973) que reconocían competencia al Inspector para admitir el pliego de peticiones de carácter conflictivo, fue anulada por inconstitucional en sentencia de la CSJ (sala plena) del 13-6-84, (ponencia del magistrado Dr. René De Sola. Cfr. Art. 390, 391 y 392 del Reglamento de la Ley del Trabajo de 1973. G.O 1631 del 31-12-73). Lo cierto del caso es que la LOT no reconoce competencia al Inspector sobre la admisión de proyectos de convenciones de trabajo, por lo tanto, se trata de una disposición claramente inconstitucional que ninguna norma de la ley desarrolla, más bien la desdice expresamente.

Ni qué decir tiene de la eventualidad de que el ministro del ramo -superior jerárquico- estime oportuno revocar la admisión si se ejerciese contra ella algún recurso administrativo o que el órgano jurisdiccional "suspendiese" el trámite de la negociación si tal admisión fuese atacada.

Pero el tópico más grave, es que la utilidad del trámite no se descubre, aunque sí es claro cómo el proceso de negociación gana en "procedimentalidad" en cuyo efecto obrará un natural retraso en las negociaciones y un marcado "dirigismo" de la administración sobre el mismo.

29. El artículo 10 del Reglamento milita en el mismo sentido. La norma ordena al Procurador General de la República, solicitar del ente público involucrado el estudio económico comparativo que deberá elaborarse conforme a las normas al efecto fijadas por Cordiplan y mostrar el coste de las condiciones de trabajo vigentes frente a las proyectadas. Así mismo solicitará del Organismo la designación de sus negociadores, los cuales "deberán tener amplias facultades, de manera que en ningún caso podrán alegar la insuficiencia del mandato."

Lo propio hace el art. 11 del Reglamento respecto de la Organización Sindical a quien notificará el Procurador el recibo del Proyecto de Convención proveniente a su vez del Ministerio de Trabajo y les solicitará que designen una comisión que no excederá de 7 miembros.

Se trata de dos disposiciones traídas prácticamente de modo literal de los Instructivos 11 y 6, cuyo fundamento no se lee ni siquiera en el texto de ambos. Pero las consecuencias derivadas del Reglamento son particularmente aún más restrictivas: en virtud de qué atribución puede el Ejecutivo, sin violar la libertad sindical de no injerencia, decidir cuántos miembros integrarán la comisión negociadora del sindicato o gremio profesional, disposición esta que ningún apoyo encuentra en norma alguna de la LOT, por lo que aquí el poder reglamentario excedió, sin más, las previsiones de la ley que jamás le autorizó en tal sentido, haciendo por tanto inconstitucional, al menos parcialmente, el Art. 11 del Reglamento.

Al contrario, el número de negociadores es más bien una típica gestión de negociación previa. En el sector magisterial afirmamos, sin temor a equívocos, que la aplicación de esta disposición no se hará sin un alto costo conflictivo, aun antes de dar por iniciadas las conversaciones.

30. El artículo 12 establece que las negociaciones deberán celebrarse en la sede de la Procuraduría General de la República y sólo por vía de excepción fuera de ese Despacho, si el procurador así lo autoriza. En la misma línea el Art. 13 reconoce al Procurador General de la República o a su representante, la potestad de fijar las oportunidades para las discusiones.

Ambas normas traídas también textualmente de los Instructivos 11 y 16 sacan del ámbito de la negociación, tanto el lugar de discusión, así como la oportunidad de las conversaciones, revelándose un claro privilegio a favor de la Procuraduría, cuyo fundamento no alcanza a descubrirse.

Volviendo de nuevo al sector magisterial y al de la salud, por ser de las experiencias más ricas en este sentido, cabe afirmar que ninguno de los convenios que involucran a estos gremios con los distintos entes de la Administración Pública Nacional, central o descentralizada, han sido negociados en la sede de la Procuraduría, ni siquiera para guardar las formalidades y tampoco este Despacho ha fijado el ritmo y la oportunidad de las negociaciones. Pero es que los contratos del sector petrolero, no han tenido que sujetarse a disposiciones de este tipo, si se quiere referir ahora a otras experiencias, en el sector de las empresas básicas. Como es sabido, el contrato petrolero no se negocia en la Procuraduría y sólo a partir de mediados de la década pasada, el Procurador ha suscrito los contratos colectivos del "holding" petrolero.

¿Qué le agrega o quita a la Convención el cumplimiento de tales formalidades? El que importantes convenios del sector público se hayan venido celebrando al margen de tales privilegios, poco dice sobre su utilidad.

31. No terminan aquí las normas de control de la Administración sobre el proceso de negociación colectiva y así los Instructivos -11 y 6- siguen marcando un modelo de negociación. En efecto, el Art. 14 -idéntico a los correspondientes de los Instructivos- establece que “los acuerdos parciales y finales a que lleguen los representantes de las partes y los del Procurador se entenderán sometidos a la aprobación de este último y así se hará constar en las Actas de las discusiones”. Como el Procurador tendrá a su cargo por sí o mediante representante, la dirección del proceso (Art.4); dicho trámite es innecesario si él mismo asistiese a las negociaciones cuyas actas deberá suscribir. Pero si lo hace, como es usual, un representante suyo, no es de recibo que se guarde el Ejecutivo una instancia unilateral de “alzada” por demás oficiosa, más aún cuando el Art.10 del Reglamento respecto de los entes de la Administración y sus representantes, establece que “en ningún caso podrán alegar insuficiencia de su mandato”; con ello cabrás el supuesto no excepcional de que el representante del ente involucrado apruebe una cláusula, igualmente lo haga el representante del Procurador y luego éste la desapruebe. Así, es obvio que ni los designados por los entes ni los abogados presentes por la Procuraduría son técnicamente representantes, con lo que deviene inútil la exigencia del mandato suficiente (Art. 10 del Reglamento) y no obstante la letra del Art. 13 del mismo Reglamento que refiere a los “representantes” del Procurador. Se trata de una actuación que por lo visto no rebasa una mera labor de gestión.

Pero, qué sentido tendría trámite semejante, si no fuese el de extremar el “dirigismo” de la convención y de sus contenidos por parte de la Administración, cuando en el Artículo 2 del Reglamento se lee que el “Ejecutivo establecerá los criterios técnicos y financieros que regirán las negociaciones colectivas de trabajo”; criterios que no es mucho esperar conozca la Procuraduría, el ente negociador y los “representantes” de cada uno.

Con todo -y ciertamente no hay aquí novedad más que traer al Reglamento las disposiciones correspondientes (semejantes muchas) de los Instructivos- lo relevante es que el Ejecutivo, por órgano del Procurador General de la

República, consolida una instancia de control aprobatorio de la convención. No obstante, esa instancia parece todavía insuficiente y así el Art. 15 del Reglamento sanciona, que una vez las partes lleguen a un acuerdo definitivo, el Procurador enviará el texto aprobado a Cordiplan para que en el plazo de 30 días hábiles siguientes -un mes y medio de promedio contado por días continuos- realice el estudio económico del acuerdo y determine su costo en comparación a las condiciones que estuvieren vigentes y compruebe que el compromiso negociado no excede de los límites técnicos y financieros establecidos por el Ejecutivo Nacional. Sin conocer este informe no podrá suscribirse la Convención (Art.15 Reglamento). Así queda claro que para el Reglamento, la negociación colectiva en este sector no será más que lo resultante entre lo establecido por el Ejecutivo -sin participación de los sindicatos (Cfr. Art. 2)- mediante los "criterios técnicos y financieros" que han de regir la convención y lo finalmente acordado, que siempre deberá estar por debajo de aquel límite.

32. No se pierda de vista que el estudio inicial de costos ha debido realizarse según las normas fijadas por Cordiplan; que dichos costos y los que vayan surgiendo de la negociación son, o al menos deben serlo, conocidos por la Procuraduría General de la República pero fundamentalmente por los "representantes" de los entes públicos involucrados, más aún, cuando todos los acuerdos deben entenderse sometidos a la aprobación del Procurador (Art. 14 Reglamento). Entonces, qué carácter y utilidad tiene este trámite. Lo confirma el parágrafo único del Art. 15 del Reglamento: "En caso de que el informe de Cordiplan determine que el compromiso excede los límites técnicos y financieros establecidos por el Ejecutivo Nacional, deberá pronunciarse sobre los "ajustes" necesarios y devolver el texto del acuerdo a la Procuraduría -que ya ha debido aprobarlo- a fin de que ésta notifique a las partes para que en un lapso no mayor de 30 días hábiles -otro mes y medio contado por días consecutivos- efectúen los "ajustes" necesarios siguiendo las observaciones del ente planificador y remitirá el texto del acuerdo revisado y ajustado a Cordiplan para su correspondiente aprobación" (los resaltados son nuestros). Al respecto diremos:

a. Dicho trámite se evitaría simplemente ordenando la participación de Cordiplan en la propia negociación, más cuando los estudios de costos deberán hacerse en base a sus normativas;

- b. Si Cordiplan debe aprobar el acuerdo “revisando y ajustando” qué valor tendrá la aprobación previa del Procurador General de la República y cuál debe prelarse si, con todo, nada autoriza a sostener que el Procurador deba sujetarse a otra autorización distinta de la suya (excepción de lo dispuesto en el Art. 527 de la LOT).
- c. Con todo, vencido ese plazo -30 días hábiles- sin que las partes acuerden los “ajustes” debe tenerse por agotada la vía conciliatoria abriendose así la conflictiva. De cualquier modo y en desmedro del lapso anotado, no es obligación del sindicato respetar semejante período si tuviese decidido iniciar la etapa conflictiva, lo que no puede serle denegado si estimase inaceptable hacer otros “ajustes”, modo eufemístico de llamar a la “rebaja” en las pretensiones. Lo contrario significa que, por vía reglamentaria, se extienden los lapsos de impasse previos a la huelga en clara violación del “principio de legalidad” (Art. 92 CN);
- d. De nuevo, en el estudio que hará Cordiplan no participan los sindicatos o gremios partes de la negociación, por lo que la estimación de costos es una afirmación unilateral de la Administración;
- e. Repárese en la suma de lapsos que van resultando hasta este estado y estimese un período promedio entre la presentación del pliego y la firma del convenio.

33. Por último, el Art. 16 ordena el depósito de la convención colectiva por ante la Dirección General Sectorial de Trabajo del Ministerio del ramo, requisito de “publicitación” que trasluce el carácter normativo de la convención, modo también de mostrar la incorporación del acuerdo al Estatuto de Función Pública.

La norma final descubre, aun siendo una regla de responsabilidades, ideas no muy claras sobre la naturaleza del derecho a la negociación colectiva y particularmente acerca del carácter de estos trámites. El Art. 16 del Reglamento dice: “El incumplimiento, tanto de las instrucciones técnicas y financieras que establezca el Ejecutivo nacional como de las presentes disposiciones, por parte de los intervenientes en las negociaciones en representación de la Administración Pública Nacional dará lugar ...”

Es ese el sentido de las “instrucciones” y de los criterios técnicos y financieros referidos en el Art. 1 del Reglamento, en el sentido de que, el único

destinatario de ellas no son sino los funcionarios que intervengan en la negociación en representación de la Administración Pública Nacional, nadie más y menos los representantes sindicales, aclaratoria que por demás debe seguramente estimarse como innecesaria a no ser que la "tradición ejecutivista" en el modelo de relaciones laborales en Venezuela, llegue hasta hacer "necesario" que lo obvio se escriba aunque sólo sea para mostrar un cambio de rumbo, si lo hubiere. Parece no ser éste el caso.

Lo dicho sí permite afirmar que el incumplimiento de las preceptivas del Reglamento, si bien puede determinar "responsabilidad" para los Funcionarios Públicos involucrados, para nada afectará a la " validez" del convenio y así se explica la "ratio" del precitado Art. 16 -último- del Reglamento, pues la validez le viene dada al nacer un "Convenio Colectivo", al margen de las exigencias de conducta qué la norma reglamentaria haga a los funcionarios participantes.

34. Sin embargo, no se agotan aquí las tramitaciones, resta todavía la prevista en el Art. 527 de la LOT que prevé la aprobación del Consejo de Ministros -cuarta instancia de aprobación- de las Convenciones Colectivas del Sector Público que envuelvan erogaciones que afecten a otros ejercicios presupuestarios además del vigente. Vale decir todas, pues las convenciones tendrán una duración mínima de dos (2) años y un máximo de tres (3) según el Art. 523 de la LOT. Además, el artículo 527 en su primera parte ordena, que de acordarse erogaciones para el sector público, no previstas en el presupuesto vigente, "se entenderá que los incrementos acordados se harán efectivos en el próximo ejercicio fiscal, a menos que asegure la disponibilidad de los fondos requeridos para su cumplimiento inmediato". No aclara, con todo, el artículo precitado y tampoco el Reglamento, cuál es el régimen transitorio que surge, por un lado de la demora en la negociación del nuevo acuerdo y por el otro, de la compensación al funcionario por el tiempo que transcurra entre la firma del acuerdo y el momento de hacerlo exigible; ello para no perjudicarlo y para que el retardo no le sea atractivo a la Administración.

Hablamos de los conocidos como "retroactivos" o "bonos únicos", usualmente pagaderos a la firma de la nueva convención, como sí de modo expreso había previsto el Proyecto de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Carrera Administrativa. De otro lado se echa en falta que el Reglamento no explique

que los beneficios se entenderán **causados** a toda eventualidad desde el momento de la firma del convenio y al margen de que la oportunidad del disfrute efectivo coincida con la entrada en vigencia del nuevo presupuesto. Ambas situaciones se previeron y resolvieron, de modo expreso, en el PRLCA, estableciéndose que el período de negociación puede ser compensado económicamente, con lo cual se legitimaba el pago de los “retroactivos”.

35. Con todo, otras normas del PRLCA, de indudable signo progresista, no figuraron en el texto del Reglamento. Mencionemos al menos dos de ellas:

- a. La que establecía el ámbito material de la negociación. El Art. 12 del PRLCA exclusa de la negociación lo relativo a ingresos, **sueldos iniciales**, ascensos, traslados, suspensión y retiro de los Funcionarios Públicos. El Art. 8 de la LOT, por su parte, remitió a la LCA lo relativo al “sistema de renumeraciones”, término omnicomprensivo que en la práctica sustrae de la negociación la cuestión salarial;
- b. Como se dijo, nada estableció el Reglamento sobre la posibilidad de compensar, en los términos y condiciones que se convengan, “el tiempo transcurrido entre el vencimiento de un acuerdo sobre condiciones de trabajo y la entrada en vigencia del que deba sustituirlo ...”. En la exposición de motivos sobre el PRLCA se lee: “En vista de que el Ejecutivo Nacional debe ajustar su proceder a lo establecido en la Ley de Presupuestos, se prevé que la exigibilidad de los beneficios económicos obtenidos en la negociación, será sólo exigible a partir de la entrada en vigencia de dicha ley. Además, con el propósito de no burlar los intereses de los funcionarios, se exige que los organismos tomen las previsiones presupuestarias para cumplir con los compromisos contraídos, dado que tienen tiempo para formular el respectivo presupuesto. Se consolida la facultad -continúa la exposición de motivos- de otorgar mediante convenio, una compensación económica única que comprenda el tiempo transcurrido entre el vencimiento de un acuerdo y la entrada en vigencia del que deba sustituirlo, evitando así perjuicios económicos al funcionario ante la demora injustificada en su celebración (pp. 2 y 3);
- c. Por último y como se indicó, el PRLCA distingua entre los beneficios “causados” y la exigibilidad de los mismos que lo serán de modo automático con la entrada en vigencia de la nueva Ley de Presupuesto. El Art. 15 del Proyecto rezaba así: “Los acuerdos sobre condiciones de trabajo de los

funcionarios públicos tendrán una duración no menor de dos (2) años desde su firma. No obstante, los beneficios económicos que se causasen, sólo serán exigibles a partir de la entrada en vigencia de la Ley de Presupuestos que regirá el próximo ejercicio fiscal, a cuyo efecto, los organismos respectivos tomarán las previsiones presupuestarias a que hubiere lugar". Por cierto que ninguna norma similar al citado Art. 527 de la LOT -Aprobación de los Convenios Colectivos por el Consejo de Ministros- trae la proyectada reforma.

36. Corolario de todo lo dicho sería plasmar, al menos esquemáticamente, el transitar de un Proyecto de Convención Colectiva, según lo preceptuado en el Reglamento: Presentación del Proyecto (Insp. Nacional de Trabajo); Admisión del Proyecto sin referencia a plazo alguno; Remisión a la Procuraduría General de la República; notificación a las partes por la Procuraduría; solicitud de estudio comparativo al ente público involucrado y solicitud de designación de representantes en la negociación, igual al sindicato -no más de siete (7) miembros-; remisión del texto aprobado a Cordiplan para que éste elabore el estudio económico comparativo -lapso, treinta (30) días hábiles siguientes a la fecha de recibo-; si el estudio muestra diferencia con los límites técnicos y financieros, se remitirá a la Procuraduría para que lo notifique a las partes y hacerle los ajustes necesarios en un lapso no mayor de treinta (30) días hábiles, por último, remisión al Gabinete Ejecutivo para su aprobación, sin alusión a lapso alguno. Lo anterior no considera que se ejerza algún tipo de recurso en sede administrativa o judicial que pueda suspender el transcurso del proceso.

Lleva razón el profesor Marín Quijada al hablar de un proceso "contractualista y acartonado" planteando más como un mecanismo que entraba que como un modo de favorecer las conversaciones. Es cierto entonces que los funcionarios públicos o al menos algunas de sus organizaciones, han cambiado una situación que conquistaron en los hechos por una camisa de fuerza cortada sobre un molde de 1936 ³².

La principal Central Obrera del país ha hecho "un mal negocio" y el Ejecutivo Nacional ha comenzado "a poner las cosas en su sitio." El tiempo dirá si llevamos razón.

³² Vid.: MARÍN QUIJADA. Cita núm. 29 "Ut supra".

Colaboraciones Internacionales



Armonización y unificación del Derecho Privado en América Latina: esfuerzos, tendencias y realidades

Alejandro M. Garro

Profesor de Derecho Latinoamericano,
Universidad de Columbia;

Investigador Asociado,
Parker School of Foreign and Comparative Law;
Abogado, Universidad Nacional de La Plata;
LLM, Louisiana State University;
JSD, Columbia University.

Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, N° 85
Universidad Central de Venezuela
Caracas, 1992



INTRODUCCION *

La mayoría de los países de la región que suele identificarse como América Latina comparten una cultura jurídica de raigambre neo-romanista en el campo del derecho privado¹, un marco institucional de corte netamente liberal, original y fundamentalmente inspirado por el institucionalismo norteamericano², y un compromiso internacional con el sistema interamericano de protección de los derechos humanos³. Los países iberoamericanos también mantienen puntos de contacto a raíz de una historia política contemporánea relativamente accidentada

* Copyright © 1992, Alejandro M. Garro. Expreso mi agradecimiento por las observaciones críticas del Dr. José Luis Siqueiros y del Sr. Embajador Didier Operetti Badán, a un borrador inicial de este manuscrito; mi reconocimiento al Estudio Jurídico Budreau & Dahl por haber puesto a mi disposición su biblioteca y asistencia secretarial durante mi estadía en Dallas y a la Sra. Grossman del Departamento de Asuntos Jurídicos de la Organización de Estados Americanos por su gentil predisposición para hacerme llegar documentos de la O.E.A. utilizados en este trabajo. Los errores de información y de juicio, obviamente, corren exclusivamente por mi cuenta.

¹ V., *infra*, texto que acompaña las notas 114 - 131.

² La influencia del constitucionalismo norteamericano en América Latina sobrevino a la independencia política de España y Portugal y se extendió durante el siglo XIX fundamentalmente a través de la obra de Alexis de Tocqueville, *La democracia en América del Norte*, cuya traducción castellana por Sánchez de Bustamante ya se conocía en América Latina desde 1837. Véase H. Fix-Zamudio *Función del Poder Judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos*, en *LATINOAMERICA: CONSTITUCION, PROCESO Y DERECHOS HUMANOS*, México, 1988, p. 223; *Breves reflexiones sobre los Instrumentos de armonización jurídica en América Latina*, *ibidem*, p. 313.

³ En el año 1992, 23 países latinoamericanos ya han ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José de Costa Rica, adoptada el 22 de noviembre de 1969 y que entró en vigor el 18 de julio de 1979. O.A.S.T. N°36, Off. Rec. OEA/Ser. L/VII.23, doc. 21, rev. 6 (1979). Estos países son: Argentina, Barbados, Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Surinam, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela. De estos veintitrés países, catorce habían aceptado, a principios de 1992, la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos contenciosos: Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Surinam, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela. Véase ANNUAL REPORT OF THE INTER-AMERICAN COMISSION ON HUMAN RIGHTS, 1990-1991, Annex "A" (1991).

e inestable y una estructura social y económica similar. A pesar de las distinciones de matiz, en algunos casos importantes, que pueden trazarse entre sub-culturas jurídicas luso e hispanoamericana, y teniendo en cuenta las diferencias culturales entre países de extracción colonial francesa y británica en el seno de la Organización de Estados Americanos (OEA.), continúan existiendo puntos de contacto entre los sistemas jurídicos latinoamericanos. Estas características comunes se apoyan fundamentalmente en una identidad regional que permite analizar sus esfuerzos y contrastar sus logros y fracasos en el campo de la armonización y unificación del derecho privado⁴.

El propósito del presente trabajo es el de reseñar la labor y las tendencias pasadas y futuras de la armonización y unificación del derecho privado en América Latina. Un segundo objetivo es el de examinar las tendencias actuales de integración jurídica latinoamericana a la luz de la creciente globalización del comercio internacional. Este análisis me conduce a aconsejar el abandono de la tradicional postura regionalista en los esfuerzos de unificación y armonización del derecho privado, al menos en tanto y en cuanto dicha postura no encuentre justificación en genuinas diferencias jurídicas con aquellos países con quienes las naciones de América Latina, individual y colectivamente, mantienen un nivel significativo de tráfico comercial internacional. La postura asumida propone una participación más activa por parte de los países latinoamericanos en los esfuerzos de unificación que llevan a cabo organismos con vocación unificadora universal como la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya

⁴ Los términos "armonización" y "unificación" son empleados en forma flexible en este artículo, pero conviene puntualizar que ambos vocablos tienen un alcance diferente. Una genuina "unificación" del derecho privado podría implicar la adopción de un texto común, que pueden ser tratados o convenciones internacionales o una ley modelo, y su aplicación directa por los tribunales locales o su revisión judicial por un tribunal supranacional. En cambio, el concepto de "armonización" (*rapprochement* o *Angleichung*) es más flexible y no implica necesariamente la adopción de un texto uniforme; se refiere más bien a una simple aproximación de criterios jurídicos, apoyándose en bases, leyes modelos, o doctrina común, que pueden servir de punto de partida para que los legisladores y jueces nacionales puedan coordinar el enfoque jurídico de un conflicto de intereses determinado. Véase Ancel: *From the Unification of Law to Its Harmonization* TULANE LAW REVIEW, diciembre 1976, pp. 114-117; Fix-Zamudio: *Breves reflexiones sobre los instrumentos de armonización jurídica en América Latina*, en LATINOAMERICA: CONSTITUCION, PROCESO Y DERECHOS HUMANOS, México, UNAM, 1988, pp. 313, 316, 322; Zaphiriou *Harmonization of Private Rules Between Civil and Common Law Jurisdictions*, AMERICAN JOURNAL OF COMPARATIVE LAW, vol. 38, 1990, p. 71. Véase también, Monaco *L'evoluzione attuale del diritto uniforme*, en RACCOLTA DI SCRITTI IN MEMORIA DI AGOSTINO CURTI GIALDINO, vol. 1, 1990, pp. 145, 147 (quien ubica la armonización como una etapa intermedia entre la comparación y la unificación del Derecho).

(Conferencia de La Haya), la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, también conocida por sus siglas en inglés UNCITRAL) y el Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT).

La primera parte de este trabajo pretende ubicar el tema de la unificación del derecho privado dentro de la perspectiva actual de creciente globalización de la economía y solidificación de áreas libres de comercio. Luego haré un repaso de las dos etapas fundamentales en que se han dividido estos esfuerzos de unificación, destacando el rol protagónico asumido durante los últimos treinta años por el Comité Jurídico Interamericano de la OEA. Finalmente, se formulan algunos planteos respecto a los obstáculos con que se enfrentan las fuerzas de la unificación jurídica latinoamericana y se esbozan algunas perspectivas sobre la integración futura de los países de América Latina a las corrientes universales del derecho mercantil internacional.

HOMOGENEIDAD JURÍDICA LATINOAMERICANA Y LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO EN UN MUNDO DE CRECIENTE INTERDEPENDENCIA ECONOMICA

La armonización y eventual unificación del derecho privado en América Latina está sugerida por su identidad lingüística y geográfica, religión, lengua, una cierta homogeneidad de costumbres, una similitud de problemas de orden económico, social, político, y, fundamentalmente, raíces jurídicas comunes. De allí que nunca hayan faltado iniciativas en favor de la unificación jurídica latinoamericana, cuyo largo historial se extiende desde el Congreso de Panamá de 1826 convocado por Bolívar⁵, hasta las modernas convenciones interamericanas adoptadas por las Conferencias Especializadas Interamericanas

⁵ Aunque sería exagerado considerar al Congreso de Panamá de 1826 como un paso concreto en materia de codificación del derecho internacional privado latinoamericano, su convocatoria refleja una temprana voluntad política en favor de la armonización jurídica latinoamericana. Fundamentalmente, el Congreso de Panamá se propuso establecer las bases de una política exterior común, un pacto de alianza defensiva y establecer un tribunal internacional de justicia. El Tratado de Panamá, aprobado por este Congreso y suscripto por México, América Central, Colombia y Perú, dispuso el entendimiento futuro de los gobiernos con el fin de discutir y aprobar los principios jurídicos que debían regir sus relaciones mutuas. Véase Briceño Berrú, *Reflexiones sobre la codificación del derecho internacional privado en América Latina*, en L'UNIFICAZIONE DEL DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO E PROCESSUALE STUDI IN MEMORIA DI MARIO GIULANO, pp. 157, 159 (1989) [citado como Briceño Berrú, *Reflexiones sobre la codificación*].

sobre Derecho Internacional Privado (CIDIPs) que desde 1975 se llevan a cabo en el seno de la OEA.⁶

En una primera etapa, que precedió a los movimientos europeos de unificación jurídica continental, los países de América Latina se embarcaron en un ambicioso proyecto de codificación del derecho internacional privado. Una segunda etapa más pragmática, protagonizada por las CIDIP, abandonó la aspiración romántica de la codificación global y se concentró en temas más específicos. Si bien los esfuerzos pioneros y comprensivos de unificación del derecho privado no tuvieron mucho éxito⁷, aquellos realizados por las CIDIPs han culminado hasta la fecha con la aprobación de 21 convenciones interamericanas. Los esfuerzos encaminados a la próxima CIDIP, a realizarse en México en 1994, afirman esta tendencia unificadora hacia una codificación progresiva del derecho internacional privado interamericano⁸.

Los trabajos de las CIDIPs han sido modesta y realísticamente limitados en cuanto a la materia y al espacio. Así, los temas objetos de unificación o armonización no se han extendido más allá de cuestiones relacionadas con los criterios de selección del derecho aplicable y la coordinación de mecanismos de cooperación judicial internacional. Aun cuando se prevé la adhesión de estas convenciones por países que no pertenecen a la OEA, el ámbito espacial de aceptación de los instrumentos interamericanos no excede en la mayoría de los casos el de América Latina. Este objetivo y lo que ya se ha logrado en su cometido no es desdeñable. Sin embargo, la realidad contemporánea del derecho mercantil internacional exige un replanteo acerca de la conveniencia de mantener una postura regionalista en los esfuerzos de unificación del derecho privado.

La implantación de bloques económicos regionales constituye un impulso muy importante en los esfuerzos de armonización y unificación del derecho⁹. Esto

⁶ Véase *infra*, texto acompañando las notas 33-38.

⁷ Véase *infra*, texto que acompaña las notas 16-27.

⁸ Véase *infra*, texto que acompaña las notas 81-106.

⁹ Véase J. Limpens *La evolución de la unificación del Derecho*, REVISTA DE DERECHO COMPARADO; Barcelona, enero-diciembre 1960, pp. 9-18; *id.*, *Relations entre l'unification au niveau régional et l'unification au niveau universel*, REVUE INTERNACIONAL DE DROIT COMPARE, París, enero-marzo 1964, pp. 13-31 (quien sostiene que la unificación de carácter regional constituye un paso obligado en la aspiración de una armonización más extensa).

puede comprobarse con la experiencia contemporánea de los países de Europa, que continúan elaborando a ritmo acelerado un derecho comunitario por conducto de la integración económica. Sin embargo, los esfuerzos de armonización y unificación del derecho mercantil en el mundo contemporáneo no se inspiran necesariamente en intereses regionalistas. Se trata más bien de armonizar criterios jurídicos entre países que, a pesar de contar con una tradición jurídica diferenciada y una acentuada disparidad de desarrollo económico, mantienen una relación comercial y por ende de conflictos jurídicos lo suficientemente importantes como para justificar la armonización de sus ordenamientos jurídicos. En una época de creciente interdependencia comercial entre países del "Norte" y del "Sur", entre los que se cuentan en ambos campos naciones con tradición jurídica anglosajona y continental romanista, es necesario replantearse la necesidad y conveniencia en dirigir los esfuerzos de unificación del derecho privado en términos universales y no meramente regionales.

Existen por cierto un buen número de esfuerzos encaminados a solidificar bloques económicos que enlacen los intereses de los Estados Unidos y Canadá con México¹⁰, otro entre repúblicas centroamericanas¹¹, los países de la región andina¹² e incluso los del cono sur del hemisferio¹³. Sin embargo, los resultados

¹⁰ Existe la posibilidad concreta que México se adhiera al Tratado de Libre Comercio celebrado en 1989 entre Canadá y Estados Unidos, circunstancia que sin duda tendrá un impacto importante en la unificación y armonización del derecho privado mexicano y de sus vecinos anglosajones. V., M. Miller, *El acuerdo de libre comercio entre Canadá y Estados Unidos: Lecciones para América Latina*, INTEGRACION LATINOAMERICANA, Buenos Aires, enero-febrero 1990, N° 153, pp. 24-34; G.C. Smith *The United States-Mexico Framework Agreement: Implications for Bilateral Trade*, LAW AND POLICY IN INTERNATIONAL BUSINESS, 1989, vol. 20, p. 655; R. Sandoval: *Mexico's Path Towards the Free Trade Agreement With the U.S.*, 1991. INTER-AMERICAN LAW REVIEW, vol. 23, p. 133.

¹¹ La carta de San Salvador, del 14 de octubre de 1951, creó una Organización de Estados Centroamericanos (ODECA) que estableció varios instrumentos formales de unificación jurídica. V., F. Villagrán Kramer *Controles de legalidad e impugnación de los actos de los organismos de la integración centroamericana*. DERECHO DE LA INTEGRACION, Buenos Aires, abril de 1969, pp. 141-155. También se ha intentado establecer un tribunal comunitario centroamericano, aunque con una competencia distinta a la ejercida por la Corte de Justicia Centroamericana que funcionó entre 1907 y 1918. V., C.J. Gutiérrez *La Corte de Justicia Centroamericana*, REVISTA DEL COLEGIO DE ABOGADOS, San José, setiembre-diciembre de 1949, vols. 45-48, pp. 262-276, 297-315, 361-367 y 378-402.

¹² Acerca de los vaivenes de "integración" y "desintegración" de los países del llamado Pacto Andino que firmaron el Acuerdo de Cartagena del 26 de mayo de 1969 (originalmente firmado por Bolivia, Chile, Ecuador y Perú, al que posteriormente se unió Venezuela y del que se desprendió Chile), puede consultarse con provecho la obra de F.V. GARCIA AMADOR *THE ANDEAN LEGAL ORDER. A NEW COMMUNITY LAW*, Dobbs Ferry, Nueva York, 1978; V.J.G. Andueza, *La aplicación directa del ordenamiento Jurídico del Acuerdo de Cartagena*, INTEGRACION LATINOAMERICANA, Buenos Aires, 1985, vol. 98, p. 3; A. Preziosi, *The Andean Pact's Foreign*

económicos de la integración latinoamericana han sido modestos hasta la fecha. El nivel de intercambio comercial de los países de América Latina entre sí, al menos por el momento, carece en la mayoría de los casos de la envergadura de las relaciones comerciales que mantienen cada uno de los países de la región con los países de la Comunidad Económica Europea y los Estados Unidos. De allí la necesidad que los esfuerzos de unificación del derecho privado en América Latina deban orientarse hacia una creciente participación en esfuerzos similares que llevan a cabo organismos con vocación unificadora universal. Este planteo no se encuentra justificado solamente en el nivel de intercambio comercial que mantienen los países de la región, sino que también se apoya en la ausencia de criterios jurídicos diferenciadores de entidad suficiente como para justificar una postura regionalista separada de las corrientes de unificación universal.

Reconozco que la adhesión de muchos países latinoamericanos a convenciones multilaterales sobre derecho internacional privado ha sido lograda gracias a la labor tesonera de los organismos técnicos de la OEA. Es oportuno tener en cuenta la improbabilidad que un buen número de países hubieran prestado su conformidad a adherirse a un convenio multilateral fuera del contexto regional interamericano. Esto es comprensible, pero no necesariamente justificable. Existe por cierto una mayor predisposición política a adoptar textos "propios" que a adherirse a convenciones universales, tendencia que, por otra parte, no es exclusiva de los países de América Latina. Sin embargo, a pesar de esta realidad política, cabe preguntarse si esta postura regionalista encuentra su razón de ser en diferencias genuinas en el enfoque jurídico respecto a los temas sujetos a unificación. Creo que éste no es el caso y que redundaría en beneficio de los países de América Latina reemplazar la retórica de solidaridad hemisférica por un trabajo serio,

Investment Code Decision 220: An Agreement to Disagree, INTER-AMERICAN LAW REVIEW, Miami, 1989, vol. 20, p. 3.

¹³ El proceso de integración subregional en América Latina dio un paso importante al concluirse el Tratado para la Constitución de un Mercado Común (Tratado de Asunción) entre la República Argentina, la República Federativa del Brasil, República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay. V. Ch. Chatterjee, *The Treaty of Asuncion: an Analysis*, JOURNAL OF WORLD TRADE LAW, Geneva, 1992, vol. 26, p. 63. La decisión política de constituir antes de 1995 el denominado "Mercado Común del Cono Sur" responde la "consolidación de los grandes espacios económicos y la globalización del escenario económico internacional" Acta de Buenos Aires del 6 de julio de 1990. V., E. Oteiza y G. Tempsta, *El desafío del mercado único*, REVISTA DE JURISPRUDENCIA ARGENTINA, Buenos Aires, 25 de diciembre de 1991, N° 5756, p. 2; S. Albanese, *El Tratado de Asunción: Hacia la constitución de "Mercosur"*, REVISTA LA LEY, Buenos Aires, 15 de octubre de 1991, p. 1.

orientado a determinar las áreas de coincidencia y reforzando su adecuada representación en los foros internacionales para la defensa de aquellas posturas jurídicas que realmente justifiquen, en cada caso concreto, un apartamiento de las corrientes de unificación universal.

En efecto, estimo que las diferencias jurídicas, en aquellos casos en que se presentan, no son tantas, y que vale la pena embarcarse en el esfuerzo de superarlas. La semejanza de criterios puede constatarse al comparar la similitud, cuando no identidad, de textos adoptados por algunas convenciones interamericanas en materia de cooperación judicial con aquellos que sobre el mismo tema han sido previamente elaborados por la Conferencia de La Haya. También puede constatarse este núcleo común de aproximaciones al comparar la convención sobre arbitraje comercial internacional elaborada en 1958 bajo el auspicio de las Naciones Unidas con la convención interamericana sobre el mismo tema¹⁴. Además, como se verá con mayor detenimiento más adelante, el actual anteproyecto de convención interamericana en materia de ley aplicable a los contratos internacionales también es compatible con las orientaciones básicas adoptadas en el mismo tema por las Convenciones de Roma (1980) y La Haya (1986)¹⁵.

Si las discrepancias jurídicas no son tan importantes como para precluir un entendimiento entre los criterios inspiradores de la unificación del derecho privado universal, ¿no vale la pena acaso incrementar la participación latinoamericana en foros como la Conferencia de La Haya a efectos de arribar a un acuerdo multilateral de mayor alcance espacial? ¿Acaso no redundaría esta apertura en un beneficio de todos los Estados que participan en los esfuerzos de unificación? No desconozco el valor que ha tenido a través de los años el espíritu de solidaridad latinoamericana, históricamente dirigido a asegurar una independencia política y soberanía económica en constante acecho. Sin embargo, este sentimiento recíproco de fraternidad, que pocas veces ha fructificado en logros concretos, no debe conducir al enclaustramiento de los esfuerzos de unificación del derecho privado. A fin de apreciar las posibilidades que se

¹⁴ V., A. Van den Berg, *The New York Convention 1958 and Panama Convention 1975; Redundancy or Compatibility?*, ARBITRATION INTERNATIONAL, Londres, 1989, vol. 5, p. 214.

¹⁵ V. Documento de antecedentes sobre el tema "Proyecto de Temario de la Reunión de Expertos en Materia de Contratación Internacional", OEA/Ser.G. CP/CAJP-839/91, 29 octubre 1991. Asimismo, véase *infra*, texto que acompaña las notas 96 - 106.

ofrecen para integrar la perspectiva latinoamericana a las nuevas tendencias del derecho mercantil internacional, conviene repasar brevemente el historial de la codificación del derecho internacional privado en América Latina. Luego de reseñar las etapas por las que ha atravesado este largo proceso, pasará a examinar las perspectivas que se ofrecen para la unificación del derecho privado substantivo latinoamericano en el campo de la contratación internacional. El propósito de esta excursión panorámica no es el de profundizar acerca del alcance normativo de estos esfuerzos, sino más bien apreciar su impacto en la futura participación de los países latinoamericanos en los esfuerzos de unificación en los que se encuentran embarcados otros foros internacionales.

ETAPAS EN LA CODIFICACION DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN AMERICA LATINA: DEL IDEALISMO AL PRAGMATISMO

Los esfuerzos pioneros de los países de América Latina en la unificación del derecho privado se remontan al siglo pasado¹⁶. La fuerza inspiradora de estos esfuerzos reposaba en el optimismo universalista de las ideologías imperantes en aquella época, que perseguía una codificación comprensiva del derecho privado universal. En 1875, cuando los países de Europa recién comenzaban a preocuparse por la unificación del derecho privado, el gobierno peruano

¹⁶ Entre una abundante bibliografía sobre la codificación del derecho internacional privado en América Latina, puede consultarse Briceño Berrú: *Sinopsis histórica de la codificación del Derecho internacional privado civil y procesal en América Latina*, en ACTAS PROCESALES DE DERECHO VIVO, Caracas, 1981, pp. 177-215; GARCIA AMADOR, *SISTEMA INTERAMERICANO A TRAVES DE TRATADOS, CONVENCIONES Y OTROS DOCUMENTOS*, vol. 1, Secretaría General de la OEA, Washington, 1981; CAICEDO CASTILLA, *La contribución de América Latina al desarrollo del Derecho internacional: realizaciones del Comité Jurídico Interamericano*, en TERCER CURSO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ORGANIZADO POR EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO, Secretaría General de la OEA, Washington, 1976, pp. 13-42; PARRA-ARANGUREN, *CODIFICACION DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN AMERICA*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1982; Siqueiros, *La codificación del Derecho internacional privado en el continente americano*, JURIDICA, Anuario del Departamento de la Universidad Iberoamericana, México, 1982, pp. 235-251; Vieira, *La codificación del derecho internacional privado en el continente americano antes y después de Panamá*, ANUARIO IHLADI, Madrid, 1979, p. 261; Villela, *L'unification du droit international privé en Amérique Latine*, REVUE CRITIQUE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE, 1984, PP. 233-262; De Maekelt *General Rules of Private International Law in the Americas*, 177. RECUEIL DES COURS, p. 193 (1982-IV); Goldschmidt, *Droit international privé Latino-American*, JOURNAL DE DROIT INTERNATIONAL, vol. 100, p. 65 (1973); R. HERBERT, *DEL CONGRESO DE LIMA A LA CIDIP-III* (Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut, Saarbrücken 1984).

convocó a un grupo de juristas latinoamericanos para explorar si existían concepciones jurídicas lo suficientemente concordantes como para plasmarlas en acuerdos internacionales. Al Congreso de Lima de 1877-78 concurrieron, además del Perú, representantes de Argentina, Bolivia, Chile, Costa Rica, Cuba y Venezuela. La idea de emprender la unificación del derecho sustantivo interno de los países participantes fue pronto dejada de lado. La labor del Congreso de Lima se concentró en concluir un tratado de extradición y otro de derecho internacional privado. Este tratado constaba de 60 artículos divididos en 8 capítulos, incluyendo reglas sobre conflictos de leyes en materia de estado y capacidad civil, matrimonio, sucesiones, y mecanismos de cooperación en materia de competencia internacional y ejecución de sentencias extranjeras¹⁷. La guerra del Pacífico que se desató en 1879 y discrepancias respecto a algunas de sus disposiciones impidieron que el Tratado de Lima entrara en vigor al ser ratificado solamente por el país anfitrión¹⁸.

El paso siguiente más significativo dentro de este proceso de codificación latinoamericana fue el Primer Congreso Sudamericano de Derecho Internacional privado de Montevideo, que tuvo lugar en 1889. En este congreso se adoptó el primer grupo de nueve tratados multilaterales sobre derecho internacional privado que entró en vigor en el mundo. Los tratados de Montevideo de 1889 fueron ratificados sólo por Argentina, Bolivia, Colombia, Paraguay, Perú y Uruguay¹⁹. Los tratados de mayor aplicación han sido los de Derecho civil,

¹⁷ Sobre el Congreso de Lima de 1877-78, puede consultarse García Calderón, *Congreso Americano de Jurisconsultos de Lima de 1877*, REVISTA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS, Lima, 1977, pp. 25-44; MacLean Ugarteche, *El Derecho Internacional Privado Peruano y el Congreso Americano de Jurisconsultos de Lima de 1877*, *ibid.*, pp. 45-67; NUÑEZ Valdivia, *Centenario del Tratado de Derecho Internacional Privado*, REVISTA DE JURISPRUDENCIA PERUANA, Lima, 1978, pp. 114-125 y 210-219; Pradier Fodré Notice sur les premières conférences du Congrès des Juristes Américains tenu à Lima, BULLETIN DE LA SOCIETE DE LEGISLATION COMPAREE, París, 1878, pp. 524-533.

¹⁸ Mientras que el Tratado de Lima se inclinó por el sistema italiano de la nacionalidad para determinar la ley aplicable en materia de estado civil y capacidad de las personas, la mayoría de los países latinoamericanos se inclinaban por el criterio territorial que sugería la ley del domicilio. Algunas de las disposiciones del Tratado de Lima fueron posteriormente incorporadas al tratado bilateral de derecho internacional privado acordado en 1906 entre Ecuador y Colombia. Véase Maekelt, *supra* nota 18, p. 222.

¹⁹ Colombia, que no había participado en el Congreso, se adhirió posteriormente a los tratados sobre derecho procesal, civil y comercial. Véase Briceño Berrú: *Reflexiones sobre la codificación supra* nota 5, p. 175, n. 28, quien describe la siguiente situación actual de vigencia de los Tratados de Montevideo de 1889: (1) Derecho civil internacional (Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú, Uruguay, Colombia); (2) Derecho comercial internacional (Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú, Uruguay, Colombia); (3) Derecho procesal internacional (Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú, Uruguay, Colombia); (4) Derecho penal internacional (Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú y Uruguay); (5) Propiedad artística y literaria (Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú,

procesal y comercial internacional, pero sus praxis jurisprudencial ha sido bastante escasa en proporción a los años que han transcurrido desde que entraron en vigor²⁰. Los nueve tratados de Montevideo de 1889 fueron revisados por el Segundo Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado de 1939-40. Empero, las modificaciones que se incorporaron a los Tratados de 1889 fueron escasas y sólo fueron ratificadas por Argentina, Paraguay y Uruguay²¹.

Sin duda que el esfuerzo unificador más comprensivo y de mayor alcance territorial en América Latina está representado por el Código de Derecho Internacional Privado o Código Bustamante, aprobado en la Sexta Conferencia Panamericana que tuvo lugar en La Habana en 1928²². El Código Bustamante fue suscripto por 20 países y ratificado por 15 de ellos²³. Sin embargo, la apariencia de uniformidad que transmite a primera vista su extenso articulado se desvanece cuando se repara en las concesiones excesivas al derecho local y en la cantidad y amplitud de las reservas de que fue objeto²⁴.

Uruguay, también adherido por Alemania, Austria, Bélgica, España, Francia, Hungría e Italia); (6) Patentes de invención (Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú y Uruguay); (8) Ejercicio de profesionales liberales (Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú, Uruguay, Colombia, Ecuador); (9) Protocolo adicional (Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú y Uruguay).

²⁰ Briceño Berrú, *Reflexiones sobre la codificación*, *supra* nota, p. 184, quien, además, destaca que las materias que fueron objeto de regulación especial se refieren al campo de las relaciones matrimoniales y a los contratos, y que en algunos de los Estados que ratificaron los tratados de Montevideo, éstos suelen servir de apoyo doctrinario, y aplicarse por analogía, a una diversidad de casos que resuelven conflictos con Estados que no son partes de dichos tratados. Véase también V. ROMERO DEL PRADO: *MANUAL DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO*, vol. 1, Buenos Aires, 1944, pp. 604, 606.

²¹ El estado actual de las ratificaciones de los Tratados de 1939-40 es el siguiente: los tres países (Argentina, Paraguay y Uruguay) ratificaron los tratados de derecho civil, comercial terrestre, navegación comercial, procesal, penal, la Convención sobre ejercicio de profesiones liberales y el Protocolo adicional. Solamente Paraguay y Uruguay ratificaron los tratados sobre asilo y refugio políticos y sobre propiedad intelectual Briceño Berrú, *Reflexiones sobre la codificación*, *supra* nota 5, p. 176, nota 33; De Mackelt, *supra* nota 18, p. 224.

²² Véase 86 L.N.T.S., 111; *The International Conferences of American States 1889-1928*, p. 367 (J.B. Scott ed, 1931); HUDSON, *INTERNATIONAL LEGISLATION*, 1931, vol. 4, p. 2279; J. SAMTLEBEN, *DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN AMERICA LATINA. TEORIA Y PRACTICA DEL CODIGO BUSTAMANTE*, Parte General, vol. 1, Buenos Aires, 1983; Lorenzen, *The Pan American Code of Private International Law*, *TULANE LAW REVIEW*, vol. 4, 1930, p. 499; Briceño Berrú, *Los tratados latinoamericanos de derecho internacional civil y procesal civil. Su valor y vigencia actuales*, *RIVISTA DI DIRITTO INTERNATIONALE PRIVATO Y PROCESSUALE*, 1980, pp. 535-553.

²³ Estos países son: Bolivia, Brazil, Chile, Costa Rica, Cuba, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú y Venezuela.

²⁴ Por ejemplo, en materia de ejecución de sentencias extranjeras (arts. 423-437), el Código carece de criterios uniformes para determinar el procedimiento aplicable al reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, descansando en la ley procesal local del lugar de ejecución del fallo (art. 424). De esta forma, aunque el Código establece una serie de criterios para determinar la competencia internacional, los mismos se encuentran

El Código Bustamante no fue ratificado por Argentina, Colombia, México, Paraguay y Uruguay; cinco países (Bolivia, Costa Rica, Chile, Ecuador y El Salvador) lo ratificaron con reservas indeterminadas, esto es, subordinando la aplicación del Código a la legislación interna²⁵; y otros cuatro países (Brasil, Haití, República Dominicana y Venezuela) ratificaron el Código Bustamante haciendo reserva de algunos de sus artículos. Además, al disponer su artículo 7 que por "ley personal" se entiende la del domicilio o la de la nacionalidad, o la que haya adoptado o adopte en adelante la legislación interna del Estado interesado, la unificación del criterio de ley aplicable sólo se hubiera logrado en caso de un acuerdo generalizado acerca de la ley del domicilio o la de la nacionalidad²⁶. Esto no ocurrió, privando al Código Bustamante de su gran potencial unificador²⁷.

subordinados a lo que determine la ley local. Por lo tanto, para ejecutar una sentencia extranjera bajo el régimen del Código Bustamante, el tribunal que pronunció la sentencia no sólo debe ser competente conforme a la *lex fori*, sino que también debe serlo conforme a los criterios establecidos en el Código Bustamante, Véase, Cassad, *Civil Judgment Recognition and the Integration of Multi-State Associations, A Comparative Study*, HASTINGS INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW REVIEW, vol. 4, pp. 1, 21 (1980); J.D. Amado, *Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Latin American Countries. An Overview and Update*, VIRGINIA JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, 1990, VOL. 31, p. 90.

²⁵ Chile, por ejemplo, ratificó el Código Bustamante expresando que "... ante el derecho chileno y con relación a los conflictos que se produzcan entre la legislación chilena y alguna extranjera, los preceptos de la legislación actual o futura de Chile prevalecerán sobre dicho Código, en caso de desacuerdo entre unos y otros. GUZMAN Y MILLANS, CURSO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, Santiago, 1973, pp. 100-101; A. ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, AMERICAN-CHILEAN PRIVATE INTERNATIONAL LAW, New York, 1960, p. 12. Este tipo de reserva es inadmisible bajo el art. 19 (c) de la Convención de Viena sobre los Tratados, U.N. Doc. A/CONF.. 39/27 (1969).

²⁶ Véase Bustamante, *The American Systems on Conflict of Laws and Their Reconciliation*, TULANE LAW REVIEW, vol. 5, 1931, pp. 537, 565-569. La mayoría de los países latinoamericanos establecen la ley del domicilio como ley personal en materia de capacidad civil. Los pocos países que mantenían el principio de la nacionalidad lo han cambiado por el de domicilio. En 1942, por ejemplo, Brasil adoptó la ley del domicilio en oportunidad de introducir reformas al Código Civil. Véase P.G. GARLAND, AMERICAN-BRAZILIAN PRIVATE INTERNATIONAL LAW, New York, 1959, p. 25; H. VALLADAO, DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO, São Paulo, 1968, p. 187; Gallardo, *The Law of Domicile - A Remarkable Connecting Link in Latin-American Conflict of Laws*, INTER-AMERICAN LAW REVIEW, vol. 2, 1960, p. 64.

²⁷ Véase Briceño Berrú, *supra* nota 5, pp. 186-191 (quien describe el campo de aplicación del Código Bustamante en términos de extensión territorial: "De los 2,667,581 km² con que, la superficie total de los países centroamericanos y México, cerca de dos millones pertenecen a este último, por lo que el área de los países no sudamericanos estrictamente hablando se ve circunscrita a 695.000 km², aproximadamente, que es la superficie de los países centroamericanos incluidas las dos islas mayores del Caribe. De los 17 millones de km² con que cuenta América del Sur, si restamos el Brasil (país que ratificó con reservas el Código Bustamante) y los países no ratificantes, el área territorial sobre la cual tiene validez en mayor o menor medida el Código Bustamante en América del Sur se ve reducida a cuatro millones de km², aproximadamente, los que corresponden a Venezuela, Ecuador, Perú, Bolivia y Chile. De estos últimos cinco países, Ecuador, Bolivia y

El paso siguiente de mayor significación en este largo proceso de unificación se produce al incorporarse a esta empresa la Organización de Estados Americanos. El establecer las bases institucionales de la OEA, la Carta de Bogotá aprobada en 1948 dispuso la creación de un Consejo Interamericano de Jurisconsultos, cuya misión incluía la de fomentar, en la medida de lo posible, la uniformidad de las legislaciones americanas. Durante la Tercera Conferencia Interamericana que tuvo lugar en Buenos Aires en 1967, la competencia del Consejo fue transferida a otro organismo, el Comité Jurídico Interamericano (CJI)²⁸. El artículo 105 de la carta de la OEA asigna al CJL, la misión de “promover el desarrollo progresivo y codificación... del derecho internacional... y estudiar los problemas jurídicos referentes a los países en desarrollo del Continente y la posibilidad de uniformar sus legislaciones en cuanto parezca conveniente”. Por su parte, el artículo 3 del Estatuto del CJL establece que uno de los fines de dicho organismo es el de “promover el desarrollo progresivo y la codificación del Derecho Internacional”. Entra en escena a partir de entonces el CJL, protagonista contemporáneo de los esfuerzos de unificación y armonización del derecho privado en América Latina.

Durante los años 50, los esfuerzos de los organismos técnicos de la OEA se orientaron a explotar la posibilidad de armonizar los criterios de selección del derecho aplicable adoptados por el Código Bustamante con aquellos incorporados en los Tratados Sudamericanos de Derecho Internacional Privado y el

Chile ratificaron el Código con reservas indeterminadas que es como decir, prescindir de él o subordinarlo a las leyes internas de cada país; por lo que el área de cuatro millones de km², se ve reducida aún a 2,197,265 Km², que es el área de Venezuela (ratificante con reservas determinadas) y Perú (único país del cono sur que ratificó sin reservas). Por lo que en conclusión en América hispana del Sur, el Código rige efectivamente entre Perú y Venezuela, y en todo el subcontinente entre estos países y el Brasil). Briceó Berrú también puntualiza la diversidad de tendencias respecto al Código Bustamante en América Latina, “que van de su aplicación casi inexistente (Haití y la República Dominicana) a una discreta observancia (Venezuela y Perú). Ibid, p. 190. Cabe recordar, empero, que los tribunales de algunos países regidos por el Código de Bustamante suelen invocar sus principios en la solución de conflictos vinculados con Estados no signatarios del mismo. Véase SAMTLEBEN, *supra nota 22*, p. 324; Briceó Berrú, *ibid.*, p. 188 R.S. LOMBARD, AMERICAN-VENEZUELAN PRIVATE INTERNATIONAL LAW, New York, 1965, p. 26; GARLAND, *supra nota 26*, p. 18.

²⁸ Véase Robertson Revision of the Organization of American States, INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW QUARTERLY, vol. 17, 1968, pp. 346, 359; “Protocolo de Buenos Aires”, 27 de febrero de 1967, T.I.A.S., N° 6847 AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, vol. 64, 1970, p. 966. Véase también, J.R. Vanossi, El Comité Jurídico Interamericano (reseña de su historia y de su obra), REVISTA EL DERECHO, Buenos Aires, vol. 118, p. 771-83.

“Restatement of the Law of Conflicts of Laws” preparado por el “American Law Institute”²⁹. Estos intentos no fructificaron³⁰ y el CJL debió luchar durante los años siguientes contra la inercia de los gobiernos para que cooperaran en forma activa en los esfuerzos de codificación del derecho internacional privado.

Durante la segunda mitad de la década del 60, el CJL comenzó a considerar la posibilidad de orientar sus esfuerzos en forma gradual y progresiva. La idea era la de elaborar y ponerse de acuerdo en instrumentos enfocados en los aspectos medulares de las relaciones comerciales interamericanas, incluyendo temas diversos del derecho procesal y comercial internacional. Es así como en 1971 la Asamblea General de la OEA decidió convocar la Primera Conferencia Interamericana Especializada en Derecho Internacional Privado (CIDIP-I), que se realizó en la ciudad de Panamá del 14 al 30 de enero de 1975. A partir de entonces, las CIDIPs se han venido realizando aproximadamente cada cinco años³¹. En cada una de las materias que han integrado los temarios de las CIDIPs, el CJL ha preparado un informe y un proyecto de convención que ha servido como herramienta inicial de trabajo³².

Las CIDIPs y la nueva generación de convenciones interamericanas reafirman la tradición regionalista y codificadora del derecho internacional privado latinoamericano, pero bajo un nuevo rumbo más sectorializado y progresivo que el perseguido a comienzos del siglo³³. Hasta la fecha se han suscrito 21

²⁹ Véase “Possibility of Revision of the Bustamante Code,” en FINAL ACT OF THE FIFTH MEETING OF THE INTER-AMERICAN COUNCIL OF JURISTS, San Salvador, El Salvador, (Union Panamericana, marzo 1965, mimeo, CJU-77). Nadelmann, **The Need for Revision of the Bustamante Code in Private International Law**, AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, vol. 65, 1971, pp. 782, 783.

³⁰ Un proyecto preparado en 1966 por el profesor José Joaquín Caicedo Castilla no fue bien recibido en el seno de la OEA. Véase, DOCUMENTOS DE LA ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, OEA/Ser. Q/11.9-CII-15, Comité Jurídico Interamericano, Secretaría General de la Organización de Estados Americanos; Nadelmann, **Literature in Latin America on the Law of Conflict of Laws in the United States**, INTER-AMERICAN LAW REVIEW, vol. 4, 1962, p. 103; Nadelmann, **The Need for Revision**, nota, p. 784, n. 14.

³¹ OEA, Asamblea General, Costa Rica, April, 1971, Res. AG/RES.48

³² Véase PROYECTO DE CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE LEY APLICABLE EN MATERIA DE CONTRATACION INTERNACIONAL, Informe presentado por el Dr. José Luis Siqueiros, CJU/SO/I/doc.6/91, 3 junio 1991, p. 2.

³³ Desde esta perspectiva se encuentra la convocatoria a las CIDIP. Así la resolución II de la CIDIP-I de 1975 (Panamá), convocando a la CIDIP-II, expresa: “... es de suma importancia que se continúe observando el método adoptado en esta Conferencia en cuanto al tratamiento de los temas relativos al Derecho Internacional Privado, consistente en la preparación y aprobación de convenciones especiales para cuestiones específicas, iniciándose así una nueva etapa en la evolución de una rama tan importante del Derecho en el marco del Sistema Interamericano.” ACTA FINAL de la CIDIP-I (Panamá, 1975), OEA. Ser. C/VI.21.1; ACTA FINAL de la CIDIP-II

convenciones interamericanas, todas ellas basadas en proyectos elaborados por el CJL, posteriormente discutidas y aprobadas en el seno de cuatro conferencias especializadas: CIDIP-I (Panamá, 1975)³⁴, CIDIP-II (Montevideo, 1979)³⁵, CIDIP-III (La Paz, 1984)³⁶ y CIDIP-IV (Montevideo, 1989)³⁷. Estas convenciones interamericanas sobre temas específicos han ido sustituyendo paulatinamente

(Montevideo 1979) CIDIP-II/Res. VII-79, OEA.Ser. C/VI.21.1; (La Paz, 1984), CIDIP-III/Res. VI-84, OEA.Ser.C/VI.21.3. Briceño Berrú, *Reflexiones sobre la codificación, supra nota 5*, p. 178.

³⁴ CIDIP-I (1975) adoptó convenciones en las siguientes materias: exhortos y cartas rogatorias, recepción de pruebas en el extranjero, régimen legal de poderes para ser utilizados en el extranjero; letras de cambio, pagarés y facturas; cheques; arbitraje comercial. Véase, G. PARRA - ARANGUREN, LA PRIMERA CONFERENCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, Panamá, 1975, en LIBRO HOMENAJE A LA MEMORIA DE JOAQUIN SANCHEZ COVISA, Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1975, p. 273; Abarca Landero, *Convenciones Interamericanas en Materia Procesal, Panamá 1975*, en COOPERACION INTERAMERICANA EN LOS PROCEDIMIENTOS CIVILES Y MERCANTILES, UNAM, México, 1982, p. 682.

³⁵ CIDIP-II (1979) adoptó convenciones sobre normas generales de derecho internacional privado; domicilio de las personas físicas en el derecho internacional privado; protocolo adicional a la convención sobre exhortos y cartas rogatorias de 1975; eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros; cumplimiento de medidas cautelares; prueba e información acerca del derecho extranjero; cheques; sociedades mercantiles. V., Samtleben, *Die Interamerikanischen Spezialkonferenz für internationales Privatrecht*, RABELS ZEITSCHRIFT FÜR AUSLANDISCHES UND INTERNATIONALES PRIVATRECHT, vol. 44, 1980, p. 44; Siqueiros, *Resumen de los resultados obtenidos en la Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado (CIDIP-II)* celebrada en Montevideo, Uruguay, del 23 de abril al 8 de mayo de 1979, en COOPERACION INTERAMERICANA EN LOS PROCEDIMIENTOS CIVILES Y MERCANTILES, UNAM, México 1982, p. 683.

³⁶ CIDIP-III (1984) aprobó las siguientes convenciones: adopción de menores, personalidad y capacidad de personas jurídicas en el derecho internacional privado; competencia en la esfera internacional para la eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras; protocolo adicional a la convención sobre recepción de pruebas en el extranjero. Véase, Operthi Badan, *La Tercera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho International Privado (CIDIP-III)*, REVISTA URUGUAYA DE DERECHO PROCESAL, vol. 2, 1984, p. 143; Parra-Aranguren, *Recent Developments of Conflict of Laws Conventions in Latin America*, RECUEIL DES COURS, vol. 1979-III, p. 164; id., *Los trabajos preparatorios de la Tercera Conferencia Especializada Interamericana sobre DIP*, REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO ANDRES BELLO, vol. 32, 1981-82, p. 32; Briceño Berrú, *Las convenciones interamericanas sobre derecho internacional privado de 1984*, REVISTA DI DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO E PROCESSUALE, vol. 24, 1987, p. 429; M. SOLARI BARRANDEGUY, *PACTOS PROCESALES DE LA PAZ*, 1986; Villela, *L'unification du d.i.p. en Amérique latine*, REV.CRIT.DIP, vol. 31, 1984, p. 73.

³⁷ CIDIP-IV (1989) adoptó convenciones sobre obligaciones alimentarias, restitución internacional de menores, y transporte internacional de mercaderías. Véase, Samtleben, *Neue interamerikanische Konventionen zum Internationalen Privatrecht*, RABELSZ, vol. 52, 1992, p. 1; R. SANTOS BELANDRO, CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE OBLIGACIONES ALIMENTARIAS. REGLAS DE CONFLICTO MATERIALMENTE ORIENTADAS HACIA LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS (1991); Tellechea Bergman, *Las Convenciones Interamericanas sobre restitución internacional de menores y obligaciones alimentarias de Montevideo de 1989*, REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE MONTEVIDEO, vol. 31, 1990, p. 107; Parra-Aranguren, *The Fourth Inter-American Specialized Conference on Private International Law*, en MELANGES EN L'HONNEUR D' ALFRED VON OVERBECK, Lausana, 1990, p. 156 y NETHERLANDS INT'L. L. REV., vol. 36, 1989, p. 267.

las disposiciones sobre la misma materia incorporadas al Código Bustamante y a los Tratados de Montevideo³⁸.

LOS ESFUERZOS DE LA OEA COMO VEHICULO DE UNIFICACION HEMISFERICA Y DE ENTENDIMIENTO CON LOS PAISES DEL "COMMON LAW"

Como el sentimiento de solidaridad hemisférica, tan pregonado en el seno de la OEA se ha extendido a los Estados Unidos y Canadá, la mayoría de las convenciones interamericanas han tratado de compatibilizar dos culturas jurídicas que, aunque no difieren en sus objetivos, cuentan con un estilo y metodología diferente. Esta tarea ha sido llevada a cabo fundamentalmente por el CJ y la labor tesonera de la Federación Interamericana de Abogados, que por más de 50 años ha promovido el intercambio entre juristas norteamericanos y latinoamericanos. A pesar de esos esfuerzos, el entendimiento entre delegados y expertos de ambas culturas no siempre se refleja en el texto adoptado. Al menos las inquietudes manifestadas por los gobiernos a quienes representan los países anglosajones, o los comentarios de la doctrina norteamericana, o bien las adhesiones de los gobiernos de Estados Unidos y Canadá a los instrumentos elaborados por las CIDIPs no manifiestan mucho entusiasmo por la tarea unificadora.

Canadá, cuya incorporación a la OEA es muy reciente, no ha suscrito hasta la fecha ninguna de las convenciones interamericanas y los Estados Unidos se han tomado un promedio de veinte años para ratificar sólo dos instrumentos hasta la fecha (cartas rogatorias y exhortos y su protocolo adicional y arbitraje comercial internacional)³⁹. Tampoco Brasil ha ratificado hasta el momento

³⁸ Véase, Convención de Viena sobre los Tratados, art. 59. Se ha destacado que esta superposición de normas de conflicto, que suele resultar en situaciones complejas, exige una meticulosa tarea de selección, clasificación y conjugación de normas incorporadas a los diversos tratados, tarea que tarde o temprano deberá ser asumida por el órgano competente de la OEA. Briceño Berrú, *Reflexiones sobre la codificación*, *supra* nota 5, p. 192; Santos Belandier, *Vigencia de los Tratados de Montevideo 1889 y 1940 a la luz de las CIDIP I, II y III REVISTA JURIDICA ESTUDIANTIL*, vol. 4, Montevideo, 1989, p. 67.

³⁹ Inter-American Convention on Letters Rogatory, FEDERAL REGISTER, vol. 53, N° 159, 27 de agosto de 1988, pp. 31132-31133; Inter-American Convention on International Commercial Arbitration UNITED STATES CODE, Título 9, Secciones 301-307.

ningún instrumento interamericano, y aunque las convenciones interamericanas auspician la accesión de países no-americanos, solamente España ha aprovechado esta oportunidad y sólo en dos ocasiones. En suma, las convenciones adoptadas en las CIDIPs no han tenido aceptación, en su mayoría, más allá del ámbito hispano-americano.

Significativamente, la ratificación por parte de los Estados Unidos de las convenciones sobre cartas rogatorias y arbitraje comercial internacional ha sido motivada fundamentalmente por su similitud con otras dos convenciones de carácter universal previamente ratificadas por Estados Unidos, esto es, la Convención de La Haya sobre cartas rogatorias y la Convención de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros⁴⁰. Si el objetivo fundamental que se persigue es la armonización y unificación entre sistemas heterogéneos entre sí pero vinculados por importantes lazos comerciales, va de suyo que aun cuando la unificación de criterios entre los países de América Latina es importante en sí mismo, el desafío mayor es el de lograr, por un lado, un entendimiento jurídico entre los países latinoamericanos, económicamente en vías de desarrollo y tradición continental romanista, y, por el otro, un entendimiento no menos sólido con un país de raigambre jurídica anglosajona y avanzadamente industrializado como los Estados Unidos. Como los Estados Unidos suelen acceder a regañadientes a las convenciones interamericanas, vale la pena referirse a la tarea unificadora universal del derecho privado que llevan a cabo otras instituciones internacionales, para luego contrastar estas labores con la tarea en alguna medida paralela que los países latinoamericanos realizan a nivel regional.

PARTICIPACION DE AMERICA LATINA EN LOS ESFUERZOS DE UNIFICACION REALIZADOS EN FOROS INTERNACIONALES

Los instrumentos interamericanos elaborados en el seno de las cuatro CIDIPs se han orientado fundamentalmente a los conflictos de leyes y a facilitar la

⁴⁰ V.R. Kearney, *Developments in Private International Law*, AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, 1987, VOL. 81, pp. 724, 737.

resolución de conflictos mediante el arbitraje y la cooperación judicial, sin incursionar mayormente en el derecho sustantivo. Los esfuerzos de unificación del derecho mercantil sustantivo, en lo que se refiere a negocios jurídicos de carácter internacional, se vienen llevando a cabo desde hace unos años por otros organismos. Así, la comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL o CNUDMI) cuenta con una representación permanente de seis países de América Latina⁴¹. La República de México, representada por el profesor Jorge Barrera Graf, fue uno de los países que participó en forma más activa en el grupo de trabajo encargado de elaborar la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, que para mediados de 1992 ya ha obtenido la ratificación de cuatro países de América Latina⁴².

Paralelamente a las tareas que desarrolla UNCITRAL, el Instituto para la Unificación del derecho Privado con sede en Roma, UNIDROIT, contaba en 1990 con la adhesión de diez países latinoamericanos⁴³. Recientemente, UNIDROIT ha orientado sus esfuerzos de unificación algunas áreas específicas de alto significado patrimonial e internacional, como el factoraje (“factoring”) y el arrendamiento financiero (“leasing”) internacional adoptadas en Ottawa el 28 de mayo de 1988⁴⁴. Cabe destacar que diversos representantes de los Estados miembros de la OEA estuvieron representados en la conferencia diplomática donde se adoptaron estas

⁴¹ A partir de 1973, el grupo de países que componen UNCITRAL asciende a 36 (9 de África, 9 de Europa Occidental y otros países incluyendo a los Estados Unidos, 6 de América Latina y 5 de Europa del Este). Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 2205, 21 U.N. GAOR Supp. N° 16), p. 99. V. A. Farnsworth, *Developing International Trade Law*, CALIFORNIA WESTERN INTERNATIONAL LAW JOURNAL, 1979, vol. 9, pp. 461, 465; A. Farnsworth, UNCITRAL, *Why? What? How? When?* THE AMERICAN JOURNAL OF COMPARATIVE LAW, 1972, vol. 20, p. 314.

⁴² Estos países y la fecha de entrada en vigor de la Convención de Viena de 1980 son los siguientes: Argentina (1º de enero de 1988); Chile (1º de marzo de 1991); Ecuador (1º de febrero de 1993); y México (1º de enero de 1989)- v. UNCITRAL, *Status of Conventions*, A/CN. 9/368, 28 de abril de 1992, pp. 4-5.

⁴³ Al 1º de enero de 1990, UNIDROIT contaba con la adhesión de 53 países, entre los cuales se incluye Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Cuba, México, Nicaragua, Paraguay, Uruguay y Venezuela. Véase *The Activity of the International Institute for the Unification of Private Law*, UNIFORM LAW REVIEW, vol. 1990-I, p. 9.

⁴⁴ *Final Act of the Diplomatic Conference for the Adoption of the Draft Unidroit Convention on International Factoring and International Financial Leasing*, Ottawa, 28 de Mayo, 1988, Unidroit Study LIX, Doc. 48, pp. 8-79 (1987); INTERNATIONAL LEGAL MATERIALS, vol. 27, 1988, p. 922 REVUE DE DROIT DES AFFAIRES INTERNATIONALES, vol. 8, 1988, p. 1082. Véase también el proyecto de UNIDROIT sobre garantías reales en equipos susceptibles de desplazamiento transnacional, Unidroit Study, LXXII, Doc. 3, April 1991; Cuming: *International Regulation of Aspects of Security Interests in Mobile Equipment*, UNIFORM LAW REVIEW, vol. 1990-I, p. 63.

convenciones preparadas bajo el auspicio de UNDIROIT⁴⁵. En la actualidad, la labor de este Organismo se concentra en la finalización de un proyecto de "Principios Aplicables a los Contratos Comerciales Internacionales", que apunta a codificar esta emergente *lex mercatoria* que podría complementar, por voluntad de las partes contratantes, convenciones internacionales como la de compraventa internacional de mercaderías⁴⁶. Es evidente que la participación activa de los países de América Latina en estos foros internacionales contribuirá a incorporar a los países de la región al comercio internacional. Hay un tercer organismo internacional encargado de la unificación del derecho privado cuya labor ha sido seguida muy de cerca por la CJI: de la OEA. Me refiero a la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

La Conferencia de Derecho Internacional Privado fue establecida en La Haya en 1893, aunque su estructura como organismo inter-gubernamental se remonta a 1955⁴⁷. Los primeros trabajos de La Haya se iniciaron con una gran incertidumbre respecto al método de codificación a seguir, de allí que no debería sorprender a los juristas europeos que los proyectos de la OEA en lo que se refiere a la unificación del derecho privado todavía cuenten con cierto grado de indefinición. El escaso resultado práctico de las primeras conferencias concluyó con el abandono de proyectos de codificación de conjunto similares a aquellos emprendidos en América Latina durante fines del siglo pasado y comienzos del presente. El programa actual de la Conferencia de La Haya contempla funda-

⁴⁵ Los siguientes Estados miembros de la OEA enviaron representantes a la conferencia de Ottawa el 28 de mayo de 1988, en la cual se adoptaron las convenciones sobre factoraje y arrendamiento financiero internacional: Antigua y Bermudas, Colombia, Chile, El Salvador, Estados Unidos, Méjico, República Dominicana y Venezuela. Además los representantes de Perú y Uruguay asistieron en calidad de observadores. La ratificación de estas convenciones fue recomendada a los Estados Miembros de la OEA por la CIDIP-IV. V. CIDIP-IV/Res. 1 (89); BOGGIANO, CONTRATOS INTERNACIONALES, Depalma, Buenos Aires, 1990, pp. 165-166.

⁴⁶ Fontaine, *Les principes pour les contrats commerciaux internationaux élaborés par UNIDROIT*, REVUE INTERNATIONAL DE DROIT INTERNATIONAL ET COMPARE, 1991, vol. 68-1, p. 25; Bonell, A "Restatement" of *Principles for International Commercial Contracts: An Academic Exercise or a Practical Need?* ESTUDIOS EN HOMENAJE A JORGE BARRERA GRAF, vol. 1, Universidad Autónoma de México, México, 1989, p. 227; id., en REVUE DE DROIT ET AFFAIRES INTERNATIONALES, vol. 7, 1988, p. 873.

⁴⁷ Statue of the Hague Conference on Private International Law, October 9-31, 1951, 15 UST 2492, TIAS. 5743. Véase en general, VINAS FARRE, UNIFICACION DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, Barcelona, 1978 *Métodos de unificación del Derecho en la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, JURIDICA*. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, México, 1982, pp. 280-294; Van Hoogstraten, *La codification par traités en Droit International privé dans le cadre de la Conférence de La Haye*, RECUIEL DES COURS, vol. 122, 1977-III, pp. 340-422.

mentalmente, al igual que el programa de las CIDIPs, la codificación parcial y gradual del derecho internacional privado y el establecimiento de mecanismos de cooperación judicial internacional⁴⁸.

No se ha podido determinar con certeza que los esfuerzos pioneros de los países latinoamericanos hayan ejercido una influencia significativa en la labor emprendida por la Conferencia de La Haya⁴⁹. Tampoco parece haber existido una tarea de coordinación entre los esfuerzos realizados por la Conferencia de La Haya y la Unión Panamericana, a punto tal de afirmarse que ambas instituciones, a pesar de estar embarcadas en una tarea común, se ignoraron mutuamente⁵⁰. Así ningún Estado americano participó en las conferencias de La Haya ni antes ni después de la Ia. Guerra Mundial. Recién en 1964 los Estados Unidos, que se había mantenido distante de todo proceso de unificación tanto en el seno de la Unión Panamericana como de la Conferencia de La Haya, cambió su actitud y decidió asociarse a la Conferencia de La Haya⁵¹.

⁴⁸ Véase G. Droz & A. Dyer, *The Hague Conference on Private International Law for the Eighties*, NORTHWESTERN J. INT'LL & BUS., vol. 3, 1981, p. 155; Pfund, *International Unification of Private Law: A Report on the United States Participation*, 1985-86, INTERNATIONAL LAWYER, vol. 20, 1986, p. 623.

⁴⁹ Las actas de la Primera Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya revelan que los juristas europeos tuvieron en cuenta los trabajos del Congreso de Montevideo de 1888-1889, *Actes de la Conférence de La Haye de Droit International Privé I, Première Partie*, p. 6 ("En 1889 un congrès convoqué à Montevideo... réussit à formuler dans une série de traités destinés à être conclus entre les principaux Etats de l'Amérique du Sud, des règles uniformes pour la solution des conflits en matière de Droit Civil, de Droit Commercial, de propriété littéraire et artistique, de Droit pénal, de procédure civil..."). Sin embargo, se ha destacado la diferencia de metodología de codificación adoptado por los Tratados de Montevideo y Código Bustamante, por un lado, y la Conferencia de La Haya, por el otro. Así, Boris Noldz expresa: "En Montevideo, en 1888-89 como en La Habana en 1928, apoyándose en los trabajos preparatorios de comisiones muy reducidas, inclusive de un solo autor de proyecto, se ha sabido evitar discusiones de detalle en el seno de las discusiones plenarias. Contrariamente, en La Haya, se ha creído conveniente examinar con el concurso de todos hasta los más mínimos aspectos de la codificación... Los grandes principios de derecho internacional privado se encontraron de esta manera, con frecuencia relegados a un segundo plano, y el trabajo colectivo fue estéril o por lo menos los resultados fueron muy fragmentarios. "Le Noldz, *La codification du Droit International Privé*, supra nota, pp. 397-98; Briceño Berrú, *Reflexiones sobre la codificación*, supra nota 5, pp. 169-170.

⁵⁰ Briceño Berrú, *Reflexiones sobre la codificación*, supra nota 5, p. 170.

⁵¹ Véase Pfund, *United States Participation in International Unification of Private Law*, INTERNATIONAL LAWYER, vol. 19, p. 505 (1985); Id., *International Unification of Private Law 1985-1986*, INTERNATIONAL LAWYER, vol. 20, 1986, pp. 623, 629; Id., Id., *International Unification of Private Law: A Report on U.S. Participation- 1987-1988*, INTERNATIONAL LAWYER, 1988, P. 1157; Kearney, *Developments in Private International Law*, AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, vol 81, 1987, pp. 724, 737.

Aunque la Conferencia de La Haya se perfiló originalmente como una institución típicamente europea, con posterioridad a la IIa Guerra Mundial comenzó a ampliar su composición, que hoy en día rebasa ampliamente los confines del continente europeo. Cinco países de América Latina se han adherido a la Conferencia de La Haya (Argentina, Chile, México, Uruguay y Venezuela)⁵², y uno de ellos, la República Argentina, ha ratificado tres convenciones multilaterales elaboradas por la Conferencia de La Haya⁵³. Dada la vocación ecuménica de la Conferencia de La Haya durante estos últimos años, es posible que otros países de América Latina se vayan incorporando paulatinamente a este organismo. Esta posibilidad requeriría una participación más activa por parte de los países latinoamericanos en la elaboración de los textos aprobados en La Haya, tema sobre el cual me extenderé más adelante.

Fuera de los aspectos políticos o diplomáticos, la participación activa de los países de América Latina en la Conferencia de La Haya se encuentra facilitada por el objetivo común que persiguen los países europeos y latinoamericanos de limar asperezas entre las diversas legislaciones internas y, además, en compatibilizar las perspectivas de las culturas jurídicas anglosajona y romano-germánica. Este esfuerzo común se refleja, por ejemplo, en materia de cooperación judicial internacional. Un análisis de algunas diferencias entre los textos adoptados por la CIDIP y por la Conferencia de La Haya en materia de cartas rogatorias o exhortos para la notificación en el extranjero de actos judiciales y extrajudiciales⁵⁴ y en materia de obtención y recepción de pruebas en el extranjero⁵⁵, sugiere que los mecanismos establecidos en ambos documentos pudieron haber sido objeto de un solo tratado que agrupara al continente europeo y americano.

⁵² **Information Concerning the Hague Conventions on Private International Law. Situation as of August 1, 1991**, NETHERLANDS INTERNATIONAL LAW REVIEW, vol. 38, 1991, p. 215.

⁵³ La Argentina ha ratificado la Convención de La Haya suprimiendo la exigencia de legalización de los documentos públicos extranjeros (Ley N° 23458, 21 abril 1987); sobre procedimiento civil (Ley N° 23502, 15 de octubre de 1987), y sobre obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o comercial (Ley N° 23480, 23 abril 1987).

⁵⁴ Convención de La Haya del 15 de Noviembre de 1965, relativo a la notificación en el extranjero de actos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial, 20 UST, 361, TIAS N° 6638, 658 UNTS 163; Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, 30 de Enero 1975, OEA/Ser.A/21.

⁵⁵ Convención de La Haya del 18 de marzo de 1970 sobre la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o comercial, 23 UST, 2555, TIAS N° 7444, 847 UNTS 231; Convención Interamericana sobre recepción de pruebas en el extranjero, 30 de enero de 1975, OEA/Ser.A/22.

OBJETIVO COMUN PERSEGUIDO POR LAS CONVENCIOS INTERAMERICANAS Y DE LA HAYA EN MATERIA DE COOPERACION JUDICIAL INTERNACIONAL

Todo abogado con alguna experiencia en litigios internacionales tiene dificultades en anticipar las ramificaciones procesales de juicios en los cuales las partes, sus patrimonios o las pruebas se encuentran localizadas en países diferentes. Las nociónes tradicionales de cortesía o reciprocidad internacional no han contribuido significativamente a disipar esta incertidumbre. De allí que los esfuerzos de unificación del derecho internacional privado hayan incluido en su programa la elaboración de reglas de cooperación judicial. En materia de exhortos o cartas rogatorias para efectuar notificaciones en el extranjero, la Conferencia de La Haya y la CIDIP-I adoptaron convenciones que ya han obtenido un buen número de adhesiones. La Convención de La Haya entró en vigor el 10 de febrero de 1969 y veinte años después ya había sido ratificada por 26 países⁵⁶, mientras que la Convención Interamericana entró en vigor el 16 de enero de 1976 y a la fecha ha sido ratificada por 14 países americanos⁵⁷. Uno de los aspectos más innovadores previsto en las convenciones interamericanas y de La Haya es la posibilidad de transmitir y distribuir los exhortos en el país requerido por intermedio de una autoridad central a ser designada por cada Estado parte⁵⁸. La posibilidad de transmitir exhortos a través de un organismo gubernamental adquiere una importancia especial en los países de América Latina, puesto que este medio elimina los numerosos requisitos formales de legalización y autenticación que suelen entorpecer y dilatar este tipo de trámites⁵⁹.

La Convención de La Haya prevé que sólo el Estado requirente designe una autoridad central, mientras que su homóloga interamericana indica, sin exigirlo expresamente, que tanto el Estado requirente como el requerido deberán designar un organismo a través del cual se han de tramitar los exhortos⁶⁰. Sin

⁵⁶ MARTINDALE HUBBELL LAW DIRECTORY, vol. 8, parte 7, p. 2 (1989).

⁵⁷ Estos países son: Argentina, Chile, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

⁵⁸ Convención de La Haya sobre notificaciones en el extranjero, Art. 2; Convención Interamericana sobre Exhortos, Art. 4.

⁵⁹ Convención Interamericana sobre Exhortos, Art. 6.

⁶⁰ Convención de La Haya sobre notificaciones en el extranjero, art. 2; Convención Interamericana sobre Exhortos, art. 4.

embargo, esto no implica una diferencia significativa en el mecanismo de tramitación cuando se deseé canalizarla por intermedio de una autoridad central. Si un Estado parte de la Convención Interamericana desea utilizar este mecanismo, el Estado requerido deberá prestar su cooperación porque el segundo párrafo del Art. 6 de la Convención Interamericana exige que se informe a la Secretaría General de la OEA, cuál es la autoridad central competente. Además, el Art. 2 del Protocolo Adicional a dicha convención claramente exige a los Estados miembros que designen a una autoridad central. La misma estructura administrativa que opera en el campo de la Convención de La Haya puede ser utilizada bajo la Convención Interamericana. Así, si el documento a ser notificado se origina en los Estados Unidos, donde el Departamento de Justicia ha sido designado como autoridad central para recibir exhortos provenientes del extranjero, bajo la Convención de La Haya el juez exhortante de los Estados Unidos enviará directamente la comunicación a la autoridad central del Estado requerido para que ésta lo retransmita al juez competente. Bajo el mecanismo de la Convención Interamericana, el mismo juez exhortante enviará el documento al Departamento de Justicia para que éste a su vez lo retransmita a la autoridad central del Estado requerido y éste lo comunique a la autoridad judicial competente⁶¹. En ambos casos el trámite de notificación tiende a ser más expeditivo que dejar a las partes libradas a la transmisión diplomática y a la buena voluntad, ofrecimiento de reciprocidad o cortesía, del tribunal exhortado.

⁶¹ Lo expresado en el texto supone que los tribunales de los Estados contratantes obligarán a las partes litigantes a utilizar los métodos convenidos en el tratado internacional, con exclusión de aquellos que las partes podrían utilizar en causas domésticas. Sin embargo, así no lo ha entendido la Suprema Corte de los Estados Unidos y no es fácil predecir la postura que adoptarán los tribunales inferiores en los Estados Unidos. En un caso donde estaba en juego la aplicabilidad de la Convención de La Haya, sobre obtención de pruebas en el extranjero, el alto tribunal decidió por mayoría de 5 contra 4 que los métodos autorizados por el tratado no son los únicos disponibles, sino que las partes siempre podrían recurrir a aquellos permitidos por la ley procesal local, a menos que el tratado excluya expresamente esta posibilidad. *Société Nationale Industrielle Aerospatiale v. United States District Court*, 482 U.S. 522, 107 S. Ct. 2542, 96 L.Ed. 2d 461 (1987). El mismo criterio ha sido recientemente adoptado por un tribunal federal de distrito con respecto a la no-exclusividad de los métodos de notificación de documentos en el extranjero previsto por la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias. *Pizzablocche v. Vinelli*, 772 F. Supp. 1245 (1991). Para una interpretación similar respecto a un tratado de extradición, puede consultarse *United States v. Humberto Alvarez-Machain*, 15 de junio de 1992, 1992 WL 127081 (US) (convalidando la posibilidad de secuestro instigado y apoyado por el gobierno de los Estados, de un ciudadano mexicano en su propio país. El voto de la mayoría llegó a esta conclusión sobre la base de que el tratado de extradición entre México y los Estados Unidos no excluye expresamente el secuestro como medio alternativo a la extradición).

Otras diferencias de redacción entre ambas convenciones no reflejan necesariamente una postura o resultado diferente. Por ejemplo, mientras que bajo el Artículo 17 de la Convención Interamericana el Estado requerido podrá rehusar el cumplimiento de un exhorto “cuando sea manifiestamente contrario a su orden público”, el Artículo 13 de la Convención de La Haya limita la posibilidad del rechazo al caso en que la notificación solicitada atente “contra la soberanía o seguridad” del Estado requerido. Aunque esta última excepción pareciera ser más restrictiva que la incorporada en la Convención Interamericana, la vaguedad de los términos empleados en ambas convenciones persiguen los mismos objetivos. Al fin y al cabo el límite trazado por el orden público dependerá de la cultura y tradición jurídica de los tribunales que deban interpretar la noción de orden público, más que de la diferencia terminológica entre ambos instrumentos.

Comentaristas estadounidenses han señalado que el lenguaje empleado en la Convención Interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias es pobre y ambiguo, que su versión inglesa deja mucho que desear y que, en líneas generales, el texto elaborado por la Conferencia de La Haya es superior⁶². Los Estados Unidos no suscribieron el texto de la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, pero al no tener éxito en su pedido de que los demás Estados americanos suscribieran el texto elaborado por la Conferencia de La Haya, subordinaron su adhesión al texto interamericano a la aprobación de un protocolo adicional en cuya elaboración y adopción la delegación norteamericana tuvo una activa participación⁶³. Un desentendimiento similar ocurrió con la Convención Interamericana sobre obtención y recepción de pruebas en el extranjero aprobada por la CIDIP-I en 1975⁶⁴. Este instrumento hubo de ser complementado, y hasta cierto punto modificado, a instancias de la delegación

⁶² Véase, Carl, *Service of Judicial Documents in Latin America*, DENVER LAW JOURNAL, vol. 53, 1976, p. 455; Low, *International Judicial Assistance Among the American States - The Inter - American Conventions*, THE INTERNATIONAL LAWYER, vol. 18, 1984, pp. 705, 710.

⁶³ Este protocolo adicional fue aprobado cuatro años después en el seno de CIDIP-II, donde se especifica la documentación que debe acompañarse al exhorto y el tenor del mismo se ejemplifica en formularios anexos al protocolo. Véase, Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, 8 de mayo de 1979, OEA/Ser. A/33. Trooboff, *Current Developments: The Second Inter-American Specialized Conference on Private International Law*, AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, vol. 73, 1979, p. 704.

⁶⁴ Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, 30 de enero de 1975, OEA/Ser. A/22 (“ConvenCIÓN sobre recepción de pruebas”).

de los Estados Unidos⁶⁵, por un protocolo adicional adoptado por la CIDIP-III en 1984⁶⁶. La Convención de La Haya sobre obtención de pruebas en el extranjero entró en vigencia el 7 de octubre de 1972 y ya ha sido ratificada por 20 países entre los que se cuenta los Estados Unidos⁶⁷, mientras que la Convención Interamericana sobre recepción de pruebas, que entró en vigor el 16 de enero de 1976, cuenta con la ratificación de 13 países de América Latina⁶⁸, pero no ha sido ratificada hasta la fecha por Estados Unidos.

El objetivo fundamental de los instrumentos preparados por la Conferencia de La Haya y la CIDIP fue el de construir un puente entre las prácticas probatorias de los países del “common law” y aquellas prevalecientes en países de raigambre continental romanista. El ámbito material de aplicación de ambas convenciones se limita en principio a la obtención de pruebas en materia “civil y comercial”⁶⁹, aunque en ninguna parte se precisa el significado de estos términos⁷⁰. Los exhortos solicitando el diligenciamiento de medias de prueba en el extranjero sólo pueden ser emitidos por autoridades judiciales, y, al igual que

⁶⁵ La adopción de los protocolos adicionales a las convenciones interamericanas sobre exhortos o cartas rogatorias y sobre recepción de pruebas intentaron en algunos casos flexibilizar los requisitos impuestos en las convenciones y en otras instancias simplemente explicitar lo que no surgia claro en el texto de las convenciones, todo ello con la finalidad principal de acomodarse a las objeciones de la delegación de los Estados Unidos. En principio, todo conflicto entre el texto de la convención y el del protocolo anexo debería ser interpretado sin violencia al texto de la convención, ya que, como lo expresa el Artículo 17 del Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, las disposiciones del protocolo “se interpretarán de manera que complementen las de la Convención”. V. *infra*, nota 76.

⁶⁶ Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, 11 de marzo de 1983, OEA/Ser.A/40.

⁶⁷ The Hague Evidence Convention on the Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters (Convención de La Haya sobre obtención de prueba en el extranjero en materia civil y comercial, o “Convención de La Haya sobre obtención de pruebas”), 18 de marzo de 1970, 23 UST 2555, TIAS N° 7444, 847 UTTS 231, codificado en UNITED STATES CODE ANNOTATED, vol. 28, Sección 1781 y ss., West Publishing Company, 1990.

⁶⁸ Los trece países son: Argentina, Chile, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. Otros cuatro países suscribieron esta convención interamericana pero no la han ratificado hasta la fecha (Bolivia, Brasil, Colombia y la República Dominicana).

⁶⁹ Convención de La Haya sobre obtención de pruebas, Art. 1; Convención Interamericana sobre obtención de pruebas, Art. 2. El artículo 15 de la Convención Interamericana sobre recepción de pruebas permite extender la aplicabilidad de la convención a la tramitación de exhortos que se refieran a la recepción de pruebas “en materia criminal, laboral, contencioso-administrativa, juicios arbitrales u otras materias objeto de jurisdicción especial”. Dos países de América Latina, Chile y Colombia, ratificaron esta convención extendiendo expresamente su aplicación a la obtención de pruebas con relación a las materias incluidas en el Art. 15.

⁷⁰ V., K. Schwappach, *The Inter-American Convention on Taking Evidence Abroad: A Functional Comparison With the Hague Convention*, NEW YORK INTERNATIONAL LAW REVIEW, 1991, vol. 4, pp.70-76.

las convenciones sobre exhortos o cartas rogatorias, las requisitorias pueden canalizarse a través de una autoridad central en el Estado requirente y requerido⁷¹.

Ambas convenciones establecen el principio de que la recepción de prueba se regirá por la ley procesal del Estado requerido⁷², pero posibilitan el empleo de procedimientos especiales a solicitud del Estado requirente, siempre y cuando no sean incompatibles con la legislación del Estado requerido⁷³. Ambas convenciones recurren a términos ambiguos para bloquear un pedido especial del Estado requirente. Sin embargo, los diferentes términos limitativos empleados en los dos instrumentos no parecieran ser significativos. Bajo la Convención de La Haya, el Estado requerido está obligado a diligenciar la prueba conforme al procedimiento solicitado, a menos que ello no sea posible por no ajustarse a la práctica judicial interna del Estado requerido o por otras dificultades de orden práctico⁷⁴. En cambio, bajo la Convención Interamericana el Estado requerido no tiene obligación de seguir las instrucciones del Estado requirente, pero puede hacerlo a menos que la diligencia solicitada sea “de imposible cumplimiento”⁷⁵. Las diferencias entre ambos textos se desvanece cuando se repara que el protocolo adicional a la Convención Interamericana limita significativamente la discrecionalidad del Estado requerido para negarse a diligenciar el exhorto siguiendo el procedimiento solicitado por el Estado requirente⁷⁶.

⁷¹ Convención de La Haya sobre obtención de pruebas, Art. 2; Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre recepción de pruebas, Art. 1.

⁷² Convención de La Haya sobre obtención de pruebas, Art. 9, primer párrafo (“La autoridad judicial que ejecute un exhorto aplicará la legislación de su país en lo que se refiere a los procedimientos a seguir al efecto...”); Convención Interamericana sobre recepción de pruebas, Art. 5 (“Los exhortos o cartas rogatorias relativas a la recepción u obtención de pruebas se cumplirán de acuerdo con las leyes y normas procesales del Estado requerido”).

⁷³ Convención de La Haya sobre obtención de pruebas, Art. 9; Convención Interamericana sobre recepción de pruebas, Art. 6.

⁷⁴ Convención de La Haya sobre obtención de pruebas, Art. 9, segundo párrafo (“...Sin embargo, ante solicitud de la autoridad requirente de que se proceda de acuerdo a algún procedimiento especial deberá hacerlo a menos que ésta sea incompatible con la legislación del Estado requerido o que su aplicación no sea posible, por no ajustarse a la práctica judicial interna del Estado requerido o por otras dificultades de orden práctico”).

⁷⁵ Convención Interamericana sobre recepción de pruebas, Art. 6 (“A solicitud del órgano jurisdiccional del Estado requirente podrá aceptarse la observancia de formalidades adicionales o de procedimientos especiales adicionales en la práctica de alguna diligencia solicitada a menos que sean incompatibles con la legislación del Estado requerido o de imposible cumplimiento por éste”).

⁷⁶ El Artículo 15 del Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre recepción de pruebas expresa que el Estado requerido “atenderá favorablemente la solicitud de observar procedimientos especiales, de

Pasando a analizar específicamente el grado de acomodamiento de cada instrumento a las prácticas del “Common Law”, la Convención de La Haya incluye un capítulo especial destinado a facilitar la obtención de pruebas en el extranjero por funcionarios diplomáticos o consulares y delegados (commissioners)⁷⁷. Sin embargo, un buen número de Estados adheridos a la Convención de La Haya sobre obtención de pruebas formularon reservas excluyendo la obtención de prueba por dichos funcionarios o bien restringiendo su aplicación⁷⁸. De la misma forma, el protocolo adicional a la Convención Interamericana admite la obtención de pruebas por funcionarios no-judiciales, pero también reservando a los países latinoamericanos la facultad de expresar sus reservas⁷⁹.

Ambas convenciones permiten al Estado requerido rehusarse a cumplir requisitorias que tengan por objeto la obtención de prueba informativa anticipada, procedimiento conocido en los Estados Unidos como “pre-trial discovery of documents”⁸⁰. Sin embargo, el rechazo a esta peculiaridad procesal anglosajona

acuerdo con el Art. 6 de la Convención, a menos que sean de imposible cumplimiento por tal Estado o sean incompatibles con los principios fundamentales de la legislación o las normas de aplicación exclusivas del mismo”. No resulta del todo claro en qué medida esta disposición puede alterar la facultad discrecional que el Artículo 6 de la Convención Interamericana le otorga el juez del Estado requerido, ya que el Artículo 17 del Protocolo Adicional expresa que sus disposiciones “se interpretarán de manera que complementen las de la Convención”. Este problema, que ya fuera destacado *supra* en la nota , no se presenta en forma tan clara con respecto a las eventuales discrepancias que puedan existir entre la Convención Interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias y su protocolo adicional, que no cuenta con una disposición similar al art. 17 del protocolo anexo a la Convención sobre recepción de pruebas.

⁷⁷ Convención de La Haya sobre obtención de pruebas, Capítulo II, Arts. 15-21.

⁷⁸ Véase UNITED STATES CODE ANNOTATED, Título 28, Sección 1781 (West Supplement, 1983).

⁷⁹ Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, Arts. 9-13. El artículo 14 de la Convención Interamericana en la materia permite la continuación del uso de estos mecanismos u otros más favorables que estuvieran vigentes al adoptarse la convención. V., Convención Interamericana sobre obtención de pruebas, Art. 14 (“Esta Convención no restringirá las disposiciones de convenciones que en materia de exhortos o cartas rogatorias sobre la recepción u obtención de pruebas hubieran sido suscritas o que se suscribieren en el futuro en forma bilateral o multilateral por los Estados Partes, o las prácticas más favorables que dichos Estados pudieran observar en la materia. Tampoco restringe la aplicación de las disposiciones en materia de intervención consular para la recepción u obtención de pruebas que estuvieren vigentes en otras convenciones, o la prácticas admitidas en la materia”). De los once Estados que suscribieron este protocolo adicional, dos de ellos, Brasil y Chile, formularon reservas en el sentido de excluir la utilización de estos métodos alternativos.

⁸⁰ Sobre el tema, puede consultarse D. Van Brunnen, *A European View of the Discovery Procedure Before the Federal Civil Courts of U.S.A.* REVUE DE DROIT DES AFFAIRES INTERNATIONALES, 1987, vol. 2, pp. 131-189; L. Lovelace, *Reconsidering International Discovery: Options for an Institutionalized Framework* INTERNATIONAL PRACTITIONER'S NOTEBOOK, Marzo de 1992, pp. 15-20.

es expresado a través de diferentes mecanismos en ambos instrumentos. Mientras que el Art. 23 de la Convención de La Haya autoriza a todo Estado contratante a declarar en el momento de la firma, ratificación o adhesión que no cumplirá con dichos exhortos, el Art. 9 de la Convención Interamericana faculta al juez del Estado requerido a rehusarse a cumplir con dicha requisitoria. En el ámbito interamericano, empero, el Artículo 16 del protocolo adicional abre una ventana al **pre-trial discovery**. De esta forma, se intenta balancear el interés de los Estados Unidos en que sus abogados puedan obtener prueba anticipada y el resto de los países americanos en evitar “excursiones pesqueras” extrañas a sus prácticas procesales⁸¹. Esta es otra isntancia más en la cual los países de Europa y América, persiguiendo un objetivo común, han recurrido a mecanismos jurídicos similares que les permita un entendimiento con países de diferente tradición jurídica como Gran Bretaña y los Estados Unidos.

El análisis precedente de las diferencias de matices entre los textos elaborados por la Conferencia de La Haya y las CIDIPs sugiere que una conjugación de las fuerzas que luchan por una mayor cooperación judicial internacional en América Latina y Europa hubiera permitido una armonización de posturas bajo una convención multilateral de alcance universal. Este panorama de soluciones armónicas que se presenta en el campo del derecho procesal internacional no es muy diferente del que se observa en el área de los conflictos de leyes. Un examen de las tareas organizativas de la CIDIP-V, cuya ralización tendrá lugar en la ciudad de México en fecha a establecerse durante 1994, también sugiere que en el campo de la ley aplicable a la contratación internacional es posible intentar

⁸¹ Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Recepción y Pruebas en el Extranjero, Art. 16 (“Los Estados partes de este Protocolo diligenciarán exhortos o cartas rogatorias, en los que se solicite la exhibición y transcripción de documentos, cuando se reúnan los siguientes requisitos: (a) que se haya iniciado el proceso; (b) que los documentos estén identificados razonablemente en cuanto a su fecha, contenido u otra información pertinente; y (c) que se especifiquen aquellos hechos o circunstancias que permitan razonablemente creer a la parte solicitante que los documentos pedidos son del conocimiento de la persona de quien se requieran o que se encuentran en posesión o bajo el control o custodia de ella. La persona a quien se pide documentos puede, cuando corresponda, negar que tiene la posesión, control o custodia de los documentos solicitados o puede oponerse a la exhibición y transcripción de los documentos, de acuerdo con las reglas de la Convención. Cualquier Estado podrá declarar, en el momento de firmar o ratificar este Protocolo o adherirse a él, que únicamente diligenciará los exhortos o cartas rogatorias a que se refiere este artículo si en ellos se identifica la relación entre la prueba o la información solicitadas y el proceso pendiente”).

un acomodamiento de la perspectiva europea y latinoamericana que sirva de puente para una armonización universal.

ARMONIZACION EN MATERIA DE CONTRATACION INTERNACIONAL: EL PROYECTO DE TEMARIO PARA LA CIDIP-V.

El amplio tema de la “contratación internacional” había sido incluido en la agenda de la CIDIP-IV que se realizó en 1989. Debido a la falta de tiempo, esta conferencia se limitó a aprobar un documento que estableció una serie de criterios básicos relativos a la ley aplicable en materia de contratos internacionales⁸². Al mismo tiempo, la CIDIP-IV recomendó la celebración de una reunión de expertos para formular un proyecto de convención sobre el tema de la contratación internacional⁸³. Dentro de este tema tan vasto, la mayoría de los delegados se inclinaron por concentrar su atención en los problemas de determinación de la

⁸² Bases propuestas por la Conferencia para el estudio futuro del tema relativo a la ley aplicable en materia de contratación internacional “1. Los contratantes podrán acordar libremente la ley aplicable a la totalidad o parte del contrato cuya internacionalidad se manifieste a través de elementos objetivos localizados en Estados diversos. También podrán modificar en cualquier momento la ley seleccionada, pero sin afectar derechos de terceros. 2. El acuerdo a que se refiere el párrafo anterior debe ser expreso o, excepcionalmente, desprendérse en forma inequívoca de la conducta de las partes considerada en su conjunto, y de las cláusulas contractuales. 3. En el caso de que la ley aplicable al contrato no haya sido elegida por los contratantes, o si su elección es ineficaz, el contrato se regirá por la ley del Estado con el cual tenga vínculos más estrechos. 4. Serán necesariamente aplicadas las disposiciones de la ley del foro cuando tengan carácter imperativo respecto del contrato a que se refiere la base primera y que deban ser aplicadas con independencia de la ley que rija el contrato. 5. Podrán ser tenidas en cuenta las disposiciones de cualquier Estado con el cual el contrato tenga vínculos, cuando de acuerdo con la legislación del Estado respectivo, tengan carácter imperativo y deban ser aplicadas con independencia de la ley que rija el contrato. 6. En materia de requisitos de forma, la sujeción del contrato a la ley de celebración [lex loci celebrationis] será suficiente a los efectos de su validez. 7. La ley de cada Estado regirá lo concerniente a la publicidad del contrato. 8. La ley que rija al documento no será aplicada cuando sea manifiestamente contraria al orden público. Véase DOCUMENTO DE ANTECEDENTES SOBRE EL TEMA “PROYECTO DE TEMARIO DE LA REUNION DE EXPERTOS EN MATERIA DE CONTRATACION INTERNACIONAL” (Documento preparado por la Secretaría General de la OEA), OEA/Ser.G/CP/cajp-91, 29 de octubre de 1991, pp 1-2 [en adelante citado como ANTECEDENTES SOBRE EL PROYECTO DE TEMARIO].

⁸³ En una de esas resoluciones, la CIDIP-IV recomendó a la Asamblea General de la O.E.A. que convoque a una reunión de expertos para formular un proyecto de convención sobre ley aplicable a la contratación internacional. La Asamblea General hizo suya esta recomendación, encargando al Comité Jurídico Interamericano la preparación de los proyectos pertinentes para la CIDIP-V. Véase, AG/RES. 1024 (XIX-0/89), párrafo 8: “Encomendar al Comité Jurídico Interamericano la preparación para la CIDIP-V de informes, proyectos de convenciones y las respectivas exposiciones de motivos sobre los temas recomendados por la CIDIP-IV a que se hace referencia en el párrafo resolutivo anterior y considere las conclusiones y opiniones que sean sometidas por las reuniones de expertos convocada por la Organización.” Véase también, ANTECEDENTES SOBRE EL PROYECTO DE TEMARIO, supra nota 83, pp. 2, 29.

ley aplicable⁸⁴. Cabe destacar, sin embargo, que de la documentación que he tenido la oportunidad de compulsar con respecto al sondeo de opiniones de los países de la OEA, la idea de concentrar los esfuerzos de unificación en un instrumento regional sobre ley aplicable a los contratos internacionales no parece ser unánime⁸⁵.

El representante del Uruguay ante la OEA propuso atinadamente a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos un amplio cuestionario a los efectos de sondar la postura de las diversas delegaciones sobre los temas más diversos que rodean al tema de la contratación internacional⁸⁶. Algunas de las preguntas apuntaban a precisar los criterios de cada país acerca de la celebración de contratos internacionales, el criterio de selección de la ley aplicable, el reconocimiento de la autonomía de la voluntad, la normativa especial que rige los contratos internacionales en que el Estado es parte, e incluso las prácticas seguidas por los Estados respecto a los métodos de solución de controversias internacionales. Otra serie de preguntas fueron orientadas a auscultar la opinión de las diversas

⁸⁴ Al examinarse el tema de contratación internacional en el seno de la Comisión Segunda de la CIDIP-IV, se sometió a consideración, entre otras propuestas, un documento de trabajo preparado por el Dr. Antonio Boggiano, que incluía un análisis de cuestiones relacionadas con la jurisdicción internacional en la resolución de controversias originadas en la contratación internacional. OEA/Ser.K/XXI.4, CIDIP-IV/doc. 8/88. V., A. BOGGIANO, CONTRATOS INTERNACIONALES, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1990 (incluyendo un estudio técnico sobre contratación internacional preparado por el autor a solicitud de la Secretaría General de la O.E.A.). Sin embargo, el consenso de las delegaciones se inclinó por la elaboración de unas "Bases" en materia de ley aplicable, que se limitarían a volcar principios recogidos en convenciones internacionales de reciente data, el segundo "Restatement" de los Estados Unidos en materia de conflicto de leyes y el Código de Comercio Uniforme de ese país. Véase, PROYECTO DE CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE LEY APPLICABLE EN MATERIA DE CONTRATACION INTERNACIONAL, OEA/Ser. Q/CJ/RES II-6/91, 31 de julio 1991, Exposición de Motivos, p. 41, e Informe presentado por el Dr. José Luis Siqueiros pp. 43-44.

⁸⁵ En materia de ley aplicable a los contratos de compraventa internacional de mercaderías, la opinión del Dr. Boggiano fue la de recomendar la adhesión o ratificación de la Convención de La Haya del 22 de diciembre de 1986, V. BOGGIANO, CONTRATOS INTERNACIONALES, *supra* nota 85, p. 155.

⁸⁶ Véase Texto de las propuestas presentadas por la Misión Permanente del Uruguay en la sesión celebrada por la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos el 24 de enero de 1991 CP/CAJP-803/91, 1º de febrero de 1991; Comentarios del Embajador Representante Permanente del Uruguay acerca de los temas relativos a la contratación internacional y remoción de los obstáculos jurídicos a la integración, formulados en la sesión de la comisión del 7 de febrero de 1991 CP/CAJP-807/91, 8 de febrero de 1991. A su vez, la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos acordó recomendar la adopción del cuestionario al Consejo Permanente de la OEA, quien hizo suyo dicho cuestionario e invitó a los gobiernos de los Estados Miembros a contestarlo. ANTECEDENTES DEL PROYECTO DE TEMARIO, *supra* nota 83, pp. 3-4.

delegaciones acerca del tipo de acuerdos internacionales que sería deseable concertar en materia de contratación internacional⁸⁷.

Sólo unos pocos países contestaron el cuestionario dentro del plazo asignado⁸⁸. Aún dentro de este número limitado de países es difícil identificar puntos de coincidencia acerca de qué aspecto de la contratación internacional debería ser materia de armonización y si dicho esfuerzo armonizador debería realizarse a nivel universal o interamericano. En lo que respecta al ámbito espacial de los esfuerzos de unificación, las delegaciones de Colombia y Honduras se manifestaron en favor de elaborar una Convención Interamericana sobre contratación internacional⁸⁹, mientras que Argentina y Canadá fueron de la opinión de que los Estados miembros de la OEA deberían acceder a los instrumentos de unificación de carácter universal adoptados por organismos internacionales⁹⁰.

⁸⁷ En apretada síntesis, las preguntas estaban destinadas a recoger información de las diversas delegaciones acerca de los siguientes puntos: (1) Normas internas reguladoras de los contratos internacionales comerciales y financieros y requisitos exigidos para la celebración de los contratos internacionales. (2) Si las partes en un contrato internacional pueden escoger la ley aplicable al mismo., (3) En caso de que las partes tengan la facultad de escoger la ley aplicable a un contrato internacional, si la misma se extiende a todo tipo de contratos internacionales o sólo a algunos en particular y, en este último caso, a qué tipo de contratos. (4) Los criterios predominantes para determinar la ley aplicable a un contrato internacional, la competencia internacional y para obtener el reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales extranjeros. (5) Si el ordenamiento jurídico local cuenta con disposiciones especiales aplicables a los contratos internacionales en los que participa el Estado y otras personas de derecho público. (6) Los instrumentos internacionales, bilaterales o multilaterales adoptados por el Estado en cuestión en materia de contratación internacional. (7) Si las soluciones aportadas por la Convención de Viena de 1980 en materia de compraventa internacional de mercaderías resultan adecuadas para regular este contrato en el ámbito interamericano. (8) En qué medida la materia de contratos internacionales debería ser objeto de nuevos acuerdos internacionales de alcance interamericano o subregional. (9) La posible intervención de los organismos técnicos de la OEA en la formulación de nuevos acuerdos sobre la materia. (10) En caso de que se considere conveniente contar con nuevos acuerdos internacionales en materia de contratación internacional, qué tipo de convención sería deseable concertar. (11) Jurisdicción a la cual el Estado en cuestión suele someter la solución de controversias a que dan lugar los contratos internacionales y eventuales dificultades que presentan las convenciones internacionales en la materia. (13) Eficacia que se le asigna en el Estado en cuestión a la prórroga de jurisdicción internacional. Véase, ANTECEDENTES DEL PROYECTO DE TEMARIO; *supra* nota 83, pp. 5-12.

⁸⁸ Colombia, Honduras, Brasil, Argentina, y Canadá habían presentado comentarios y observaciones al cuestionario al 29 de octubre de 1991, fecha en que la Secretaría General de la OEA preparó un documento sistematizando las respuestas obtenidas por los diversos países. ANTECEDENTES AL PROYECTO DE TEMARIO, *supra* nota 83, p. 4.

⁸⁹ Conforme a la sistematización de respuestas brindadas por la Secretaría General de la OEA, Colombia destacó que en razón de la diversidad de criterios jurídicos, prácticas y costumbres de los países miembros "sería útil y necesario elaborar una Convención Interamericana sobre contratación internacional". La delegación de Honduras también sostuvo la conveniencia que la materia de los contratos internacionales sea "objeto de un acuerdo internacional de alcance interamericano". ANTECEDENTES DEL PROYECTO DE TEMARIO, *supra* nota 83, p. 20.

⁹⁰ El gobierno de Canadá señaló que "a los efectos de la armonización internacional de la legislación comercial debería procurarse adquirir primeramente el carácter de parte de las diversas convenciones internacionales y

Las respuestas también estuvieron lejos de ser unánimes en lo que respecta al tema específico sobre contratación internacional a ser abordado por una convención internacional o interamericana⁹¹. Colombia, por ejemplo, se manifestó en principio en favor de una convención a nivel interamericana sobre principios sustantivos aplicables a los contratos comerciales, como la proyectada por UNIDROIT, aunque también señaló la conveniencia de incluir el tema de conflicto de leyes. Brasil se inclinó por un tratado que se limite a resolver la cuestión de ley aplicable a los contratos internacionales, y Honduras propuso la elaboración de un texto que incluyera a la vez normas de conflicto y de derecho sustantivo. El gobierno de Canadá insistió en su postura de que cualquier tipo de convención internacional en la materia debería ser llevada a cabo "bajo la égida de organismos internacionales de amplia constitución, como la ONU, UNCITRAL, la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado y UNIDROIT"⁹². A pesar de la falta de consenso que surge de las respuestas recibidas, pero

adoptar los modelos legislativos adoptados por la ONU, UNCITRAL, la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado y UNIDROIT, antes de considerarse la posibilidad de celebrar acuerdos meramente regionales. Por su parte, la delegación argentina estimó conveniente que "los Estados Miembros accedan a los instrumentos internacionales de carácter universal, ya que resultan propicios para la unificación regional y mundial. ANTECEDENTES DEL PROYECTO DE TEMARIO, *supra* nota 83, pp. 20-21.

⁹¹ En este sentido, el cuestionario propuso una serie de alternativas a los Estados para que cada uno de ellos escogiera el tipo de convención en materia de contratación internacional que le resultara más adecuada. Así la pregunta 10 del cuestionario dice así: "Si considera necesario contar con nuevas normas, cuál de las siguientes soluciones le resulta la más adecuada: a. Una convención del tipo de la Convención de la CEE sobre Ley aplicable a las Obligaciones Contractuales (Roma, 1980), de alcance general. b. Una convención de ley uniforme sobre ciertos contratos específicos, del tipo de la Ley Uniforme de Viena de 1980 sobre la Venta internacional. c. Una convención que consagre ciertos principios para los contratos internacionales, del tipo de la que ha proyectado el UNIDROIT (Documento UNIDROIT 1990, Study I - Doc. 40 REV. 5); que contenga normas sobre la internacionalidad y formación del contrato, su validez, interpretación, cumplimiento e incumplimiento, e incluya previsiones sobre las reglas de policía (*mandatory rules of domestic law*), autonomía de la voluntad de las partes (*party autonomy*), jurisdicción judicial y arbitral, así como la posibilidad de prever un orden jurídico de referencia, nacional o internacional, que permita colmar los problemas, por ejemplo, la interpretación y validez, etc. d. Una convención que se limite a resolver el tema relativo a la ley aplicable a la contratación internacional, del tipo de la solución vigente del Código Bustamante (1928) y de los Tratados de Montevideo (1889 y 1939-40) y de algunas Convenciones de CIDIP (v.gr., la d de las Sociedades Mercantiles de 1979), en el mismo orden de ideas de las Bases propuestas por la CIDIP-IV (Ver Acta Final, p. 27). e. Limitarse a prestar su participación y/o aceptación respecto de los trabajos que lleva a cabo la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil internacional (CNUDMI) integrada por 36 miembros, en cuya agenda figura, por ejemplo, el tema de las Prácticas Contractuales Internacionales y el tema de la Responsabilidad de los operadores terminales del transporte, entre otros. f. Cualquier otra posibilidad normativa que sea pertinente a juicio de su gobierno. g. La combinación y armonización entre varias de las soluciones sugeridas. Véase ANTECEDENTES DEL PROYECTO DE TEMARIO; *supra* nota 83, p. 22.

⁹² ANTECEDENTES DEL PROYECTO DE TEMARIO *supra* nota 83, pp. 22-23.

teniendo en cuenta las discusiones que se remontan a la CIDIP-IV⁹³, el Comité Jurídico Interamericano decidió encomendar al doctor José Luis Siqueiros la elaboración de un anteproyecto de convención interamericana sobre la ley aplicable a la contratación internacional⁹⁴. En su período de sesiones de julio-agosto 1991, el CJI aprobó un “Proyecto de Convención Interamericana sobre Ley Aplicable en Materia de Contratación Internacional” (“Proyecto”)⁹⁵. Este Proyecto es el que será sometido a consideración de la próxima CIDIP-V y es apropiado por lo tanto para repasar algunos aspectos de su orientación a fin de precisar las tendencias que la CIDIP considera importante en el proceso de unificación del derecho privado a nivel americano.

Tanto la exposición de motivos como el informe que acompañan el Proyecto destacan que el fenómeno de unificación y armonización del derecho privado debe ubicarse actualmente dentro de un contexto de creciente interdependencia económica, globalización de la economía e integración de regiones en mercados comunes⁹⁶. También se señala que este proyecto interamericano sobre ley aplicable no incursiona en temas que ya han sido satisfactoriamente resueltos en instrumentos de carácter universal, sino que debe estructurarse en un contexto similar al adoptado por la Comunidad Económica Europea en el Convenio de Roma del 19 de junio de 1980 sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales, que, por otra parte, constituyeron la fuente de inspiración principal a las ocho “Bases” adoptadas por la CIDIP-IV en 1989⁹⁷. En realidad,

⁹³ El informe que acompaña el Proyecto de Convención Interamericana sobre Ley aplicable en Materia de Contratación Internacional reconoce que este tema se encuentra íntimamente vinculado con la problemática de la competencia en la esfera internacional. Sin embargo, se destaca que por voluntad de la Asamblea General de la OEA el tratamiento de este segundo quedó postergado para ser considerado en una futura CIDIP. ANTECEDENTES DEL PROYECTO DE TEMARIO, *supra* nota 83, p. 45, nota 7.

⁹⁴ CJI-Res.II/10/90, Rio de Janeiro, 27 de agosto de 1990.

⁹⁵ PROYECTO DE CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE LEY APPLICABLE EN MATERIA DE CONTRATACION INTERNACIONAL, OEA/Ser. Q/CJ/RES.II-6/91, 31 de julio de 1991 (en adelante “PROYECTO DE CONVENCIÓN SOBRE LEY APPLICABLE EN MATERIA DE CONTRATACION INTERNACIONAL”). El proyecto aprobado por el C.J.I. consta de seis capítulos divididos en veintiséis artículos. Sus disposiciones más relevantes se refieren al ámbito de aplicación de la Convención (Arts. 1-4), la determinación de la ley aplicable (arts. 5-10), ley aplicable a la existencia y validez del contrato (arts. 11-12), y materias que deben ser reguladas por la ley aplicable (arts. 13-17). Reflejando la tendencia más moderna incorporada a tratados multilaterales recientes en materia de derecho privado, el artículo 2 del Proyecto de Convención sobre Ley Aplicable en Materia de Contratación Internacional destaca la necesidad de interpretar y aplicar la Convención teniendo en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación.

⁹⁶ ANTECEDENTES SOBRE EL PROYECTO DE TEMARIO, *supra* nota 83, pp. 40, 45.

⁹⁷ ANTECEDENTES SOBRE EL PROYECTO DE TEMARIO, *supra* nota 83, pp. 47-48.

el Proyecto elaborado por la C.J.I. sigue de cerca tanto a la Convención sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales de las Comunidades Europeas firmada en Roma en 1980 ("Convenio de Roma")⁹⁸, como así también a la Convención de La Haya sobre Ley Aplicable a los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, firmado el 22 de diciembre de 1986 ("Convención de La Haya")⁹⁹, en cuya elaboración participaron un buen número de países de América Latina¹⁰⁰.

Cabe reparar, por ejemplo, no sólo en la similitud sino identidad de criterios adoptados por estos tres instrumentos en temas fundamentales, tales como: la caracterización de la "internacionalidad" del contrato¹⁰¹; el ámbito de aplicación del proyecto y los temas expresamente excluidos de su órbita¹⁰²; necesidad de imponer la aplicación de la convención a través de la ley aplicable y promover su interpretación uniforme¹⁰³; ámbito de reconocimiento del principio de la

⁹⁸ La bibliografía sobre el tema es abundante. V. BOGGIANO, CONTRATOS INTERNACIONALES, *supra* nota 85, p. 151, nota 129. El doctor Boggiano también aconsejó en su informe la universalización de las normas de conflicto previstas por el Convenio de Roma ("... Opino que la Convención de Roma de 1980 debería servir como texto de base para la elaboración de reglas en el ámbito de la OEA. En esta materia la tendencia es hacia la universalización, y no a la regionalización..."). *Id.*, p. 152.

⁹⁹ El relator del proyecto, Dr. José Siqueiros, destacó expresamente esta circunstancia en su informe: "Siendo objetivos no debemos soslayar las observaciones críticas que la Convención Europea (Roma, 1980) ha recibido de la doctrina, y de la dificultad de ensayar innovaciones en una temática tan explorada en el derecho internacional privado. En la década transcurrida desde que la Convención de Roma entró en vigor y en el lustro que va de las primeras firmas *ad-referendum* de la Convención de La Haya de 1986, no hay mucho que adicionar o reformar a los mismos textos citados que a su vez sirvieron como fuente de inspiración a las ocho "Bases" de la CIDIP-IV y que deben ser pauta en el anteproyecto que formule el Comité Jurídico Interamericano para su posterior examen en la Reunión de Expertos a convocarse por la Secretaría General antes de la celebración de la CIDIP-IV". ANTECEDENTES DEL PROYECTO DE TEMARIO, *supra* nota 83, p. 67.

¹⁰⁰ En la conferencia diplomática celebrada en La Haya del 14 al 30 de octubre de 1985, estuvieron representados los siguientes Estados de la OEA: Argentina, Chile, Honduras, México, Estados Unidos, Uruguay y Venezuela. Brasil y Ecuador participaron como observadores. La CIDIP-IV expidió una resolución recomendando a los Estados Miembros de la OEA a ratificar o adherirse a la Convención de La Haya del 22 de diciembre de 1986. CIDIP-IV/Res. 4 (89), V., BOGGIANO, CONTRATOS INTERNACIONALES, *supra* nota 85, pp. 35-37.

¹⁰¹ Proyecto, art. 1; Convenio de Roma, art. 1, parágrafo 1 (cuando el contrato se refiera a una situación que entraña un conflicto de leyes de distintos países). ANTECEDENTES DEL PROYECTO DE TEMARIO, 83, p. 48.

¹⁰² Proyecto, arts. 3-4; Convenio de Roma, arts. 1, 5, 6 y 12; Convención de La Haya, art. 2, incisos (a), (b) y (c) y 5 (excluyendo de su órbita de aplicación al estado y capacidad de las personas físicas, testamentos y sucesiones, regímenes matrimoniales, obligaciones alimentarias, obligaciones nacidas de títulos de crédito y otros instrumentos negociables, convenios de arbitraje y selección de foro, cuestiones derivadas de derecho societario, trusts y otras materias sujetas a una regulación especial, incluyendo compraventas concluidas por consumidores, contratos individuales de trabajo y cesión de créditos). ANTECEDENTES DEL PROYECTO DE TEMARIO, nota 83, *supra*, p. 59.

¹⁰³ Proyecto, art. 1; Convenio de Roma, art. 2; Convención de La Haya, art. 6 (la ley designada por la Convención deberá aplicarse aunque no pertenezca a la de un Estado Contratante). Véase también Proyecto, art. 2; Convenio

autonomía de la voluntad para designar la ley aplicable a una parte o a la totalidad del contrato¹⁰⁴; y, finalmente, criterios que determinan la ley aplicable a los contratos internacionales en defecto de elección de las partes o cuando esta última es jurídicamente ineficaz¹⁰⁵. Esta armonización de criterios en materia de ley aplicable a la contratación internacional adoptados por el Proyecto de Convención Interamericana, el Convenio de Roma y la Convención de La Haya me llevan a insistir en la conveniencia y posibilidad, ciertamente jurídica y eventualmente política, que los esfuerzos de armonización y unificación que se llevan a cabo en el seno de la Comunidad Europea, la Conferencia de La Haya y la OEA converjan en una tarea común, donde la activa participación de las diversas delegaciones permita universalizar el ámbito espacial de los instrumentos internacionales en materia de ley aplicable a los contratos internacionales en general.

Si el análisis precedente aconseja que el abandono de posturas regionalistas es jurídicamente factible en lo que se refiere a la cooperación judicial internacional y conflicto de leyes en materia de contratos internacionales, existen razones fundadas para pensar que en materia de derecho sustantivo de los contratos internacionales la conveniencia de los países de América Latina también se

de Roma, art. 18; Convención de La Haya, art. 16 (siguiendo el art. 16 de la Convención de Viena de 1980, en el sentido de que a los fines de su interpretación y aplicación, deberá tenerse en cuenta el carácter internacional de la Convención y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación). Véase también, en el mismo sentido, Convenio sobre Representación de la Compraventa Internacional de Mercaderías de 1983, art. 6 (1).

¹⁰⁴ Proyecto, art. 5; Convenio de Roma, art. 3, par. 1; Convención de La Haya, art. 7, par 1 (requiriendo que el acuerdo sea expreso o, excepcionalmente, desprenderse en forma inequívoca de la conducta de las partes y del contrato considerado en su conjunto). Cf., Proyecto, art. 6; Convenio de Roma, art. 3, par. 2; Convención de La Haya, art. 7, par. 2 (autorizando a las partes a convenir que el contrato pueda regirse, en todo o en parte, por una ley distinta de aquella por la que se rigió anteriormente, haya sido o no elegida por las partes).

ANTECEDENTES DEL PROYECTO DE TEMARIO, *supra* nota 83, pp. 50-51. Con respecto a las limitaciones al principio de la autonomía de la voluntad destinadas a impedir una elección "caprichosa", es decir, sin conexión alguna con el contrato, a eludir leyes imperativas, de policía o de aplicación inmediata, el art. 10 del Proyecto dispone que "se aplicarán necesariamente las disposiciones de la ley del foro cuando tengan carácter imperativo" y, a discreción del foro, se podrán "aplicar las disposiciones imperativas de la ley de otro Estado con el cual el contrato tenga vínculos estrechos". Véase, ANTECEDENTES DEL PROYECTO DE TEMARIO, *supra* nota 83, pp. 51-55; BOGGIANO, CONTRATOS INTERNACIONALES, *supra* nota 85, pp. 33-45 y 55-75.

¹⁰⁵ Proyecto, arts. 7-9; Convenio de Roma, art. 4; Convención de La Haya, art. 8 (el contrato se regirá por la ley del Estado con el cual el contrato tenga "los vínculos más estrechos", estableciendo una presunción que dicho Estado es aquél "en que la parte manifiestamente más obligada en la relación contractual debe cumplir con su prestación, y donde tenga, además, su residencia habitual o establecimiento principal"). Véase, ANTECEDENTES DEL PROYECTO DE TEMARIO, *supra* nota 83, pp. 55-62; BOGGIANO, CONTRATOS INTERNACIONALES, *supra* nota 85, pp. 46-54.

orienta hacia una integración a los esfuerzos que ya han comenzado a realizarse en otros foros internacionales. Para apreciar el mérito de esta sugerencia, conviene destacar en primer lugar la homogeneidad sustantiva del derecho latinoamericano en materia de obligaciones y contratos comerciales.

ABSTENCION DE LOS ESFUERZOS DE UNIFICACION LATINO-AMERICANOS DEL CAMPO DEL DERECHO MERCANTIL SUSTANTIVO

En lo que respecta al panorama que presenta el derecho privado sustantivo latinoamericano a los efectos de su eventual armonización y unificación, cabe destacar en primer lugar que, sin perjuicio de la inevitable disparidad de las legislaciones internas en aspectos de detalle, la identidad de cultura jurídica de los países latinoamericanos constituye una base firme de armonización regional. En segundo lugar, como se señaló anteriormente, los instrumentos interamericanos elaborados por las cuatro CIDIPs se han concentrado en el derecho conflictual y cooperación judicial, sin incursionar en temas de derecho uniforme sustantivo. A juzgar por la postura adoptada por el CJI en materia de compraventa internacional de mercaderías en sucesivas oportunidades, los países de América Latina no desean incursionar en la unificación del derecho mercantil sustantivo¹⁰⁶.

La aparente aceptación de los países de la región del texto de la Convención de Viena de 1980 sobre venta internacional de mercaderías preparada por UNCITRAL, como así también la compatibilidad de las legislaciones internas latinoamericanas con los principios aplicables a los contratos comerciales internacionales que se encuentra elaborando UNIDROIT, permite augurar una paulatina integración de los países latinoamericanos a los esfuerzos de unificación universal que lleva a

¹⁰⁶ V., G. Parra Aranguren, *Legislación uniforme sobre compraventa internacional de mercaderías*, REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO, 1986, vol. 35 pp. 28 y ss. En resoluciones dictadas durante el 22 de diciembre de 1967, 6 de agosto de 1973, 13 de enero de 1977, el CJI expresó que en vista de la Ley Uniforme sobre Venta Internacional de Bienes Muebles elaborada por la Conferencia de La Haya en 1964, no existían motivos para propiciar la elaboración de un documento regional en esta materia, siendo aconsejable que los Estados Miembros de la OEA se adhieran a un documento de carácter universal. V. *Recomendaciones e Informes del Comité Jurídico Interamericano. Documentos oficiales*, vol. 11, 1974-1977, Washington, 1981, pp. 576-77. Esta postura motivó que la CIDIP-II eliminara este punto dentro de su temario, fundamentalmente en miras a los trabajos de UNCITRAL que posteriormente se concretaron en la adopción de la Convención de Viena de 1980. V. BOGGIANO, *CONTRATOS INTERNACIONALES*, *supra* nota 85, pp. 79-81.

cabó UNIDROIT y UNCITRAL. Sin embargo, a juzgar por el proyecto de temario de la próxima CIDIP-V, pareciera que en materia de normas de derecho internacional privado la tendencia continuará siendo la regionalización. Insisto que, a mi modo de ver, este camino separado sólo se justifica en la medida en que existan diferencias genuinas, y ya se ha demostrado que este no es el caso. En lugar de trabajar en un proyecto de convención interamericana en materia de ley aplicable a la contratación internacional, los Estados miembros de la OEA podrían considerar seriamente la adopción de la Convención de La Haya del 22 de diciembre de 1986.

Las tendencias hacia la armonización y uniformidad del derecho sustantivo latinoamericano se reflejan en una prolífica elaboración doctrinaria de "leyes tipo" o "códigos modelo" adoptados en congresos, jornadas y simposios. A pesar de su contribución eventual como fuentes de reforma legislativa, en la mayoría de los casos estas leyes "tipo" o "modelo" no se han concretado en derecho positivo uniforme. Así existen desde hace tiempo una serie de proyectos de unificación en temas tan diversos como leyes "tipo" en materia de organización del ministerio público fiscal¹⁰⁷ y arbitraje¹⁰⁸, como así también un buen número de códigos "tipo" latinoamericanos en materia de derecho tributario¹⁰⁹, pe-

¹⁰⁷ Esta iniciativa estuvo precedida de un estudio comparativo sobre la organización y funcionamiento del ministerio público en los Estados americanos que llevó a cabo el Departamento de Asuntos Jurídicos de la Unión Panamericana. Conforme a las recomendaciones del Tercer Congreso Interamericano del Ministerio Público, efectuado en México durante los días 13 a 20 de julio de 1963, el Comité Jurídico Interamericano de la OEA suspendió el estudio del tema hasta tanto la Asociación Interamericana del Ministerio Público preparase un proyecto de ley tipo. OEA, CIJ-88, Washington, 1967. Véase, Fix-Zamudio *Breves reflexiones*, *supra* nota 2, pp. 323-325.

¹⁰⁸ Con anterioridad a sus trabajos en la preparación de una Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial (finalmente aprobada en Panamá en 1975, en el seno de la CIDIP-I), el C.J.I. había elaborado durante los años cincuenta un proyecto de ley uniforme sobre arbitraje que fue aprobado por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos en la reunión celebrada en México en 1956. Dicho Consejo recomendó la adopción de la ley uniforme en los ordenamientos internos de los países americanos. V., Siqueiros. *Panorama actual del arbitraje comercial internacional*, en PANORAMA DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL (Selección de lecturas), Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1983, pp. 135, 142.

¹⁰⁹ El proyecto de modelo de Código Tributario para América Latina, en MEMORIA DE LAS CONFERENCIAS SUSTENTADAS CON MOTIVO DEL XXV ANIVERSARIO DE LA PROMULGACIÓN DE LA LEY DE JUSTICIA FISCAL, México, 1966; Giuliani Fonrouge y D. Jarach, Análisis del modelo de Código Tributario para América Latina OEA-BID, en VI JORNADAS LATINOAMERICANAS DE DERECHO TRIBUTARIO. PUNTA DEL ESTE, 1970, Montevideo, 1971, pp. 103, 122-125 (destacando que este código modelo ha servido de base a algunos códigos latinoamericanos y en la redacción de algunos proyectos de ley).

nal¹¹⁰, aeronáutico¹¹¹ y procesal civil¹¹². Cabe presumir, sin embargo, que en materias tan diversas de derecho público, el camino de la armonización por vía legislativa o mediante la ratificación o adhesión de tratados internacionales enfrenta una serie de obstáculos que no se encuentran en un área homogénea como la de la contratación internacional. De allí que sea necesario echar un vistazo a la homogeneidad jurídica latinoamericana en materia de obligaciones y contratos, para después especular acerca de las posibilidades de su integración al derecho mercantil internacional.

IDENTIDAD BASICA DEL DERECHO PRIVADO SUSTANTIVO LATINOAMERICANO: POTENCIALIDAD DE SU INTEGRACION PROGRESIVA AL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL

En el ámbito tradicionalmente considerado como medular del derecho privado, más allá de las raíces mediáticas del derecho romano¹¹³, la identidad jurídico-cultural del derecho latinoamericano se extiende durante el largo período de dominación colonial¹¹⁴. El derecho indiano aplicable a los territorios de ultramar construyó las bases de lo que luego de la independencia política comenzó a adquirir identidad nacional a través de la codificación. Cabe reconocer que el objetivo principal de la codificación del derecho privado en América Latina no fue precisamente perseguir la uniformidad del derecho privado de las jóvenes repúblicas latinoamericanas, sino más bien afirmar la naciente soberanía política mediante un sistema legislativo inteligible y más accesible que la dispersa, profusa y confusa legislación colonial¹¹⁵. Sin embargo, durante esta etapa post-colonial, la armonía jurídica latinoamericana

¹¹⁰ V. A. Reyes *El proyecto de Código Penal Tipo Latinoamericano*, REVISTA DE LOS UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, Bogotá, diciembre de 1967, pp. 583-689; F. Grisolía, *Génesis y trayectoria del Proyecto de Código Penal Tipo para Latinoamérica*, REVISTA MEXICANA DE DERECHO PENAL, México, noviembre-diciembre de 1971, pp. 26-28.

¹¹¹ V. Rodríguez Jurado, *El proyecto de Código Aeronáutico Latinoamericano*, en ESTUDIOS JURIDICOS EN HOMENAJE AL PROFESOR ENRIQUE A. C. AZTRIA, Buenos Aires, 1966, pp. 168-297; E. MAPELLI LOPEZ, CODIGOS Y LEYES DE AVIACION CIVIL DE IBEROAMERICA, Madrid, 1970, pp. 819.

¹¹² V., PROYECTO DE CODIGO PROCESAL CIVIL MODELO PARA IBEROAMERICA, Instituto Chileno de Derecho Procesal, Valparaíso, 1989; EL CODIGO PROCESAL CIVIL MODELO PARA IBEROAMERICA, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Montevideo, 1988, Véase, en general, UN "CODICE TIPO" DI PROCEDURA CIVILE PER L'AMERICA LATINA, Padova, 1990 (S. Schipani y R. Vaccarella).

¹¹³ Guzmán Brito, *La penetración del derecho romano en América*, REVISTA CHILENA DE DERECHO, 1991, pp. 203, 211.

¹¹⁴ Véase, en general, J. OTS CAPDEQUI, MANUAL DE HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL EN LAS INDIAS (1945); BARRERA GRAF, EL DERECHO MERCANTIL EN LA AMERICA LATINA, México, 1963, p. 19.

¹¹⁵ Véase el interesante prólogo de Phanor Eder a la traducción inglesa del Código Civil argentino realizada por Frank Joannini, THE ARGENTINE CIVIL CODE, Boston, 1917, p. xxii.

es reafirmada a través de la influencia predominante del *Code civil napoleónico* y el abundante cuerpo de doctrina que acompañó su recepción¹¹⁶. En este punto, sin embargo, conviene hacer algunas distinciones entre la corriente codificadora civil y mercantil, y entre diferentes grupos de países conforme a la influencia más o menos directa del modelo francés o español y la influencia recíproca de los códigos latinoamericanos.

En lo que respecta a la codificación del derecho civil, la identidad latinoamericana es susceptible de ser subdividida en diferentes grupos, conforme al tipo y grado de influencia recibida de la codificación napoleónica¹¹⁷. Así, puede desprenderse un primer grupo que adoptó casi literalmente el Código Napoleón de 1804, entre los que se encuentran Haití y la República Dominicana¹¹⁸. Un segundo grupo, en el otro extremo diferenciador, está representado por aquellos países que adoptaron el Código Civil español de 1889 por haber sido los últimos en haberse desprendido del régimen colonial. Este es el caso de Cuba y Puerto Rico, aunque ambos sistemas jurídicos han sido significativamente influenciados, en el caso de Cuba, por la superestructura política de la "legalidad socialista"¹¹⁹ y en el

¹¹⁶ Para constatar la influencia de la doctrina francesa que acompañó el movimiento de codificación en algunos países latinoamericanos, basta repasar algunas de las obras que aparecen frecuentemente citadas en las eruditas notas de Dalmacio Vélez Sársfield que acompañan los artículos del Código Argentino de 1869. Algunos textos de doctrina fueron utilizados como fuente directa de las disposiciones del código, v.gr., la obra de Charles Aubry y Charles Rau, *Cours de droit civil français d'après l'ouvrage allemand de C.S. Zacharie*, París, Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence, 1856-1858, 3^e ed., 6 volúmenes. Otras obras de importancia incluyen autores como Charles Demolombe, Jean Domat, Jean Baptiste Durvergier, Emile Victor Foelix, Victor N. Marcadé, E. Martou, Gabriel Massé, Frédéric Mourlon, Robertus Josephus Pothier, Jean-Baptiste Boudron, Charles Bonaventure Marie Toullier, Raymond Troplong y Karl Salomon Zacharie.

¹¹⁷ Véase, en general, J. CASTAN TOBEÑAS, LOS SISTEMAS JURÍDICOS CONTEMPORÁNEOS DEL MUNDO OCCIDENTAL, 1975, Madrid, 2^a edición, pp. 43 y ss; Castán Tobeñas, *Contemporary Legal Systems of the Western World*, COMPARATIVE JURIDICAL REVIEW, 1986, pp. 117-127; id, El sistema Jurídico iberoamericano, REVISTA DE ESTUDIOS POLÍTICOS, Madrid, 1968, p. 209; Segal, Pinto & Colautti, *Aperçu sur les systèmes juridiques de l'Amérique du Sud*, REVUE INTERNACIONAL DE DROIT COMPARE, París, 1988, vol. 65, pp. 105, 108-115; De los Mozos, *Perspectivas y Método para la comparación Jurídica en relación con el Derecho Privado iberoamericano*, REVISTA DE DERECHO PRIVADO, Madrid, 1976, vol. 60, p. 777; Catalano, *Sistema Jurídico Latinoamericano y Derecho Romano* REVISTA GENERAL DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA, Madrid, 1982, vol. 85, p. 85.

¹¹⁸ Leger, *De l'influence du Code Napoleón à Haïti et des différences d'lgislation civile entre France et Haïti*, en LE DROIT CIVIL FRANÇAIS. LIVE SOUVENIR DES JOURNÉES DU DROIT CIVIL FRANÇAIS, 1936, P. 755.

¹¹⁹ CÓDIGO CIVIL, de 11 de mayo de 1888, hecho extensivo a Cuba por Real Decreto de 31 de julio de 1889 y vigente desde el día 5 de noviembre del mismo año. Concordado y anotado hasta el 8 de marzo de 1975. Publicación Oficial del Ministerio de Justicia (1975). Véase también, Azciri, *Change and Institutionalization in the Revolutionary Process: The Cuban Legal System in the 1970's*, REVIEW OF SOCIALIST LAW, 1980, vol. 6, p. 164.

caso de Puerto Rico, por la aplicación del derecho federal de los Estados Unidos¹²⁰. Un tercer grupo está representado por países de América Central como Honduras y Panamá, cuya primera codificación del derecho civil tuvo lugar a comienzos de este siglo y por lo tanto tuvieron la oportunidad de apoyarse, aunque no en forma tan directa como el grupo anterior, en el Código Civil español.

Un cuarto grupo de países, quizás el más significativo desde el punto de vista histórico, reconoce el Código Civil francés como fuente inspiradora principal, pero se inclinaron por un estilo y técnica ecléctico, aportando una dosis significativa de originalidad al movimiento de codificación latinoamericano. Me refiero al Código Civil chileno redactado por Andrés Bello (1855)¹²¹, el Anteproyecto de Código Civil para el Imperio del Brasil redactado por Augusto Teixeira de Freitas (1856)¹²² y el Código Civil argentino de Dalmacio Vélez Sársfield (1869). Este último grupo de codificaciones adquiere una relevancia inusitada en lo que se refiere al proceso de armonización y unificación del derecho privado latinoamericano, puesto que los tres códigos mencionados influyeron, en mayor o menor medida, en la codificación del derecho civil de un buen número de países. Así, el Código Civil de Andrés Bello fue adoptado por las primeras codificaciones civiles en Ecuador (1861), Venezuela (1863), Nicaragua (1867), Colombia (1873), El Salvador (1880) y Honduras (1880). A su vez, tanto el Código Civil chileno como el anteproyecto de Freitas tuvieron una influencia significativa en el Código Civil argentino redactado por Vélez Sársfield, y este último, a su vez, fue adoptado textualmente por Paraguay en 1876. El Código Civil para la República Oriental del Uruguay reconoce a su vez la influencia de las codificaciones argentina, chilena y brasileras.

¹²⁰ Véase, Alvarez González, *La reforma del Código Civil de Puerto Rico y los imperativos constitucionales; un comentario*, REVISTA DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE PUERTO RICO, 1991, vol. 62, p. 223; Rodríguez Ramos *Interaction of Civil Law and Anglo-American Law in the Legal Method of Puerto Rico*, TULANE LAW REVIEW, 1948, vol. 23, p. 1; Trias Monge, *Consideraciones sobre la reforma del Código Civil de Puerto Rico*, REVISTA JURIDICA DE PUERTO RICO, 1983, vol. 52, p. 143.

¹²¹ Véase, Matus Valencia, *The Centenary of the Chilean Civil Code*, AMERICAN JOURNAL OF COMPARATIVE LAW, 1958, vol. 7, p. 71; A. GUZMAN B., ANDRES BELLO CODIFICADOR. HISTORIA DE LA FIJACION Y CODIFICACION, DEL DERECHO CIVIL EN CHILE, 1982, p. 158; Guzmán B., *El pensamiento codificador de Bello entre las polémicas chilenas en torno a la fijación del Derecho Civil*, en DIRITO ROMANO CODIFICAZZIONI E UNITA DEL SISTEMA GIURIDICO LATINOAMERICANO, 1981, obra coordinada por S. Schipani, p. 5.

¹²² Véase, Castro Borges, *Na formação do Direito suramericano: Teixeira de Freitas e Vélez Sársfield*, SCIENTIA JURIDICA, 1985, vol. 34, p. 216; S. MEIRA A., TEIXEIRA DE FREITAS, O JURISCONSULTO DO IMPERIO. VIDA OBRA, 1983, Brasilia, 2^a edición.

Finalmente, se destacan lo que podríamos clasificar como un quinto grupo de codificaciones “modernas”, adoptados en este siglo y por lo tanto en una época en que la codificación napoleónica había dejado de ser la única fuente inspiradora continental europea. Cabe incluir en este grupo el Código Civil de Brasil (1917) y al Código Civil de México para el Distrito Federal (1928), que sirvió de guía para los códigos estatales mexicanos. Más recientemente, el Código Civil boliviano de 1976 y el Código Civil peruano de 1984 continuaron esta tendencia más independiente de la corriente francesa ¹²³.

La homogeneidad de la legislación civil latinoamericana también se extendió al campo del derecho mercantil. Esta identidad surge en primer lugar por la supervivencia, aunque durante un período relativamente breve, de la legislación colonial hispana y lusitana con posterioridad a la independencia, ya sea por disposición expresa de los nuevos gobiernos nacionales o por el mantenimiento tácito de su vigencia ¹²⁴. Durante el siglo XIX existió una marcada influencia de la codificación comercial francesa de 1807 y española de 1829 y 1855 ¹²⁵. Mientras que un primer grupo que incluye a Haití (1826) y a la República Dominicana (1884), copiaron el modelo francés al pie e la letra, un segundo grupo adoptó el modelo español de 1829, entre los que se incluye Ecuador (1831), Paraguay (1846), Perú, Costa Rica y Colombia (1853). Un tercer grupo de países siguió el modelo español de 1855, entre los que se incluyen Honduras (1890), Perú (1902), Puerto Rico y Cuba (1899) ¹²⁶.

También en el área mercantil cabe resaltar la gran difusión de la doctrina gala que acompañó a la adopción de los primeros códigos de comercio latinoamericanos ¹²⁷.

¹²³ Véase Schipani, *El Código Civil peruano de 1984 y el sistema jurídico latinoamericano*, REVISTA JUDICIAL, San José de Costa Rica, 1987, vol. 40, p. 144.

¹²⁴ L. SEGOVIA, EXPLICACION Y CRITICA DEL CODIGO DE COMERCIO, Buenos Aires, 1829, vol. I, p. xi; Toro Garland, *Supervivencia del Derecho español en América*, REVISTA DE DERECHO ESPAÑOL Y AMERICANO, Madrid, Año I, N° 3, p. 42; J. OLAVARRIA, LOS CODIGOS DE COMERCIO LATINOAMERICANOS, Santiago, 1961, pp. 270, 287; J. BARRERA GRAF, EL DERECHO MERCANTIL EN LA AMERICA LATINA, México, 1963, pp. 23-40.

¹²⁵ El Código de Comercio español de Sáinz de Andino de 1829 tuvo gran influencia en Argentina y México con anterioridad a la codificación de la legislación mercantil en estos países; en otros fue literalmente copiado y aun en otro grupo sirvió como fuente principal junto al modelo francés de 1807, como en el caso de Bolivia (1835), Brasil (1850)y México (1854). J. BARRERA GRAF, EL DERECHO MERCANTIL EN AMERICA LATINA, México, 1963, pp. 26-27.

¹²⁶ OLAVARRIA, LOS CODIGOS DE COMERCIO LATINOAMERICANOS, Santiago, 1961, p. 95.

¹²⁷ El profesor mexicano Barrera Graf destaca la influencia predominante de autores como Pardessus, Alauzet, Masse, Delamarre et Le Poitvin, Boistel, Lyon Caen et Renault BARRERA GRAF, EL DERECHO MERCANTIL EN AMERICA LATINA, *supra* nota 125, p. 35-6. Véase también, J.C. Palmero, *Unidad del derecho privado*

Otro factor de armonización y unificación del derecho mercantil latinoamericano, tal como ocurrió con la codificación civil, fue la influencia recíproca ejercida por los códigos mercantiles de Brasil (1850), Argentina (1859) y Chile (1867), obra de codificadores de la talla de Teixeira de Freitas en Brasil, Vélez Sársfield y Eduardo Acevedo en Argentina y José Gabriel Ocampo en Chile¹²⁸. La contribución recíproca de estas codificaciones se destaca por la influencia del Código brasileño de 1850 en Argentina y Chile; la del Código argentino de 1859 en el chileno y la de este último en el Código de Comercio argentino de 1889. También cabe destacar la intervención de juristas sudamericanos extranjeros en las principales codificaciones, como el uruguayo Eduardo Acevedo en el Código argentino y el argentino Ocampo en el Código chileno¹²⁹. Así, el Código de Comercio argentino fue copiado al pie de la letra por Paraguay en 1903 (en vigencia hasta la adopción del código unificado de 1987) y adoptado con leves modificaciones por Uruguay en 1866. A su vez, el Código de Comercio chileno fue seguido en Colombia, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá y Venezuela¹³⁰.

Los principales códigos de comercio latinoamericanos, con excepción del chileno, fueron promulgados con anterioridad a los primeros códigos civiles. Esto motivó que los códigos de comercio incluyeran en su texto una variedad de disposiciones sobre obligaciones y contratos civiles que ya resultaban arcaicas a la época en que se dictaron los nuevos códigos civiles. Debido a este fenómeno, muchos de los códigos civiles acogieron principios consagrados por el derecho mercantil europeo (v.gr., solidaridad pasiva, constitución en mora sin necesidad de interpellación formal), resultando, al decir de Ascarelli, en "códigos civiles más comercializados que los mismos códigos de comercio"¹³¹. Este fenómeno,

latinoamericano, REVISTA DEL DERECHO COMERCIAL Y DE LAS OBLIGACIONES, Buenos Aires, junio 1986, N° 111, año 19, pp. 379-403.

¹²⁸ El Código de Comercio brasileño fue promulgado por el emperador don Pedro II, el 25 de junio de 1850, mientras que el Código argentino fue inicialmente promulgado para la provincia de Buenos Aires, extendiéndose a la nación en 1862 en virtud de la incorporación de dicha provincia a la federación y la facultad exclusiva del gobierno federal para legislar en materia mercantil 133. El Código argentino de 1859 fue reformado significativamente en 1889, Véase, FRANCISCO J. GARO, DERECHOCOMERCIAL, Buenos Aires, 1955, vol 1, N° 44, p. 30.

¹²⁹ Véase, Olavarria, Unificación legislativa-mercantil en América Latina, REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MERCANTIL, 1961, P. 315.

¹³⁰ BARRERA GRAF, EL DERECHO MERCANTIL EN AMERICA LATINA, *supra* nota 125, pp. 32-34.

¹³¹ T. Ascarelli, *Natura e posizione del Diritto Commerciale* en SAGGI JURIDICI, Milano, 1949, p. 136. Véase también BARRERA GRAF, EL DERECHO MERCANTIL EN AMERICA LATINA, *supra* nota 125, p. 84 (destacando que

unido a la estructura económica de los países de América Latina durante el siglo XIX (fundamentalmente agrícola, con escaso desarrollo industrial), ha resultado, por un lado, en una continua aspiración para la modificación y modernización del derecho mercantil¹³² y, por otro lado, en una serie de iniciativas tendientes hacia la unificación del derecho civil y comercial en materia de obligaciones y contratos, como los propuso el Proyecto Franco-Italiano de las obligaciones y lo concretó el Código Civil italiano de 1942.

Dentro de las iniciativas más recientes de reforma legislativa y unificación de la materia civil y comercial, cabe destacar, en primer lugar, al Código Civil paraguayo que entró en vigor el 1º de enero de 1987¹³³. El nuevo código paraguayo mantiene una estructura similar al anterior, pero incluye cinco libros, uno de los cuales está dedicado a los "contratos comerciales que anteriormente estaban incluidos en el Código de Comercio y también legislación especial anexa a dicho código"¹³⁴. Una labor similar de codificación civil y mercantil unificada, pero sin haberse concretado en ley positiva, fue realizada en Argentina. El Congreso mantuvo en discusión desde 1987 un proyecto de unificación que fue vetado en diciembre de 1991¹³⁵. También en el proyecto argentino se incluían

los códigos de comercio brasileño y argentino de 1850 y 1859 reglamentaron las obligaciones y los contratos, materia principal de los códigos civiles adoptados con posterioridad). Véase asimismo, Aztiria, *Derecho comercial y derecho privado en los países de Derecho Continental*, INTER-AMERICAN LAW REVIEW, vol. 1, N° 5, p. 119.

¹³² BARRERA GRAF, EL DERECHO MERCANTIL EN AMERICA LATINA, *supra* nota 125, p. 52.

¹³³ CODIGO CIVIL DE LA REPUBLICA DEL PARAGUAY. Sancionado por el Honorable Congreso Nacional como Ley N° 1.183 del 18 de diciembre de 1985 y promulgado por el Poder Ejecutivo el 23 de diciembre de 1985. Edición de la Corte Suprema de Justicia, Asunción, 1986. La tarea de revisión se remonta a 1959, con el encargo de la Comisión Nacional de Codificación. El eminentе jurista paraguayo Luis De Gáspere tuvo a su cargo la preparación de un anteproyecto terminado en 1964 que constituyó la médula del nuevo código. De los 2.800 artículos que componen el nuevo código, se estima que aproximadamente 2.250 fueron tomados del anteproyecto De Gáspere, cuyas fuentes de inspiración más importantes se encuentran en el Código Civil italiano de 1942 y dos proyectos de reforma del Código Civil argentino que se remontan a 1936. Véase, Moisset de Espanes, *El nuevo Código Civil paraguayo*, REVISTA DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA, Madrid, 1989, vol. 94, p. 475.

¹³⁴ El Código Civil paraguayo de 1987 consta de cinco libros: De las personas y de los derechos personales en las relaciones de familia; de los hechos y actos jurídicos y de las obligaciones; de los contratos y otras fuentes de obligaciones; de los derechos reales sobre las cosas; y de la sucesión por causa de muerte. El Título II del Libro III ("De los contratos en particular") incluye disposiciones acerca del contrato de transporte, comisión, corretaje, sociedades comerciales, títulos de crédito y contratos de seguro. El nuevo código paraguayo también deroga una serie de leyes especiales que fueron incorporadas al texto del código, tales como aquellas en materia de matrimonio civil, sociedades de responsabilidad limitada, almacenes generales de depósito, propiedad horizontal, propiedad literaria, científica y artística, prenda con registro y quiebras.

¹³⁵ Véase, PROYECTO DE CODIGO CIVIL SEGUN TEXTO APROBADO POR LA HONORABLE CAMARA DE DIPUTADOS DE LA NACION, Orden del día N° 1604 del 15 de julio de 1987, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1987. Luego de su

contratos tradicionalmente legislados en el Código de Comercio¹³⁶ y se sometía a una regulación uniforme aquellas figuras contractuales sometidas a una doble regulación en ambos códigos¹³⁷. Si bien las razones que motivaron el veto presidencial del proyecto argentino no son del todo claras, aparentemente no ha sido la idea de unificar la codificación comercial y civil la que ha motivado el rechazo, sino más bien el mérito de algunas de sus disposiciones¹³⁸.

Es interesante constatar que si nos desplazamos del campo generalizado de la unificación del derecho privado y concentrarnos la atención en la regulación de la contratación internacional, la legislación interna de los países de América Latina ofrece un núcleo común que por cierto no es incompatible con las iniciativas que se han tomado a nivel internacional en materia de unificación del derecho mercantil. Aun cuando la profundización del análisis de cada institución en particular nos llevaría a descubrir diferencias de matices entre las legislaciones internas de los países latinoamericanos, si nos mantenemos en el terreno de los principios la posibilidad de armonización no presenta mayores dificultades técnicas. Si tomamos las disposiciones sobre compraventa internacional de mercaderías elaboradas por UNCITRAL y adoptadas en la Convención de Viena de 1980, que ya cuenta en la ratificación de algunos países de América Latina entre los que se cuenta Argentina, Chile, Ecuador y México, encontramos que por

aprobación por la cámara baja en 1987, el proyecto fue finalmente sancionado con la aprobación del Senado en noviembre de 1991 y vetado el 23 de diciembre del mismo año.

¹³⁶ Tal es el caso de algunas disposiciones del proyecto argentino de código uniforme en materia de contratos de cuenta corriente mercantil y bancaria (arts. 1928-1948), corretaje (arts. 2013-2021), transporte (arts. 2182-2215).

¹³⁷ V., por ejemplo, las disposiciones del proyecto de unificación argentino en materia de mandato (arts. 1889-1919); fianza (arts. 1986-2012); y depósito (arts. 2216-2243).

¹³⁸ Así, la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de la República Argentina solicitó el voto de la ley de unificación alegando que el proyecto no tenía en cuenta la ley de convertibilidad de la moneda nacional (que, dicho sea de paso, había sido sancionada con posterioridad a la conclusión del proyecto de reforma) y que el proyecto había “pasado por alto numerosas objeciones formuladas por serias instituciones que se han pronunciado al respecto”. REVISTA LA LEY, SUPLEMENTO ACTUALIDAD, Buenos Aires, 12 de diciembre de 1991, p. 4. Por su parte, la Federación Argentina de Colegios de Abogados se opuso al proyecto de unificación alegando, además de la incompatibilidad de algunas de sus normas con las normas sancionadas en materia económica, que la presunción de culpa en materia de responsabilidad extracontractual en el ejercicio de las profesiones liberales, establecida por el proyecto en su artículo 1625, “transgrede garantías constitucionales de igualdad y defensa en juicio [y] condiciona excesivamente el empleo de nuevas técnicas, obstaculizando el avance y progreso de la ciencia”. REVISTA LA LEY, SUPLEMENTO ACTUALIDAD, Buenos Aires, 28 de abril de 1992, p. 3. Véase también, Los médicos, del quirófano a los tribunales, PÁGINA 12, Buenos Aires, 19 de diciembre de 1991, p. 14.

encima de las diferencias de detalle existe un amplio espacio para lograr un entendimiento¹³⁹. Arribaríamos a una conclusión similar si nos ocupáramos de calibrar el impacto de los principios propuestos por UNIDROIT en materia de contratos comerciales internacionales¹⁴⁰.

Dado el alto grado de homogeneidad que presenta el derecho privado latinoamericano y la factibilidad de su asimilación a un marco jurídico armonizado en materia de contratación internacional, ¿por qué los países de América Latina no han participado más activamente en los esfuerzos de unificación del derecho privado que han emprendido organizaciones internacionales? ¿Por qué razón los numerosos proyectos de leyes y códigos "tipo" o "modelo" no han fructificado en un derecho positivo único para todos los países de la región? Una aproximación a este interrogante requiere un análisis de las realidades de tipo jurídico-cultural, político y económico que enmarcan los esfuerzos de unificación legislativa en los países latinoamericanos. Esta apreciación de sus limitaciones permite una mayor comprensión de lo que se ha logrado hasta el momento y de las perspectivas futuras de la incorporación latinoamericana a los esfuerzos de unificación del derecho privado.

LIMITACIONES A LOS ESFUERZOS DE UNIFICACION LATINO-AMERICANA A NIVEL REGIONAL E INTERNACIONAL

Los países de América Latina se encuentran en un proceso de integración jurídica más incipiente que el que ha logrado la unión federal de los Estados

¹³⁹ V., en general, Barrera Graf, *La Convención de Viena sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías y el Derecho mexicano. Estudio comparativo*, REVISTA DE DERECHO COMERCIAL Y DE LAS OBLIGACIONES, Buenos Aires, 1987, vol. 14, pp. 315-336; Ferro Astray, *Hacia un Derecho uniforme de la Compraventa Internacional?*, ANUARIO DE DERECHO COMERCIAL, Montevideo, 1986, pp. 37-51; A. GARRO y A. ZUPPI, *COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERIAS*, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1990

¹⁴⁰ V., Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), WORKING GROUP FOR THE PREPARATION OF PRINCIPLES FOR INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS, Study L - Doc. 40 Rev. 9, Roma, enero de 1992. Puede constatarse una congruencia básica de los principios fundamentales incorporados a estos "Principios" con aquellos consagrados en las legislaciones internas latinoamericanas en materia de contratos, tales como el Código Civil argentino (C.Civ. Arg.), el Código Civil para el Distrito Federal de México (Civ. C. Mex.) y el Código Civil paraguayo. Por ejemplo, el principio de la autonomía de la voluntad (Principios, art. 1.3; C. Civ. Argen., art. 1168; Civ. C. Mex., art. 1839; C. Civ. Parag. art. 669); el carácter vinculatorio de los contratos (Principios, art. 1197; Civ. C. Mex. art. 1796; C. Civ. Parag., art. 715); la preeminencia de normas

Unidos de América y la estructura jurídica comunitaria vigente en los países de la Comunidad Económica Europea. Los mayores avances de unificación, al menos en lo que se refiere a la puesta en marcha de una adecuada plataforma normativa y jurisdiccional, se han logrado en el terreno de los derechos humanos. Hace varios años que se encuentra vigente en un buen número de países latinoamericanos no sólo una Convención Americana de Derechos Humanos sino también organismos supranacionales encargados de controlar su cumplimiento¹⁴¹. Fuera de este campo, ciertamente prioritario, ni los sueños de Bolívar ni los intentos frustrados de integración económica regional y subregional han logrado por el momento poner en pie una sólida unión política y económica que agrupe a los países de América Latina¹⁴².

Aun cuando la integración económica latinoamericana sigue pareciendo no sólo de urgente necesidad sino inevitable¹⁴³, todavía es prematuro hablar de un derecho comunitario latinoamericano y pasará algún tiempo hasta que comiencen a adoptarse directivas a nivel supranacional que permitan uniformar instituciones básicas¹⁴⁴. Tampoco la OEA, a pesar de los esfuerzos que viene realizando su CJI desde hace casi treinta años; ejerce una función equivalente a la que

de orden público sobre la voluntad de las partes (Principios art. 1.5; C. Civ. Argen. art. 21; C. Civ. Méx. art. 6; C. Civ. Parag. art. 669). Por supuesto que muchas de las disposiciones de los Principios que prepara UNIDROIT no han sido recibidos en forma expresa en las codificaciones nacionales latinoamericanas, pero se trata en su mayoría de normas que cubren aspectos particularizados de la contratación internacional y que no son necesariamente incompatibles con la estructura de los códigos latinoamericanos.

141 V., *Infra nota 3*.

142 V., Scheman, *The OAS and the Quest for International Cooperation: American Vision or Mirage?* CASE WESTERN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, 1981, vol. 7, pp. 83, 96-102.

143 V. Octavio Paz, *América: ¿comunidad o coto redondo?*, LA NACION, Buenos Aires, 7 de febrero de 1990 ("el movimiento general de la historia nos lleva a formas de asociación política y económica regionales y continentales").

144 La idea de la integración no es novedosa por cierto para América Latina, habiendo sido sustentada desde el siglo pasado por intelectuales del prestigio de Andrés Bello y Juan Bautista Alberdi. Este último destacaba en esa época: "más que la ponderación y balance de nuestras fuerzas militares, el equilibrio debe nacer del nivelamiento de nuestras ventajas de comercio, navegación y tráfico, el nuevo y grande interés de la vida americana". J. B. Alberdi, *MEMORIA SOBRE LA CONVENIENCIA Y OBJETO DE UN CONGRESO GENERAL AMERICANO*, Santiago de Chile, 1844. Pero no fue sino hasta después de la segunda guerra mundial cuando comenzaron a esbozarse esquemas subregionales de cooperación económica, entre los cuales se cuenta la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC) en 1960, transformada veinte años después en Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI). V., R. Barros, *Análisis comparativo de los tratados de Montevideo 1960 y 1980 INTEGRACION LATINOAMERICANA*, Buenos Aires, septiembre 1980, Nº 50, pp. 30-48; E. Vescovi y E. Vescovi, *Hacia la integración institucional: evolución del derecho internacional privado y comunitario en latinoamérica*, REVISTA LA LEY, Buenos Aires, 1987, vol. 1987-A, pp. 1087-93.

desempeña en los Estados Unidos la **National Conference of Commissioners on Uniform State Laws**, encargada de la elaboración y remozamiento de la legislación uniforme, como así también de vigilar mediante un organismo permanente su interpretación armónica en los diversos estados de la Unión americana. Ni siquiera existe a nivel latinoamericano un **American Law Institute**, que tiene a su cargo reformular y condensar las corrientes doctrinarias y jurisprudenciales que prevalecen en las diversas disciplinas jurídicas del subcontinente¹⁴⁵. La competencia del CJI es mucho más limitada y, como se destacó anteriormente, fundamentalmente ha sido ejercida con mayor éxito en el campo del derecho internacional privado y la cooperación judicial interamericana.

La desintegración política de las nacientes repúblicas latinoamericanas y la falta de una sólida integración económica explica en gran medida por qué han fracasado muchos intentos de adoptar un derecho privado uniforme, a pesar de las tradiciones y fuentes comunes que facilitarían esta labor. Debe tenerse en cuenta, asimismo, otros factores atribuibles en gran medida al subdesarrollo económico. Estas dificultades se traducen en carencias en lo que se refiere a medios de comunicación y transporte que conspiran contra un mayor acercamiento entre los ordenamientos jurídicos latinoamericanos. Esto se refleja también en un aislamiento informativo y hasta mental. A pesar de que, desde la perspectiva de Estados Unidos y Europa, América Latina suele ser enfocada como una unidad, el nivel de información de los juristas latinoamericanos acerca de los ordenamientos jurídicos y prácticas judiciales de sus países vecinos es relativamente escaso. Es moneda corriente que un jurista de América Latina tenga mayor familiaridad con la doctrina francesa, alemana, italiana o norteamericana sobre un determinado tema que con lo que se haya escrito sobre esa misma institución en otro país de América Latina.

Esta falta de acercamiento jurídico entre los sistemas latinoamericanos responde, en gran medida, a limitaciones económicas que desembocan en una escasa circulación de información¹⁴⁶. Esta situación también es reflejo del enfoque

¹⁴⁵ Para una interesante evaluación crítica del impacto de la tarea que desarrollan estos organismos en la uniformidad del derecho privado en los Estados Unidos de América, véase, W. Gray, *E pluribus unum? A Bicentennial Report on Unification of Law in the United States*, RABELS ZEITSCHRIFT FÜR AUSLÄNDISCHES UND INTERNATIONALES PRIVATRECHT, 1986, vol. 50, pp. 111-165.

¹⁴⁶ V., al respecto, las ajustadas observaciones del profesor Barrera Graf expresadas hace veinte años: "Todavía hoy, desgraciadamente, son escasos los textos, incluso legislativos, de varios países; aún no circulan como

tradicional de la literatura jurídica latinoamericana, cuya doctrina suele enfatizar las corrientes de opinión influyentes en una Europa decimonónica más que en las realidades político y económicas contemporáneas de América Latina. Así es como muchas veces se adopta legislación por su mérito “intrínsecamente científico”, sin tomar en cuenta la factibilidad de su aplicación práctica a los costos y beneficios de su ejecución¹⁴⁷. También suele considerarse como derecho vigente, posturas doctrinarias enunciadas en algún tratado que van contrapelo de lo que la autoridades de aplicación y los tribunales deciden diariamente¹⁴⁸. Por supuesto que hay excepciones y, que estos problemas no son exclusivos de la región latinoamericana, pero creo que estas generalidades no dejan de ser relevantes para una apreciación de conjunto de una cultura jurídica todavía prevaleciente.

Si esto es lo que ocurre en el terreno de la doctrina, en lo que respecta a la posibilidad de canalizar los esfuerzos de armonización y unificación a través de otros medios no-legislativos como la jurisprudencia, no puede esperarse que las decisiones judiciales puedan jugar un rol prominente en la unificación del derecho privado latinoamericano. Además del principio tradicional de la falta de obligatoriedad del precedente (al menos como principio general), es importante tener en cuenta que sólo en unos pocos países de América Latina las decisiones de los tribunales son publicadas en su texto completo y en forma regular. Aun cuando sean publicadas, el estilo de redacción de las sentencias y su escaso desarrollo analítico no permite en la mayoría de los casos utilizarlas como guías o parámetros útiles de interpretación de la ley. Si estos problemas han obstaculizado una mayor unificación del derecho latinoamericano, los obstáculos que enfrentan los esfuerzos de unificación internacional, especialmente en el escenario Norte-Sur, son también dignos de consideración.

Todos sabemos que la unificación y armonización puede obtenerse, nada más y nada menos, que a través del esfuerzo por encontrar coincidencias y superar

dibieran y sería de desecharse, los libros, tratados y comentarios de nuestros juristas, y el investigador, que muchas veces camina a tientas, ha de realizar impropios esfuerzos para obtener y comparar datos que nuestras mejores bibliotecas sólo le muestran a medias”. BARRERA GRAF: EL DERECHO MERCANTIL EN AMÉRICA LATINA, *supra* nota 125, p. 87.

¹⁴⁷ V. B. Kozolchyk: *Toward a Theory on Law in Economic Development: The Costa Rican USAID-ROCAP Law Reform Project*, LAW AND THE SOCIAL ORDER, 1971, pp. 681, 751-54.

¹⁴⁸ H.A. Cooper & D. Furnish, *Latin America: A Challenge to the Common Lawyer*, JOURNAL OF LEGAL EDUCATION, 1969, vol. 21, pp. 435.

disensiones, respetando el particularismo pero solamente en aquello que responda a diferencias de intereses y a prácticas particularizadas racionalmente defendibles. Pero también es sabido que múltiples factores políticos, culturales y hasta emocionales juegan un rol importante en la lucha por la armonización y unificación del derecho, donde la búsqueda de una fórmula normativa armónica con la propuesta por otros sistemas jurídicos suele mezclarse, casi inevitablemente, con la búsqueda de la “mejor” norma o regla para enfrentar problemas similares. Muchas veces nos encontramos defendiendo una posición sin otro fundamento que el consabido “siempre se ha hecho así en nuestro medio”. Esta fácil pero claramente inadecuada respuesta nos evita la incomodidad de tener que adentrarnos en la compleja tarea de comprender cómo funciona una institución jurídica extranjera dentro de su propio hábitat, única forma de poder entender si la solución práctica que propone el sistema extranjero al mismo problema en cuestión es más conveniente que la nuestra y si, además, la fórmula jurídica extranjera es factible de adopción o adaptación a un entorno cultura, económico-social y político muy diferente.

Aún superando estas barreras culturales, existe un bagaje histórico-político en América Latina que ha obstaculizado una participación más entusiasta de los países latinoamericanos en los foros internacionales de unificación del derecho privado. Me refiero a una cierta incomodidad, que en ciertas épocas se ha traducido en hostilidad, hacia convenciones internacionales elaboradas fuera del contexto regional y que, por esa razón, suele alegarse a veces con razón pero casi siempre sin mayor fundamentación, favorecen los intereses de los países industrializados en perjuicio de aquellos en vías de desarrollo. Es verdad que existen intereses claramente diferenciados en la regulación jurídica de ciertos temas que admiten diferencias pronunciadas según se las enfoque desde el “Norte” o desde el “Sur”. Esto se ha traducido en posturas encontrada en temas como la regulación del derecho ambiental, el régimen de inversiones extranjeras, transferencia de tecnología y muchos otros. Sin embargo, si aún en este tema es posible encontrar fórmulas jurídicas que compatibilicen intereses contrapuestos, con mayor razón es factible aspirar a un derecho unificado en el campo de la contratación internacional de bienes y servicios.

En lo que se refiere al amplio campo de la contratación comercial, como así también en el campo de la resolución de conflictos, la opción más conveniente para América Latina, en mi opinión, es la de incrementar su participación en

aquellos foros internacionales encargados de la elaboración de acuerdos internacionales, participación que, dicho sea de paso, y muchas veces por motivos políticos o económicos, no ha sido del todo adecuada en el pasado¹⁴⁹. La otra alternativa es la de quedar rezagados del proceso de integración jurídica en marcha. Una tercera opción, todavía menos apetecible, es la de tener que someterse a una ley y una jurisdicción extranjera en ausencia de una ley uniforme. Esta hipótesis suele ser enfrentada con frecuencia por la parte latinoamericana, en la medida en que la capacidad negociadora de los países en desarrollo no suele ser la más ventajosa para imponer su propia ley y sus propios tribunales.

La creciente interdependencia económica y la globalización de la economía ha llevado a la mayoría de los gobiernos constitucionales a implementar programas de creciente liberalización de la economía y a una aceleración de los procesos de creación de áreas de libre comercio. Este fenómeno es acompañado de un paulatino abandono de la postura tradicionalmente reticente y desconfiada hacia el comercio internacional protagonizado por las grandes multinacionales, cuya conducta puede desempeñarse dentro de un marco jurídico que permita controlar el abuso y la codicia pero al mismo tiempo otorgue las garantías necesarias para obtener un margen razonable de rentabilidad y seguridad jurídica. Sobre estas bases puede afirmarse que existe un creciente interés por parte de América Latina por incorporarse a los procesos de integración jurídica en marcha.

CONCLUSION

La decisión de optar entre la armonización regional o internacional de un campo determinado del Derecho no debe estar influenciada por la retórica de los discursos políticos, sino por la conveniencia de integrarse a una economía cada día más interdependiente. Esta apertura no implica por cierto renunciar al derecho y el deber de certificar en cada caso la compatibilidad entre las normas a ser adoptadas y a los intereses de los países de la región. Pero esta compatibilidad sólo puede calibrarse mediante un análisis serio y detenido del texto normativo propuesto y los intereses que se intentan proteger en cada caso particular.

¹⁴⁹ V., M.J. Bonell, **International Law in Practice - Or Where the Real Trouble Begins**, AMERICAN JOURNAL OF COMPARATIVE LAW, 1990, VOL. 38, PP. 865, 878.

El nivel de intercambio comercial de la mayoría de los países de América Latina con los Estados Unidos y con los países de la Comunidad Europea señala la conveniencia de orientar los esfuerzos de unificación del derecho privado dentro de un contexto universal. En vista de la similitud de contenido de un buen número de convenciones interamericanas con las adoptadas por la Conferencia de La Haya, cabe preguntarse hasta qué punto se justifica la duplicación de la costosa y difícil tarea de unificación del derecho internacional privado y la cooperación judicial internacional que llevan a cabo ambos organismos. La misma pregunta cabe plantearse en lo que se refiere a la necesidad de uniformar criterios de selección de ley aplicable en materia de contratación internacional.

El Comité Jurídico Interamericano de la OEA debe continuar jugando un rol protagónico en los esfuerzos de unificación y armonización del derecho privado americano, pero acentuando la coordinación de sus tareas con las que realizan otros foros internacionales como la Conferencia de La Haya, UNCITRAL y UNIDROIT. Más allá de la labor de los organismos gubernamentales e intergubernamentales, continúa reposando en nosotros, los juristas del continente americano, la responsabilidad de servir en forma efectiva en esta labor de acercamiento, conocimiento reciproco y unificación.

Trabajos de Ascenso



**Situaciones de hecho.
Consideraciones sobre la recepción
del hecho en el Derecho
de Familia venezolano**

César José Ramos

Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, N° 85
Universidad Central de Venezuela
Caracas, 1992



SUMARIO:

I. INTRODUCCION: 1. Tensión entre la ley y el hecho. 2. Inefectividad práctica de la ley. 3. Nuestro propósito. 4. Orden de tratamiento de la materia. 5. Imperio de la razón, imperio de la ley: 5.1. Surgimiento de la teoría racionalista del Derecho. 5.2. Kant y su concepción de la moral. 5.3. El positivismo jurídico. 5.4. El historicismo jurídico. 5.5. El aporte de la construcción kelseniana. 6. Experiencia jurídica de los romanos: 6.1. La expresión romana Derecho Civil. 6.2. Mores y leges. 6.3. El método de la jurisprudencia romana. 6.4. Influencia jurisprudencial en la formación del Derecho. 6.5. Idea del Derecho y la justicia.

II. LAS SITUACIONES DE HECHO: I.1. ¿Qué es una situación de hecho? I.2. Caracterización de la situación de hecho. I.3. La situación de hecho ante el Derecho. II. La separación conyugal: II.1. El derecho deber de cohabitación y la integridad formal y material del matrimonio. II.2. Separación jurídica y separación fáctica. II.3. El elemento intencional en la separación fáctica. II.4. El elemento material. II.5. Efecto sancionador atribuido por la legislación: 5.1. Cesación de la obligación alimentaria hacia el cónyuge autor del abandono. 5.2. Causal de divorcio y de separación de cuerpos contenciosa. 5.3. Aspectos no contemplados por el Código Civil. II.6. El divorcio basado en la ruptura prolongada de la vida en común: a. requisitos de procedibilidad. b. Separación de hecho. c. Exigencia de término mayor de cinco años. d. Intervención del Ministerio Público. II.7. Separación conyugal personal y determinación de la filiación: 7.1. La presunción *pater est*. 7.2. La separación fáctica como excluyente de la presunción de paternidad. 7.3. Comparación con las soluciones del Derecho español, francés e italiano. II.8. La reconciliación: causa que convierte a la presunción.

III. LA POSESION DE ESTADO Y LA FILIACION: III.1. Posesión de estado y posesión. III.2. ¿Es posible definir la posesión de estado? III.3. Antecedentes del régimen de la posesión de estado en la codificación venezolana. III.4. El Código Civil de 1942. III.5. Naturaleza jurídica de la posesión de estado en el Código Civil de 1982. III.6. La posesión de estado y su control judicial. III.7. La posesión de estado en la determinación y prueba de la filiación. III.8. Posesión de estado y conflicto de filiaciones: 8.1. La norma del artículo 233. 8.2. Fuente probable. 8.3. Noción y clasificación de los conflictos. 8.4. Hipótesis venezolanas de conflictos. 8.5. Competencia de los tribunales. 8.6. Solución del conflicto de filiaciones 8.7. El artículo 225 del Código Civil: ¿un principio de solución? 8.8. Análisis de sentencias.

IV. EL CONCUBINATO EN LA LEGISLACION VENEZOLANA: IV.1. Preliminar. IV.2. Noción de concubinato. IV.3. Prueba del concubinato. IV.4. Efectos entre concubinos: 4.1. Efectos personales. 4.2. Efectos patrimoniales. V.5. Efectos del concubinato en el Código Civil de 1982: 5.1. Establecimiento de la filiación de los hijos nacidos *ex concubinato*. 5.2. La comunidad concubinaria. 5.3. El nuevo artículo 767 del Código Civil de 1982. 5.4. Extensión cuantitativa y cualitativa de la presunción de comunidad concubinaria.

V. DOS SITUACIONES RELATIVAS AL DERECHO DE MENORES: V.1. ¿Existe la guarda de hecho? 1.1. El procedimiento de conferimiento de guarda. 1.2. Análisis de sentencias. 1.3. Problemática latente. V.2. Acción alimentaria según el numeral 3 del artículo 44 de la Ley Tutelar de Menores. 2.1. El texto del artículo 44. 2.2. Fuente probable. 2.3. Antecedentes venezolanos. 2.4. Acción alimentaria basada en una relación de hecho. 2.5. La operatividad del dispositivo legal.

VI. CONCLUSIONES

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

INTRODUCCION

1. Tensión entre la ley y el hecho

Característica de los ordenamientos jurídicos que se adscriben dentro del sistema romanístico, es la de tomar como punto de partida la ley, el *ius ex*

scripto, elaborado con formalidades previstas por un poder especializado, rama del Poder Público.

La actual concepción legalista del denominado Derecho Privado¹, hace que la realidad social, el dato óntico, tenga necesidad de ser convertido en supuesto de hecho dentro de una regla de Derecho para que pueda asumir relevancia jurídica. Sólo entonces, “subsumido en la ley”, actuará, como factor generativo de específicas consecuencias jurídicas también previstas en la regla y cuya deducción estará a cargo de otra rama diferenciada del Poder Público, el Judicial².

A favor de la supremacía de la ley, concurren fuertes argumentos de seguridad jurídica e igualdad ciudadana, principios garantizados constitucionalmente y que consideramos que la regla de Derecho materializa. De aquí el haberla convertido modernamente en el único modo de expresión del Derecho. Sin negar que la ley ha constituido importante progreso en el desarrollo histórico de la producción del Derecho, caeríamos en exageración al extremar su exclusividad y omnivalencia, lo que lleva a convertir al jurista y al juez en mero “servidor de la ley”. La expresión del Derecho en forma de reglas ofrece ventajas de aplicabilidad, cuando contienen mandatos claros y precisos, pero es condición necesaria que reciban su soporte de la conformidad con la realidad social que se pretende regular, porque sólo entonces se constituyen en materialización de justicia concreta³.

¹ El término es puesto provisoriamente sin tomar partido entre disquisiciones de público o privado o su actualidad. Usamos también el término Derecho de los Privados para delimitar cuanto nos proponemos el trabajo que no incluye un tratamiento monista del Derecho. El término Derecho Civil en su uso moderno, bastante ambiguo, no nos parece tampoco el más adecuado.

² Sobre el silogismo jurídico: CALAMANDREI P.: *La génesis lógica de la sentenza civile en Studi sul processo civile*. Padua, 1930, I, 3 y 55. QUINTERO, Mariolga: *Justicia y realidad*, Caracas, 1988. “La independencia del juez, dentro de los términos del dogma liberal, no era una simple abstracción. Tenía su praxis: independizaba efectivamente al juez de la sociedad, como una unidad no interveniente, un sujeto por encima de ella y de las partes en el proceso, desconectada de la esfera irracional y espontánea de la sociedad”. En el Derecho de Familia, la incidencia judicial puede presentar dos alternativas. Puede ser determinada y reglada, sin que pueda tener, el juez familiar, ningún margen de libertad, su proceder estará predeterminado. Pero puede también, la ley, remitir implícita o explícitamente la solución y la discrecionalidad judicial o arbitrio para la reintegración del Derecho. REVERTE NAVARRO, A.: *Intervención judicial en las situaciones familiares*, Murcia, 1980, pp. 17-18.

³ No planteamos la cuestión en términos extremistas, la ley o el caos. Irrumpimos contra la exageración legalista ya que es superfluo desconocer las ventajas de la ley escrita y formalmente aprobada por lo que tiene de garantía, igualdad y seguridad. Al menos en abstracto, por cuanto sería verdaderamente científico desconocer que en su dinámica formación-aplicación de la ley, interviene también el ingrediente humano, que puede revertir aquellos valores fundamentales reconocidos históricamente y que son patrimonio común del Estado moderno. De allí el término legalismo que utilizamos.

El legalismo jurídico encuentra dificultades insalvables. En primer lugar, la actividad legislativa, presuponiendo su oportuno y cabal cumplimiento, no puede pretender la solución teórica, apriorística de todos los problemas que plantea una realidad social determinada.

En segundo lugar, la pretendida igualdad de todos ante la ley, basada en su abstracta generalidad, no sólo supone la uniformidad, cuestión imposible en cualquier sociedad, sino que comporta realmente una verdadera desigualdad: sólo se sirven de la ley o la ley sólo sirve a quienes cuentan con recursos suficientes para costear los gastos de un proceso o someterse a los trámites previstos en la ley.

2. Inefectividad práctica de la ley

Como dato constatable directamente de lo que hemos afirmado, la normativa jurídica antes que regular la realidad social se ha convertido en causa de negación de la misma y ha provocado paradójicamente innumerables deformaciones jurídicas. Nos lo ofrece la experiencia cotidiana en elocuentes confirmaciones que comprenden todas las distintas ramas del Derecho: a) Convenios de "comodato" con pagos mensuales o anuales, otorgamiento de fianzas y consignación de cantidades de dinero que enmascaran contratos de arrendamiento; b) Letras de cambio no causadas para eludir la regulación de alquileres; c) Sociedades mercantiles o civiles que se constituyen para, llegado el caso, frustrar la aplicación de las normas sucesorales y el pago de impuestos de las trasmisiones hereditarias.

En los estratos socioeconómicos cuarto y quinto, encontramos ventas inmobiliarias con efectos entre las partes: el así llamado derecho de placa o platabanda, que permite construir sobre construcciones. En algunos casos no es posible hablar de propiedad, por lo que el Registro Público no puede intervenir en dichas transferencias y en otros se han creado verdaderos sistemas de "posesión horizontal".⁴

⁴ Podríamos extendernos en un elenco de tales patologías jurídicas, pero, además de ser una tarea ardua, ya que es incontrolable el fenómeno dependiente de las habilidades abogariles, excede los límites propuestos en nuestro intento. Baste señalar que algunos hechos señalados son una patente demanda a la modificación de las leyes, aunque no en el sentido de la patología.

Las cuestiones planteadas pueden ser objeto de diferente apreciación. Unas constituyen patologías jurídicas, simples fraudes a la ley, otras son un llamado a la modificación de leyes rígidas, excesivamente protecciónistas. Pero no todas estas deformaciones jurídicas son indicativas de una necesidad de reforma. Algunas indican la existencia de un parasistema jurídico, con elementos de coercibilidad, a cual más efectivo, que rige a parte de la población, para los cuales nuestras instituciones tradicionales "propiedad", "contrato", "matrimonio", simplemente no existen.

Las manifestaciones sociojurídicas a las que nos hemos referido, hacen patente el contraste entre un derecho "oficial" o de escuela, de textos legislativos, y una *praxis*⁵ difundida y aceptada. Contraste latente, con expresiones históricas determinadas en cualquier sistema jurídico. Pero que nos advierte sobre una justicia estratificada y un derecho clasista elaborado por y para élites y que no colma las exigencias concreta de la realidad social.

Contra el legalismo, cada vez toma más fuerza una corriente contraria. La adaptación del Derecho al hecho, sostenida por la Escuela Sociológica. Se plantea la necesidad de hacer coincidir las reglas del Derecho a la transformación profunda de la vida social. Y ello no es posible, salvo el peligro de convertir, la pretendida adaptación, en lugar común o en recurso oratorio, si no auscultamos esa realidad y si no desarrollamos legisladores, jueces y estudiosos del Derecho, la sensibilidad requerida por las realidades de nuestro tiempo y nuestro entorno social⁶.

⁵ La práctica es necesaria para el control de la efectividad de la ley, como es vivido, utilizando y hasta comprendido. La práctica viene a ser la prueba de la ley, porque el índice de su uso o resultado señala las dificultades de aplicación y la necesidad de reformarla, llegado el caso.

Un testimonio histórico del contraste entre "Derecho oficial" y Derecho popular nos lo ofrece el Derecho Romano vulgar, surgido en el período postclásico en la pugna entre costumbres provinciales y el Derecho romano imperial. Ese Derecho aplicado contribuyó a la adaptación del Derecho romano, pues en muchos casos lo suplantó, plegándolo a las exigencias propias del medio socioeconómico y del tiempo.

⁶ ABOUHAMAD, Chibly, en su obra *Nuevo enfoque del Derecho de Familia*, Caracas, 1977, al plantear la incongruencia esencial entre la concepción jurídica actual y la vigente realidad histórico-social, afirma que la ciencia jurídica es hoy fuente de preocupación y exige una reflexión radical. No podemos continuar en la creencia de que "los instrumentos codificativos, interpretados también con metodologías tradicionales, constituyen el camino único para resolver los conflictos y las dudas jurídicas, p. 21. QUINTERO, M., op. cit., p. 582. "Por otra parte la justicia funciona con un carácter institucional de marginación de las clases desposeídas, cuyo derecho de acceso a la misma por obstáculos de orden económico y social no tiene vigencia real".

3. Nuestro Propósito

En medio de esta línea de reflexión hemos dirigido nuestro trabajo. Desechando el tratamiento de lo que hemos denominado deformaciones jurídicas, no por no considerarlo digno de estudio, sino por lo incontrolable y la diversidad del objeto mismo de esa patología que exige un esfuerzo y estudio multidisciplinarios. Nos referimos a las situaciones de hecho y concretamente a aquellas referidas del Derecho de familia. La oportunidad nos la ofrece la Reforma del Código de 1982, ya próxima a cumplir un decenio, que ha incorporado algunos principios y consideraciones nuevas, abandonando concepciones que durante mucho tiempo informaron la legislación familiar venezolana.

Pero, ¿fue la incorporación de nuevos principios tan determinante y acabada como pretendieron los proyectistas? Aun en el caso de que los textos legales reflejaran una transformación ¿es ella lo suficientemente profunda como para responder a las exigencias de nuestro entorno social y nuestro tiempo?

Nuestro propósito no es el estudiar todas las instituciones familiares ni todas las situaciones de hecho a ellas referidas. Seleccionamos, principalmente, la separación de hecho y la posesión de estado y tratamos de explorar en el articulado del Código para establecer lo que significan actualmente. Secundariamente, aludimos a otras situaciones, concubinato y guarda, lo que nos permitirá una cierta aproximación circular, si no un tratado completo, de las cuestiones que sirvieron de pauta a nuestro estudio.

No obstante, no nos concretamos a un simple análisis de normas. Nuestro intento toca muy de cerca la dinámica del Derecho, formación-elaboración-aplicación-concepción-enseñanza del Derecho. El simple término de situaciones de hecho evoca todo el problema de las fuentes formales y no formales, la idea de Derecho y justicia. Ello obedece a nuestra convicción personal de que si no se tiene una acertada percepción del Derecho y la justicia, no podemos pretender tener leyes adecuadas y una correcta administración de la justicia. Por ello, profesamos que la labor de quien estudia el Derecho no es sólo la de dar definiciones, interpretar, clasificar o construir teorías sobre naturalezas jurídicas, sino, fundamentalmente, escudriñar, discernir y tratar, en la medida de lo posible, de descubrir el derecho que podría ser creado, tomando como punto de partida el derecho que ha sido formulado.

4. Orden de tratamiento de la materia

Hemos dividido el presente intento en dos partes. La primera recoge una elaboración de lo que consideramos el legalismo. Parte que toca materia que los filósofos del Derecho consideran de su explotación exclusiva y a la que nos acercamos con afición, apoyándonos en los resultados de otros estudios, sin extendernos demasiado en consideraciones personales. La hacemos contrastar con la experiencia jurídica romana y su concepción del Derecho y la justicia. Porque gran parte de nuestra formación jurídica la hemos conducido frente al Derecho romano y estamos persuadidos de que los romanos dominaron el arte de hacer del Derecho reglas de justicia.

La segunda parte está dedicada al estudio de las situaciones de hecho dentro del ordenamiento jurídico familiar venezolano. Luego de avanzar una descripción de lo que entendemos por situaciones de hecho, dedicamos la atención a la separación de hecho, a la posesión de estado y en desigual proporción a otras situaciones de hecho como concubinato y otras dos extraídas del Derecho de Menores en cuanto referidos a la organización familiar (guarda de hecho y la prestación alimentaria).

Cada situación será estudiada en relación a su contrafigura jurídica, con los antecedentes históricos y esforzándonos en delineárla, según las exigencias de lo que podría considerarse la teoría jurídica. Al pretender un estudio del Derecho en su *iter*, desde el Derecho codificado a la aplicación del mismo, comentamos la jurisprudencia que consideramos sirve a nuestro propósito y, cuando ello nos fue posible, con referencia también a los datos que nos brindan estudiosos de la realidad socioeconómica.

En las páginas que siguen no intentamos defender ideas personales sobre la ciencia del Derecho, cuya posesión continúa siendo una tendencia sentida vocacionalmente. En cambio, se encontrarán impresas las reflexiones de estudiantes de Derecho que nos hemos esforzado en representar.

5. Imperio de la razón, imperio de la ley

Afirmamos en la nota introductiva que es una adquisición de los derechos romanísticos la necesidad de que las soluciones de justicia, demandadas por los

asociados, sean dadas por el Estado y a través de disposiciones contenidas en la ley. Diferente era la metodología de los romanos en lo concerniente al Derecho de los privados. Si exceptuamos los poderes del *Pater familias* (*patria potestas, manus, dominica potestas, dominium, haereditas*, antiguas obligaciones emanadas del *nexum*), reguladas desde antiguo por las *mores* y en parte recopiladas en las Doce Tablas, los fenómenos surgidos de la vida de relación en Roma eran convertidos en comportamientos obligatorios (obligaciones y contratos) por medio de un extenso sistema de acciones. De allí que la relevancia jurídica de los hechos sociales aparecía mediante el crisol del proceso, determinada por un recurso procesal que los hacía efectivos ante los órganos jurisdiccionales. Antes de la recopilación justiniana del siglo VI de nuestra era, no existe un cuerpo organizado de normas, un sistema escrito de Derecho. Existe una obra y una metodología de producción del Derecho a cargo de *Pretor* y los *Jurisconsultos*, que practicaban y no teorizaban sobre el arte del Derecho.

5. I. Surgimiento de la teoría racionalista del Derecho

Es precisamente a partir del estudio del Derecho romano, tal como se presentaba en la compilación de Justiniano, cuando comienza el estudio racional del Derecho⁷. El Derecho romano viene a ser considerado como el más congruente con la racionalidad y la unidad de los hombres. Ante los derechos locales, las costumbres, en sí mismas indeterminadas e irreconocibles, el Derecho romano, ley del imperio, se convierte en la tabla de salvación que se impondría unas veces *ratione imperii*, por la autoridad del poder imperial restablecido y otras por el imperio de la razón.

La confesión de un Supremo Ordenador al cual convergen como Principio y Fin Ultimo, todos los hombres y las cosas dará la base a la ley humana, concebida en positivo como el Derecho romano -entiéndase el derecho justiniano bajo la interpretación racionalista de la baja edad media-. Proceso de formación del Derecho que se ubica dentro de un marco muy concreto: la ley positiva

⁷ Una rápida retrospectiva del camino seguido por la ciencia jurídica ayuda a comprender muchas de las concepciones jurídicas actuales. Por ello tratar de los grandes autores que forjaron la ideología del derecho actual resulta conveniente; Kant y Kelsen, particularmente, han sido autores que en la formación académica de los estudiantes de Derecho han marcado una impronta determinante. Sin emitir juicios críticos ni de valor, recogemos una descripción de sus principales puntos de vista.

encontrará su causa última en la ley natural. Por lo tanto, el Derecho no será otra cosa que la transmutación formal, operada por la autoridad social, de la ley divina inscrita en la conciencia de todos los hombres. De allí arranca la primacía de la ley por sobre las demás fuentes formales del Derecho. El legalismo será el punto de encuentro de las dos tendencias iusnaturalísticas. La escolástica, porque la ley es derivado de la ley divina. La racionalista, porque aunque no existiera Dios, la ley es congruente con la razón natural.

Los filósofos del siglo XVIII plantearán la organización social según lo que debían ser las sociedades humanas y no por lo que son en realidad. Rousseau, en el *Contrato Social* declarará expresamente: “Yo busco el derecho y la razón y no discuto los hechos”.

Profesión contundente de racionalismo que se hará más patente en el movimiento codificador que parte de un principio fundamental: el Derecho puede ser racionalizado. Además, un Derecho universal y escrito garantiza la igualdad de los hombres ante la ley y la seguridad, por cuanto todos los hombres se verán sometidos a una legalidad no sólo material (el Derecho natural), sino formal también (el Derecho codificado).

5.2. Kant y su concepción de la moral

La moral kantiana restringió el concepto de moral -justicia general aristotélica-, centrándola sobre el deber y no sobre el bien. Entendida como imperativo categórico su fuerza autónoma hace que esta moral subjetiva se distinga del Derecho que es norma heterónoma, impuesta desde el exterior. Se separa así la ciencia del Derecho natural de la Filosofía Moral, tradicionalmente comprendido el Derecho y la justicia dentro de la ética, como enseñaban Aristóteles y los escolásticos. El Derecho se convierte, en la obra de Kant, en un ideal trascendente, metafísica del Derecho. Por su parte, el Derecho natural está integrado por reglas formales, carentes de contenido específico. El Derecho positivo se fundaría y estaría condicionado a presupuestos racionales y principios inmutables de razón y no en el Derecho natural, como lo entendió el racionalismo jurídico.

Kant propone una distinción interesante en relación a las cuestiones que conciernen al Derecho y a la actividad jurídica⁸. Una es el *quid iuris* que

⁸ KANT, E.: *Elements Metaphysiques de la Doctrine du Droit.* 10 y 41.

equivale a indagar el proceso específico, racional, de hallar la solución de Derecho demandada en cada caso. La otra es sobre *quid ius*, o sea, qué es el Derecho en sí mismo. La ciencia jurídica está en capacidad de responder al primer problema proporcionando la regla, cual sería la solución de acuerdo al texto de la ley positiva. Mientras que la segunda cuestión ¿qué es el Derecho y qué es la justicia? correspondería a la filosofía. En otras palabras, el jurista debe ocuparse sólo de soluciones jurídicas prácticas según el Derecho positivo y toda idea, abstracción del Derecho o de la justicia, es área restringida de los filósofos, de la razón pura subjetiva. Por lo tanto, la justicia en que concluye el idealismo trascendental es en sí mismo ideal irrealizable. Se logra con ello una escisión entre justicia y Derecho. Con su metodología apriorística, que no desume nada de la experiencia, Kant, consecuente a su formación teórica, excluye la calificación de justo del Derecho.

5.3. El positivismo jurídico

El positivismo jurídico marcará la superación del estado metafísico hacia el estado positivo. Pero el término positivo adquirirá nueva connotación. Ni ley divina transmutada ni razón natural inmutable. La fuerza del Derecho positivo radica en la voluntad del poder que la crea.

La escuela de la exégesis que agrupó a los grandes comentaristas franceses de la codificación napoleónica se caracterizó por el culto a la ley escrita. De allí partió el mito de que el Código era lo suficientemente pleno para regular todas las relaciones de derecho entre las personas. Mediante la interpretación, el jurista debía deducir, al máximo, el contenido de la letra de la ley. La función del jurista, juez, abogado, estudioso investigador, consistiría en aclarar la intención del legislador. Para ello debía valerse de los trabajos preparatorios, la exposición de motivos, instrumentos en los cuales estaba plasmado el *iter* seguido para la materialización de la voluntad del legislador. De aquí que el Derecho de los privados debía buscarse y tenía que ser hallado en el Código, en razón de su plenitud⁹.

⁹ DEL VECCHIO en su *Filosofía del Derecho*, p. 342, considera que es necesario distinguir entre el Derecho como ideal y el Derecho *in genere* como realidad viviente que debe nutrirse y considerar a la vez con toda la realidad jurídica conocida, y RADBRUCK definirá el Derecho como la realidad que estriba en servir a la justicia. *Filosofía del Derecho*, Madrid, 1952.

Geny, entre los franceses, se opone al método tradicional arrostrando a sus defensores el haber exagerado la función de la ley escrita y haber encerrado la ciencia del Derecho en el Código de 1804, de espaldas a la evolución social. En su técnica y metodología propicia, contra la plenitud del orden jurídico positivo, la necesidad de que sea interpretado no sólo siguiendo la intención real del legislador, sino completado por la costumbre y, en defecto de las fuentes formales, por la jurisprudencia que debe colmar las lagunas del Código, mediante la libre investigación científica, por la analogía, la equidad y el estudio de los hechos.¹⁰

5.4. El historicismo jurídico

Las dos vertientes del Derecho natural -escolástica o racionalista- condujeron a una nueva versión: el positivismo. Contra el deslumbramiento que causa en Europa el Código de Napoleón, que resumía según Thibaut¹¹ la perfección moral y material que exige toda legislación, insurge Savigny¹² quien se opone a la introducción de un Código nacional para la Alemania de ese tiempo. Rechaza las concepciones mediatisadas del Derecho natural o racional por una parte, y la del Positivismo, según el cual todo el Derecho tiene su origen en las leyes; esto es, en disposiciones explícitas del Supremo Poder Estatal y relegando la ciencia jurídica exclusivamente al estudio del contenido de las leyes.

El Derecho es privativo del pueblo, así como lo es su idioma, sus costumbres, su cultura, su organización. Todo ello está enlazado por un elemento común, la convicción común del pueblo, la conciencia popular, la opinión pública. El Derecho, sus reglas se materializan en las acciones simbólicas del pueblo, nace de costumbres, creencias, como Derecho consuetudinario y luego por un proceso ascendente se va concentrando en la jurisprudencia que capta las fuerzas (virtudes jurídicas) que actúan subyacentemente.

¹⁰ GENY, F.: *Méthode d'interprétation et sources en Droit Privée*, París, 1919 (red.).

¹¹ THIBAUT, Anton y FRIEDRICH, Justus: *Sobre la necesidad de un Derecho Civil General para Alemania*. Heidelberg, 1814, consideraba el Derecho alemán para la época como un amontonamiento informe de preceptos abigarrados y contradictorios que se anulan unos a otros.

¹² SAVIGNY, Friedrich Karl von: De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho. El mismo Savigny tratará unitariamente el Derecho romano aplicado a su tiempo, a la vez que intentará darle una estructura científica. *Sistema del Derecho romano actual*, Madrid.

La escuela histórica del Derecho pareció consumar la decadencia del iusnaturalismo. El Derecho es una formación histórica, sin lugar a estancamiento, porque es una parte de la vida total del pueblo. Con un modelo histórico, activo en la Alemania de su tiempo, como el Derecho romano, los estudios de la escuela histórica se dirigen hacia ese paradigma que es proclamado como el Derecho popular alemán, que hacia innecesario cualquier otra sistematización. Los grandes monumentos del Derecho romano, Ley de las XII Tablas, Edicto del Pretor, el descubrimiento de las Instituciones de Gayo, produjeron un movimiento progresivo hacia una presentación científica del Derecho. Así, en abierta oposición al racionalismo y a la tendencia codificadora que era su producto más elaborado, inicia Savigny la moderna ciencia del Derecho mediante la sistematización del Derecho de los romanos.

5.5. El aporte de la construcción kelseniana

La labor de Kelsen desde sus comienzos se caracteriza por la unidad de tratamiento científico del Derecho y la identidad formal entre Estado y Derecho. En su concepción, la unidad del sistema normativo viene expresada en la percepción de la soberanía como fundamento y significa al propio tiempo su unicidad. De allí que la validez de las normas -órdenes vigentes- depende del dato de su derivación a partir de una única y misma base: la norma fundamental de la cual se desprenderán, consecuencialmente, como necesariamente sometidas a un orden superior común. Enunciada en forma geométrica la estructura jurídica está compuesta de varios planos ascendentes, partiendo de la norma fundamental que les imprime unidad y validez. En la metodología rigurosa y formalista de la teoría kelseniana, se establece plena equivalencia entre ordenamiento y complejo de datos legislativos. El ordenamiento jurídico será aquel sistema normativo donde las normas tienen entre sí una concatenación lógica. Se convierte así en un **ordo normarum** que pertenece al mundo del deber ser, distinto del **ordo rerum**, o sea, el orden de las cosas¹³.

6. Experiencia jurídica de los romanos

La progresión del legalismo jurídico, como hemos señalado, a grandes rasgos, ha sido estimulada por diversos impulsos ideológicos y metodológicos. Pasaremos

¹³ KELSEN, H.: **Teoría pura del Derecho**.

a contrastarla con la forma de producción del Derecho que aplicaron los romanos, por cuanto, hasta el siglo XIX la ciencia del Derecho consistió en el estudio directo del Derecho romano en su versión justiniana.

La contrastación histórica pone de manifiesto que el Derecho, lejos de ser un objeto estático e inmutable, como pretendió el racionalismo de los siglos XVII y XVIII, es un proceso vital con el dinamismo que le imprime la propia realidad. Esto se pone de manifiesto en la experiencia jurídica romano clásica. Se reconoce en Roma la cuna del Derecho; sin embargo, es poca la influencia de las leyes en Roma, por lo que se ha podido afirmar que Roma no era un pueblo legislativo. Y en ese progreso del Derecho, entendido tanto como desarrollo y perfección, asumieron papel preponderante los jurisconsultos romanos. No obstante, se hace necesario precisar, antes de cualquier otra consideración, el objeto central de la ciencia jurídica romana, distinta a las mixtificaciones que la creación del Estado moderno y sus justificaciones políticas y filosóficas, introdujeron en el concepto de Derecho.

6.1. La expresión romana Derecho Civil

Nuestro término **Derecho Civil**,¹⁴ herencia material directa de los romanos era entendido en su contexto originario de manera diversa al significado que tiene actualmente. En la construcción romana encontramos tres definiciones del *ius civile*:

- a) En relación a sus destinatarios: por cuanto los *cives romani*, ciudadanos, exclusivamente, son los sujetos agentes del Derecho Civil. Por ello se opone a una noción adventicia, derecho de gentes, *ius gentium* o natural que utilizan todas las gentes. En contraposición el Derecho Civil es el derecho de la ciudad (D, 1, 1, 9).
- b) Referido a las fuentes de las cuales emana: el Derecho Civil es el que procede “*de las leyes, plebiscitos, senado-consultos, decretos de los príncipes, según*

¹⁴ En nuestro opúsculo **Civitas Romana**, libro **Homenaje a José Melich Orsini**, Caracas, 1983, vol. 2, p. 911, señalamos la acepción ambigua del adjetivo civil, según el uso moderno y su disimilitud con el significado romano.

la tardía definición de un jurista del siglo III (D, I, 1, 7)”. Entonces se opone al **ius honorarium** producido por la actividad del Pretor y los magistrados **ius dicentes**.

c) Finalmente, habida cuenta de la posición central ocupada por la labor jurisprudencial y haciendo énfasis en ella, el **ius civile** designó al derecho que “sin escritura”, consiste en la sola interpretación de los prudentes.

Muchos testimonios nos conducen al conocimiento del aprecio en que era tenida la profesión de los juristas. Oráculo de la ciudad (Cicerón, *De Oratore*, I, 200), mediador necesario entre el hecho y el Derecho, la moral y el Derecho, la ley y la justicia, Ulpiano los proclamará Sacerdotes de la Justicia (D, I, 1, 1, 1, 1) y Pomponio concluirá terminante: No puede constar el Derecho si no hay algún jurisperito por el cual pueda cotidianamente producirse y perfeccionarse (D.I, 2, 2, 13).

6.2. Mores y leyes

El material primario sobre el cual ejercen su actividad los jurisconsultos romanos, estuvo integrado por el **mos**, radicado en la conciencia colectiva del **Populus**, modo del proceder social de los antepasados con su fuerza normativa de origen religioso, al principio objeto de interpretación de los Pontífices, después custodiado y transmitido por la jurisprudencia laica. Pero ésta no se limitó a la conservación de un depósito. El núcleo germinal fue reproduciéndose, adaptándose a las transformaciones sociales, multiplicándose en nuevas soluciones, armónicamente desarrolladas desde su base tradicional.

Las leyes surgidas en la **sponsio** común entre **Populus** y Magistrado (D, I, 3, 1) cumplían la función rectora de la organización del Estado, la **Res Publica**. Superadas las eras monárquicas y republicana, las leyes obedecen a una nueva concepción política signada por la concentración del Poder en el Príncipe. Entonces, leyes se denominarán los instrumentos normativos que emanen de la voluntad del Príncipe. Pero aun en la fase degenerativa de la antigua tradición, los jurisconsultos intervienen en los **Consilia** y la **Cancilleria imperiales** trabajando sobre el material conservado y transmitido por generaciones de juristas.

6.3. El método de la jurisprudencia romana

El jurisconsulto romano en su función interpretativa distaba mucho del papel pasivo que le fue atribuido al jurista moderno¹⁵. La interpretación romana es una labor constructiva a partir del material germinal. No es una ciencia entendida como elaboraciones sistemáticas y abstractas, sofia, sapiencia en sí, como virtud la más principal. Es, como la define Cicerón (De off. 1, 43, 153) un conocimiento dirigido a alcanzar unas cosas y evitar otras.

La **prudentia iuris** no tiene un fin especulativo, sino práctico: adaptar el Derecho a las necesidades de la vida. Y ello le da el signo característico a su metodología. Surge del caso presentado por la parte que demanda justicia y se dirige a obtener una solución justa en un proceso el Magistrado. Toda otra disquisición es innecesaria, porque el Derecho no es ciencia que actúa sobre símbolos ni sobre fenómenos, sino arte que actúa sobre la realidad. Por ello, el Derecho es equidad, proporción, entendida como la justicia aristotélica, de dar a cada uno lo que le corresponde en el conglomerado social.

Los juristas romanos sostienen algunos principios. La colección de reglas de Derecho asciende a una remota antigüedad, pero los mismos no son axiomas, principios inmutables. Encontramos tantas excepciones a las reglas que revelan su actualización y el cumplimiento del cometido preponderante de la función jurisprudencial romana.

De cuanto hemos dicho, podemos resumir las características del método jurídico romano:

- a) Resistencia a la abstracción. No pretende investigar una verdad descarnada de la realidad social mediante un procedimiento estrictamente lógico, sino alcanzar resultados prácticos; la actuación de la justicia dentro de la convivencia social.
- b) Escaso interés por la sistemática. No elaboran sistemas de conocimientos, categorías o doctrinas. Son escasas las definiciones y clasificaciones. El

¹⁵ El artículo 4 del Título Preliminar del Código Civil conserva esta concepción limitiva de la función jurisprudencial: significado de las palabras, su conexión e intención del legislador. Recurso en la analogía cuando no hay disposición precisa y aplicación de los principios generales del Derecho.

ordenamiento de la materia es algo exterior y formal que no toca la sustancia del Derecho. Por eso el orden de sus exposiciones se adaptaba a aquel en que eran tratadas las cuestiones en el Edicto del Pretor o del Presidente de las provincias o la Ley de las XII Tablas.

c) Aislamiento de todo aquello que no era Derecho. Especialmente de lo que se entendía como política o conveniencia del gobierno de la República. Al jurista romano le ocupa el Derecho y ello requiere el conocimiento pleno de la realidad a la cual se dirige, transacciones comerciales, comportamientos humanos, reacciones, datos de la ciencia médica. Todo lo que se relaciona con la vida social, en una dimensión humana, para la solución de conflictos de acuerdo al orden de las cosas. Por ello desarrollan una gran sensibilidad que se manifiesta en el realismo jurídico.

En contrapartida, la jurisprudencia romana se ocupó muy poco del *ius quo ad statum rei romanae spectat* (Derecho Público) para lo cual había que atender el Bien Público. No sugieren transformaciones políticas, sociales o económicas. Sobreviven a través de todas ellas, dando testimonio del permanente reclamo de justicia. Por las mismas razones, el desarrollo científico del Derecho Penal fue escaso y no tuvieron en él mayor participación los jurisperitos. Se concretaron al Derecho, actuación de justicia dentro de la órbita restringida de las relaciones entre privados. En esa concepción del *Ius Civile* no hacen parcelamientos, dominan todo el Derecho y lo perfeccionan sin mostrar distinciones, Derecho Civil o Mercantil.

A partir de su concentración civilística, los intérpretes y comentaristas encontraron material suficiente para crear la ciencia del Derecho Público en el interés común de justificar el Estado unitario medieval. O para sentar las bases del Derecho Internacional Privado o del Derecho Mercantil. A todo ello sirvió la concepción romana del Derecho Civil y prestó terminología y estructura.

6.4. Influencia jurisprudencial en la formación del Derecho

Los juristas romanos no creaban el Derecho tal como lo entendemos nosotros, en proceso formal de elaboración. Sugerían soluciones a los Magistrados, en los Consejos, a las partes en las respuestas y elaboración de fórmulas contractuales para prevenir el recto uso de las cosas. Pero no desechan las adquisiciones

anteriores, sólo que no se atan ineluctablemente a ellas. Junto a las acciones concebidas en el Derecho (*in ius conceptae*) surgen las acciones **in factum**, concebidas en el hecho cotidiano, para la utilidad de los ciudadanos. Los contratos de buena fe, nacidos en el comercio con los peregrinos ocupan lugar paralelo a los contratos de Derecho estricto. Relaciones obligatorias del Edicto se juntan a las obligaciones civiles. Pareja a la sucesión legítima de las XII Tablas surge la pretoriana posesión de bienes. A la propiedad quiritaria se anexa la **in bonis habere**. Mutaciones estructurales y sustanciales debidas a la labor jurisprudencial de auxilio al Magistrado y a las partes.

6.5. Idea del Derecho y la justicia

La percepción del Derecho Civil está ligado a la utilidad. “*Lo que en cada ciudad es útil para todos o para muchos, según Paulo y Ulpiano, lo hace derivar de justicia como el saber de lo bueno y de lo justo, técnica de lo bueno y de lo justo, para separar lo justo de lo injusto, discerniendo lo lícito de lo ilícito*”. Y su definición de justicia como la voluntad constante y perpetua de dar a cada uno lo suyo (Ulpiano en el libro I: Inst. I, 1, pr).

Si comparamos este concepto con la especulación filosófica griega, encontramos un ascendiente aristotélico, que no es una especulación abstracta, que por extraña a la tradición jurídica nacional, Ulpiano desecha como simulada filosofía, sino una valoración racional de la realidad concreta. Esa exigencia de realismo que distinguió a Aristóteles en el campo del conocimiento era más adecuada al temperamento latino y a la actividad jurisprudencial.

Aristóteles ubica la justicia en la ética (Eth Nicoma 5, 7, 1) un libro de moral, de descripción de los comportamientos humanos, modos habituales de actuar (caracteres) que hacen al hombre prudente, temperante, justo y a los fines a los cuales tienden cada una de esas actividades. Dos conceptos de justicia nos describe en sus obras éticas:

- a) La justicia general, como conformidad de la conducta del hombre a la ley moral, suma de todas las virtudes o virtud universal. Pero no es una moral individual, sino una idea de orden o de buena relación con los otros dentro de la ciudad.

b) La justicia particular en sentido estricto es más circunscrita que la moralidad total. Como opuesta a las otras tres virtudes cardinales, no se entiende la justicia particular sino en relación a los demás como virtud puramente social, porque se refiere a la buena repartición de los bienes y de las cargas. Dar a cada uno lo suyo.

El Derecho es parte integrante de esta justicia como que es el arte de las atribuciones. Por eso el Juez, el jurista, derivados lingüísticos de la palabra *ius*, son los encargados de ejecutar la justicia; por eso con razón Ulpiano los definiría como rindiendo culto y los llamará sacerdotes. Entendida la metonimia, así como el sacerdote da las cosas sagradas, el jurista da las cosas justas y justamente a quien corresponda. En esto consiste el arte jurídico.

El Derecho ocupa así un lugar en la filosofía moral y así lo entendió la Escolástica. Con la moral kantiana, restringida a la percepción subjetiva del deber, es incompatible el amplio concepto aristotélico-escolástico donde el Derecho es la conformación de la justicia particular.

PARTE II

CAPÍTULO I. SITUACIONES DE HECHO

1. *¿Qué es una situación de hecho?*

Las situaciones de hecho nos han planteado la reflexión sobre la dinámica jurídica entendida en sus fases de formación-aplicación del Derecho. Subyace la problemática de nuestra concepción del Derecho y sobre todo de la cuestión debatida sobre las fuentes formales del Derecho, cual ha sido planteada en la enseñanza del Derecho, al menos en los últimos cien años.

La primera objeción que surge es la de que toda situación jurídica no es otra cosa que una situación de hecho que el Derecho toma en consideración, le da relevancia jurídica, otorgándole efectos y consecuencias. Así resulta inútil hablar de situación de hecho, pues al acceder en cierta forma a la vida jurídica, necesariamente se convierte en situación jurídica. En otras palabras, si produce efectos jurídicos es en virtud de la ley que previamente se los concede.

En parte es cierto; no obstante, y ello nos servirá a la identificación de las situaciones de hecho. Existen situaciones normalmente contenidas en el

ordenamiento jurídico, en el *ius ex scripto*. Otras en cambio no son objeto de un tratamiento directo, sino mediante una operación del juez. Entonces nos colocamos en el hilemorfismo aristotélico en la siguiente alternativa: existen estructuras jurídicas (formales) y estructuras materiales carentes del elemento formal, pero que llevan implícito cierto interés legítimo. Por lo cual la actividad del juez, aunque no crea derecho, les reconoce una aptitud de valencia jurídica.

Otro problema surge de la variedad de las situaciones de hecho en las distintas secciones del Derecho¹⁶. Así en el Derecho del Trabajo, la relación de trabajo exige su existencia, la subordinación y la remuneración para ser aceptada como situación idéntica al contrato de trabajo.

2. Caracterización de la situación de hecho

Todo ello nos conduce a la necesidad de elaborar, si no una noción, al menos una caracterización que sirva para identificar las situaciones de hecho, al modo de una teoría general:

- a) La primera nota es la existencia como estructura social o material, su ubicación en la realidad.
- b) Sigue, la falta de un elemento condicionante, esencial para su existencia jurídica: este elemento es el que debe ser colocado por la actividad judicial, realizado, lo cual se atribuyen las consecuencias jurídicas de una intensidad y cantidad variables. La diferencia está en que asumido en la ley, por la generalidad de ésta, el hecho adquiere también validez general, típica, mientras que la determinación judicial se precisa caso por caso, para las situaciones de hecho.
- c) Además, en su estructura material subyace una finalidad normativa, querida por los participantes para regir su comportamiento de manera similar a como lo

¹⁶ Nos concretamos a la referencia del Derecho Social y lo que nos interesa al Derecho del orden social (familia). Pero las situaciones de hecho se presentan también en el Derecho Mercantil, sociedades irregulares por incumplimiento de las formalidades, otorgamiento del contrato de sociedad, registro y publicidad. Artº 219 y 220 del Código de Comercio. La sociedad, en cierto sentido por su consensualidad existe de tal forma que cualquiera de los socios tiene derecho a demandar la disolución de la compañía. Y lo que es más importante, los efectos de la sentencia son *ex tunc*, desde la introducción de la demanda, lo que hace que desde su constitución hasta ese entonces la sociedad es de hecho. Otra especie, no de grata recordación en los países latinoamericanos, y en el nuestro en particular, son los gobiernos *de facto*.

hacen las situaciones jurídicas establecidas. La diferencia, falta de elemento formal que las hace realidades de vida y no relaciones jurídicas puede estar causada en la desconfianza hacia las formalidades, las trabas administrativas, el temor de los costos o la imposibilidad económica que obsta el acceso a la justicia.

3. La situación de hecho ante el Derecho

No recibida previamente en el *ius ex scripto* la situación de hecho carece de configuración jurídica, ni está delimitada en sus contornos. Por ello, no es susceptible de ser comprendida dentro de una categorización jurídica como entidad propia. Sólo se nos hace comprensible en contraste con su contrafigura jurídica: posesión de estado - Título de estado; Separación legal de cuerpos-separación personal de hecho; Concubinato-matrimonio.

Consecuencialmente, no todas las situaciones son objeto de igual aceptación. Mientras la posesión de estado ha sido objeto de un desarrollo afirmativo desde su incorporación en nuestros primeros códigos, la reconciliación es considerada congruente con el orden social y recibida sin trabas; la separación de hecho lo será con cierta temperancia, constituyendo el concubinato el caso extremo de un rechazo sostenido. Papel que juega la identificación del orden social y el orden moral y la concepción de la finalidad del Derecho como instrumento contralor de buena conducta¹⁷.

En los capítulos siguientes nos ocuparemos de revisar la normativa familiar venezolana en el sentido de cómo han sido recibidas algunas situaciones de hecho. Principalmente, como advertimos en la introducción, hemos dirigido la atención a la separación de hecho y a la posesión de estado, y con una aspiración de cerrar el círculo sobre el tema en estudio sin pretender ser exhaustivos,

¹⁷ VILLEY, M.: *Philosophie du droit. I. Definitions et fins du droit*, París, 1978, N° 54. pp. 103 y 88. Las luchas seculares entre Iglesia y Estado por regir la conducta de los hombres ha conducido a una subrogación del Estado en un campo para el cual no tiene suficiente elemento de coercibilidad, pues le falta la visión del último fin y la obligación en conciencia de tender a él. Así, no obstante, la institución civil del matrimonio y su obligatoriedad, aumentan los concubinatos; contra la estabilidad del matrimonio, los cónyuges se separan de hecho; el divorcio no es objeto sino de un control muy externo, se simulan causales y se multiplican los divorcios de común acuerdo contra la normativa establecida. Todo es consecuencia, no sólo de una mutación de valores, sino de una pérdida del interés mismo por esos valores morales.

dedicamos un aparte a otras varias figuras, emulando la clasificación gayana de las fuentes de las obligaciones.

CAPITULO II: LA SEPARACION CONYUGAL

1. El derecho-deber de cohabitación y la integridad formal y material del matrimonio

El matrimonio, presupuesta su válida celebración engendra una relación interpersonal compleja de los cónyuges¹⁸. A esa relación o estado conyugal se refiere el Código Civil vigente en su artículo 137, cuando en forma descriptiva señala especialmente la comunidad de vida como el derecho-deber de vivir juntos¹⁹.

Aunque no pertenece a la esencia del matrimonio, el derecho-deber de cohabitación sí estructura la integridad formal del negocio, que hace de la comunicación interpersonal, moral y jurídica de los cónyuges acerca de la vida en común, el elemento perfeccionador del matrimonio²⁰.

Es distinta de la integridad material que está referida al simple hecho de convivir, compartir la misma habitación, participar de una misma mesa, lecho y habitación; esto es, al ejercicio del derecho-deber de cohabitación.

Delimitado así el concepto de lo que debe entenderse por cohabitación, la separación conyugal se presenta como una situación anómala con respecto a lo

¹⁸ Por razones históricas, cuya explicación excede nuestro objetivo, el matrimonio y su regulación en los códigos modernos de factura latino-occidental, encuentran su antecedente en el Derecho Canónico de la Iglesia y no en el Derecho Romano donde la especial noción de Derecho Civil no se ocupaba de las relaciones intrafamiliares, sino en su aspecto económico (dote, etc.). La doctrina canónica distingue dos aspectos del matrimonio, el *negocial* o matrimonio *in fieri* que está constituido por el acto o negocio jurídico y la regulación concerniente a requisitos previos, impedimentos y celebración. El otro aspecto es el *vincular* o matrimonio *in factu esse* referido a la regulación estable de vida originante de la comunidad personal que torna su inicio en la celebración. En esa relación interpersonal, los cónyuges adquieren los mismos derechos y asumen los mismos deberes. Por ello se forma una situación jurídica permanente que es lo que conocemos como estado conyugal.

¹⁹ La antigua nomenclatura es un sentido más descriptivo que técnico, aludía a la comunidad de mesa, lecho y habitación.

²⁰ De allí la clasificación de matrimonio *rato* y matrimonio *consumado* que asume gran importancia en el proceso canónico de anulación. El Código Civil venezolano ha conservado esa división arcaizante, cuando en el artículo 69, al tratar de la advertencia que debe hacer el funcionario ante quien se levanta el expediente, sobre la comprobación del estado de salud de los contrayentes, utiliza la expresión “previamente a la consumación del matrimonio”.

que debe ser la vida conyugal. Esta situación puede comportar una disgregación de la integridad formal o de la integridad material de la convivencia²¹.

2. Separación jurídica y separación fáctica

Es necesario distinguir entre el estado jurídico de separación, que tiene como consecuencia alterar la integridad formal del matrimonio, y, por lo tanto, la producción de algunos efectos del mismo y la separación de hecho que atenta sólo contra el elemento material, o sea, la convivencia efectiva de los cónyuges.

En cuanto a la separación jurídica, el ordenamiento jurídico familiar venezolano exige requisitos de fondo que pueden englobarse genéricamente en el término justa causa o causa reconocida por el Derecho, que debe quedar plenamente comprobada y requisitos de forma, o sea, procedimiento legítimo que es lo que concede a la separación la cualidad jurídica²².

La separación de hecho consiste en la ruptura de la convivencia sin mediar la formalidad del procedimiento legítimo, pero que da lugar a una situación de vida independiente en cada uno de los cónyuges. Esa situación fáctica puede estar originada en múltiples motivos y es natural que produzca consecuencias aunque valoradas desigualmente por el Derecho.

²¹ Del examen de Derecho Canónico encontramos tres especies distintas de alteración de los efectos jurídicos del matrimonio con distinta incidencia sobre la existencia o validez del mismo: a) La disolución del vínculo matrimonial en los casos del denominado privilegio paulino, en razón de la fe y de la dispensa *super rato et non consumato*. b) La declaración de nulidad de matrimonio contraído con voluntad viciada que lo hace irrioto *ab initio*. c) La separación de lecho, mesa y habitación que puede ser temporal o perpetua. Esta última era llamada también divorcio en los antiguos comentaristas venezolanos, pues era la admitida dentro del matrimonio civil indisoluble introducido en 1873. Con la admisión del divorcio vincular, 1904, se conservó la separación de cuerpos en la jurisdicción de los tribunales civiles con efectos disminuidos en relación al divorcio vincular.

²² La separación jurídica, a la que se refiere el artículo 188 del Código Civil, puede ser contenciosa o basada en el mutuo consentimiento. Se caracteriza por la concurrencia de dos elementos constitutivos, justa causa, en la contenciosa (o mutuo consentimiento) y procedimiento legítimo. En la contenciosa son causales las contenidas en los seis primeros ordinarios del artículo 185 comunes con el divorcio y se sigue también el proceso especial de los artículos 754 al 761 del Código de Procedimiento Civil.

La separación basada en el mutuo consentimiento, se origina en la voluntad de ambos cónyuges, sin que se necesite exteriorizar causa alguna y el procedimiento especial está contenido en el artículo 189 del Código Civil y los artículos 762 al 765 del Código de Procedimiento Civil. Este último procedimiento se desarrolla en el mismo acto en que se presenta la solicitud y no se exige que el juez incite a la reconciliación, como lo prescribía el derogado artículo 189 del Código de 1942. La actuación del juez es una simple homologación de la separación consensual realizada por los cónyuges.

Sobre las circunstancias que pueden confluir en la información del precepto legal de comunidad de vida, podemos señalar un elemento común en la existencia de intereses divergentes, considerados por las partes determinantes para la alteración de la relación conyugal. Así se presenta la separación como solución privada (*inter partes*) a crisis matrimoniales de origen diverso. Pero también puede presentarse como consecuencia directa del motivo o impulso psicológico que llevó a contraer matrimonio²³.

3. El elemento intencional en la separación fáctica

Para que se produzca la separación de hecho es necesario que exista el elemento voluntario que puede ser coincidente en ambos cónyuges y tendremos la separación consensual o puede estar en uno solo de ellos, con rechazo por parte del otro y será la separación- abandono o abandono voluntario. Esta intención de provocar la separación con el propósito de romper la convivencia es lo que da origen a la situación extrajurídica, pero que el ordenamiento reconoce atribuyéndole efectos jurídicos parciales. En esto, como veremos a continuación se ha operado un cambio desde la anterior consideración que hacia de la separación de hecho un fenómeno anormal e irregular que traía como consecuencia sanciones por la ilicitud, hasta el reconocimiento de legitimación para solicitar el divorcio, según el artículo 185-A, del cual es una de las condiciones necesarias.

4. El elemento material

Implica la ausencia de cohabitación que se materializa con la separación de residencias y sirve de criterio objeto al juez, para establecer elemento intencional.

No obstante, aunque la separación o habitación bajo distintos techos, para utilizar la antigua expresión, es la manifestación más contundente de la ruptura

²³ Siendo el matrimonio civil un negocio jurídico formal, la forma atrae la voluntad. Pero desde un punto de vista sociológico son varias las causas o motivos que inducen a contraer matrimonio que no coinciden con la concepción legal y finalidad del instituto. Así encontramos que las personas contraen para diferir o eludir el servicio militar o como medio de eximirse de la condena penal en los delitos contra el buen orden de la familia (artículos 375 al 390 del Código Penal) o como forma de obtener ventajas (facilidades de naturalización) (**green card**). Todo ello contribuye en innumeros casos a que no haya una voluntad seria de cumplir con los efectos del matrimonio.

de la vida en común, no se requiere para la existencia de la separación de hecho que los cónyuges habiten en techos separados. Aun compartiendo la misma habitación, puede darse la ruptura de la vida en común o de la comunidad de vida que es comunidad afectiva, moral, intelectual.

La posibilidad que brinda el Código en su artículo 33 concordado con el artículo 27 eiusdem, de que los cónyuges tengan domicilios distintos no incide en la obligación de vida común, como elemento formal del matrimonio. Tampoco las residencias separadas en virtud de la autorización judicial a la que está prevista en el artículo 138, por cuanto por definición esa es una solución temporal.

En cambio, las residencias separadas de hecho (140-A) pueden ser el síntoma de la ausencia de cohabitación.

5. Efecto sancionador atribuido por la legislación

5.1. Cesación de la obligación alimentaria hacia el cónyuge autor del abandono.

Considerada como acto ilícito o antijurídico, la separación fáctica acarrea una primera sanción en orden a los efectos patrimoniales que causa el matrimonio. Así, el artículo 139 que establece el derecho-deber de socorro y asistencia dispone en su primer aparte, que la obligación de asistirse reciprocamente en la satisfacción de sus necesidades cesa para con el cónyuge que se separe del hogar sin justa causa²⁴.

El dispositivo legal exige que la separación sea imputable al cónyuge; esto es, que obedezca a un acto plenamente voluntario y no tenga causa justificante para su actitud, lo que la hace antijurídica y por lo tanto merecedora de la sanción.

²⁴ El artículo 139 en su encabezamiento contempla la obligación conjunta de los cónyuges a contribuir al mantenimiento y cuidado de la familia, a las cargas y gastos matrimoniales. Esta obligación es mucho más amplia que la obligación alimentaria entre cónyuges. En efecto, el levantamiento de la familia no sólo comprende necesidades de subsistencia, habitación, medicina, etc., sino que comprende también los gastos necesarios de recreación, utilización de tiempo libre, previsión familiar, ahorro, etc. Esta obligación de contribuir a las cargas y gastos del matrimonio y la familia está determinada por la medida de los recursos de cada uno, mientras no se tome determinación sobre los bienes o se proceda al divorcio. En conclusión, son dos obligaciones diferentes, aunque de naturaleza pecuniaria ambas. La obligación de contribuir a las cargas y gastos grava sobre los cónyuges y permanece aun después de la separación. Sólo cesa para el cónyuge culpable, la obligación alimentaria.

Quedan excluidos así, los casos en los cuales la separación haya sido provocada o estimulada por el otro cónyuge o cuando su comportamiento coloque al otro en situación de extremada dificultad para el ejercicio de la cohabitación o cuando la otra parte ponga todos los medios para obstaculizar el cumplimiento²⁵.

Subsiste, en cambio, la obligación alimentaria hacia el cónyuge víctima del abandono quien permanece en el hogar o que no dio lugar al abandono.

5.2. Causal de divorcio y de separación de cuerpos contenciosa

El artículo 185 en su ordinal segundo enumera el abandono voluntario como causal de divorcio.

La legitimación activa para las acciones de divorcio o de separación de cuerpos la tiene el cónyuge que no haya dado causa al abandono y le es potestativo optar entre una u otra acción, según el encabezamiento del artículo 191. La naturaleza sancionadora del dispositivo legal se pone en evidencia cuando se le niega al cónyuge autor del abandono la posibilidad de liberarse cómodamente de una posición que para él le resultase insostenible.

Esta apreciación de culpa-sanción hace del divorcio o de la separación de cuerpos contenciosa, basados en el abandono voluntario, un divorcio por causa subjetiva en cuya apreciación jugarán papel decisivo las facultades del juez²⁶.

5.3. Aspectos no contemplados por el Código Civil

Existen dos aspectos que no han sido atendidos por la legislación vigente y que pueden comportar ventajas para el cónyuge que haya dado ocasión al abandono, con verdadero detrimento de la justicia debida al cónyuge víctima. Son efectos

²⁵ Sostenemos esto en aplicación de los aforismos de derecho según los cuales nadie está obligado más allá de sus fuerzas *ultra posse nemo tenetur*; *impossibilium non obligatio est*; *nemo ad impossibile obligari potest*. Donde la imposibilidad o dificultad debe ser medida normalmente en cada caso concreto y apreciando la propia individualidad psíquica y social de la persona. De allí concluimos que el acto de abandono le debe ser imputable plenamente como acto voluntario y libre al cónyuge que se separa del hogar común, para configurar el abandono.

²⁶ Tal teoría del divorcio-sanción era la que informaba el divorcio en Venezuela desde su introducción en 1904, salvo la posibilidad de la conversión de la separación jurídica en divorcio. Como nos referiremos al hablar del divorcio por el 185-A, el Código de 1982 cambió en forma sustancial al admitir el divorcio por causa objetiva.

emanados de la concepción del matrimonio y se refieren a consecuencias económicas del negocio jurídico:

- a) El primero está constituido por la continuidad de la comunidad de bienes gananciales, cuando ésta hubiera sido al régimen económico del matrimonio, que, por lo demás es la normal en nuestro medio.

En efecto, siendo de orden público y social, además de subsidiaria del matrimonio, la comunidad de bienes gananciales no se extingue sino por las causas contempladas en el artículo 173 del Código Civil y es obvio que las partes no pueden proceder en contrario, según lo dispone el artículo 6º del Código y específicamente el último aparte del artículo 173, declarando la nulidad absoluta de cualquier disolución o liquidación voluntarias, salvo la admisión del procedimiento por separación de cuerpos y bienes basado en el mutuo consentimiento del artículo 190.

Lo anterior significa que la comunidad continúa operando para el cónyuge culpable en un doble sentido: por la acumulación de bienes que se liquidarán de por mitad, con lo que puede resultar beneficiado y por la responsabilidad que sobre bienes comunes engendran las obligaciones contraídas por los cónyuges, además de las trabas de la administración conjunta de la comunidad.

- b) El segundo aspecto, no menos inicuo, es el relativo a los derechos sucesoriales del cónyuge **superstite** en la herencia del otro. Por disposición del artículo 823 del Código Civil, el matrimonio crea derechos sucesorios para el cónyuge de la persona de cuya sucesión se trate. Estos derechos comprenden la participación, en concurrencia con descendientes, ascendientes y colaterales, hermanos y sobrinos, en la herencia, pudiendo corresponder la herencia íntegramente al cónyuge, en ausencia de los indicados parientes del **de cuius**.

Se presenta como injusto que un cónyuge, separado por hecho propio, pueda legalmente ser tenido como heredero y disputar concurrentemente, y excluir hasta aprovecharse totalmente de la herencia del cónyuge víctima. No obstante, atendiendo al citado artículo 823, los derechos sucesoriales cesan con la separación de cuerpos y de bienes, sea por mutuo consentimiento, sea contenciosa, salvo prueba en ambos casos de reconciliación.

En ambos casos, la comunidad de bienes gananciales y los derechos sucesoriales, la ley debería prever una solución más equitativa a favor del cónyuge inocente.

6. El divorcio basado en la ruptura prolongada de la vida en común

El divorcio por ruptura constituye uno de los dos tipos en los que se despliega la noción objetiva del divorcio,²⁷ innovación, cualitativamente, la más importante aportada por la Reforma de 1982.

Este divorcio, contenido en el artículo 185-A del Código Civil, por una parte, constituye un compromiso entre la aceptación del divorcio por mutuo consentimiento y el divorcio-sanción basado en la culpa. El primero con énfasis en el aspecto contractual, por las consecuencias sociales y personales que se le atribuyen, cada vez que se ha presentado a las Cámaras ha sido rechazado²⁸. El otro, el divorcio culpa-sanción, con la reglamentación estricta de la libertad de disolver el matrimonio, ya había visto corregir su rigidez con la conversión de la separación legal de cuerpos en divorcio²⁹.

Pero, además, el divorcio por ruptura y la causal de interdicción por perturbaciones psiquiátricas graves constituyen una mutación ideológica en la concepción del divorcio. En efecto, se ha tenido en cuenta el interés de las personas y no el interés de la institución familiar.

²⁷ El otro lo constituye la causal contenida en el ordinal séptimo del artículo 185 reformado, o sea la interdicción por causa de perturbaciones psiquiátricas graves. El proyecto del Código Civil de 1942, en el artículo 183, ordinal 8º contenía una causal más amplia que abarcaba la lepra, la locura y cualquiera otra enfermedad contagiosa.

²⁸ El proyecto del Código Civil de 1942 en el artículo 183, ordinal 9º, contenía como causa de divorcio: "El mutuo consentimiento, expuesto ante el Juez personalmente por los cónyuges y ratificado en la misma forma, pero no antes de seis meses ni después de doce. Cumplida la ratificación, el juez, en el mismo acto declarará disuelto el matrimonio por mutuo consentimiento".

En el informe presentado por la Comisión especial y sometido a la consideración de la Cámara de Diputados en la sesión de 29-5-42, se lee que esa causal "va directamente contra la institución de la familia, base de la patria y contra los legítimos intereses de la sociedad y del Estado".

²⁹ El actual artículo 185 en sus dos últimos apartes contiene, como el Código de 1942, el procedimiento de conversión de la separación de cuerpos en divorcio. Si tomamos en cuenta que una de las clases de dicha separación puede ser la basada en el mutuo consentimiento, por esa vía se le dio entrada a la voluntad de las partes en la disolución del matrimonio. Además, la conversión puede solicitarla cualquiera de los cónyuges, aun aquel que dio origen a la causal en la que se basó la separación contenciosa, por lo que en esta parte del Código ya había acogido la concepción del divorcio como un remedio a la crisis matrimonial.

Obedeció, por otra parte, a una concepción realista del reformador. Muchos matrimonios desprovistos de contenido, en los cuales el divorcio sólo se concretará a regularizar una situación matrimonial previamente destruida y cuya conservación formal carece de interés, tanto para los propios cónyuges como para la familia y el Estado.

El artículo 185-A estuvo inspirado en el artículo 237 del *Code Civil Français*³⁰.

a. Requisitos de procedibilidad

Dos requisitos exige este divorcio: la separación de hecho y el transcurso de tiempo mayor de cinco años.

El procedimiento pautado en el mismo artículo es un procedimiento especialísimo. Está legitimado para presentar la solicitud cualquiera de los cónyuges, aunque sea aquel que causó el abandono o al que el mismo le es imputable. Pero se requiere la presencia del otro cónyuge y la admisión de la ruptura. Como expondremos seguidamente, si no se dan esos requisitos no procede la declaratoria de divorcio.

b. Separación de hecho

El artículo 185-A hace referencia a dos aspectos distintos: la separación de hecho que es el factor material y concreto y la ruptura, que es el factor psicológico, la voluntad de romper la vida en común.

Es importante este segundo aspecto por cuanto el legislador venezolano ha desechado toda idea de repudio³¹, pues exige la comparecencia personal del otro cónyuge y, sobre todo, se requiere la admisión de la separación, para que se pueda declarar el divorcio, si no ha habido objeción por parte del Fiscal del Ministerio Público.

³⁰ *Code Civil Français*: "Un époux peut demander le divorce, en raison de une rupture prolongée de la vie commune, lorsque le époux vivent séparés de fait depuis six ans".

³¹ El repudio está admitido en el derecho musulmán que se ciñe a las prescripciones religiosas del Corán. Así la sura IV, 24 señala: "Si deseáis cambiar (repudiar) una mujer por otra (para casarlos con otra), y le habéis dado a alguna de ellas cien dineros, no le quitéis nada. ¿Desearíais arrancárselos cometiendo una injusticia evidente?". El resarcimiento económico justificaría el abandono.

c. Exigencia de término mayor de cinco años

Al exigir una duración de más de cinco años, la ley ha sentado la presunción de que el matrimonio, transcurrido ese lapso, está destruido:

- 1) El problema primero que ofrece la precisión del lapso es su punto de partida. Ordinariamente, como situación de hecho que es, la separación no se origina en un día cierto **dies a quo**, y esta prueba, por lo difícil de establecer, ha sido dejada a la declaración-aceptación de las partes.
- 2) En segundo lugar, el Código exige que con la solicitud se acompañará la copia certificada de la partida de matrimonio, pero ello servirá sólo para probar la antigüedad de la celebración y nunca el tiempo que ha durado la separación.
- 3) La continuidad, el artículo 185-A se expresa en términos de permanencia. Ello significa que la separación debe ser continua sin interrupción y suspensión. Por lo tanto, si ha habido restablecimiento de la vida en común, ese hecho interrumpiría el cómputo del tiempo y se haría preciso comenzar un nuevo contaje.

d. Intervención del Ministerio Público

El Ministerio Público debe intervenir en el procedimiento. Cuando no hiciere objeciones sobre el hecho (la separación y su duración) el divorcio será declarado. En cierto modo se ha encomendado al Fiscal el control sobre la veracidad de la ruptura de la comunidad de vida. Para hacer lo cual debería penetrar en el desarrollo de la vida de ese matrimonio y escrutar la situación personal para revelar el elemento intencional y la realidad de la permanencia de la separación. Cuestión que no parece fácil por cuanto atañe a una posición de conciencia y en una entrevista, si ambas personas tienen decidido divorciarse y hacerlo por una vía fácil, no les costará nada ocultar la verdad de los hechos y entonces se tendrá que estar a sus manifestaciones³².

³² Conocemos de casos en los cuales la intervención del Fiscal ha logrado quebrar la posición de uno de los cónyuges y sólo por su declaración ha objetado la declaratoria en divorcio. Otros casos han prosperado, aun existiendo hijos que no alcanzaban la edad de cinco años.

Por cuanto hemos afirmado, supuestos los recursos con los que cuenta el Ministerio Público para cumplir su misión legal, este tipo de divorcio se ha convertido, en la práctica, por la forma fácil, rápida y menos costosa, en divorcio por mutuo consentimiento para personas que tienen más de cinco años de casadas.

7. Separación conyugal personal y determinación de la filiación

7.1. La presunción Pater is est

El Código Civil, siguiendo la tradición justinianea, construye la determinación de la filiación paterna de los hijos nacidos **ex matrimonio** sobre la técnica de presunciones, por cuanto los elementos concepción y la filiación paterna que se basa en ese hecho, no son susceptibles de prueba directa³³. El matrimonio de la mujer se constituye así, en la condición esencial de la paternidad del hijo y en ella se fundamenta la presunción³⁴.

La construcción codicial de atribución legal de paternidad presupone la inexistencia de causa obstativa, porque de existir ciertos hechos excluyentes no surgiría la presunción. Y aquí viene la dificultad: es el marido de la mujer o sus herederos quienes tienen que alegar y probar esos hechos y, exclusivamente, dentro de un sistema de acciones de estado, sin que les sea lícito impugnar la filiación legal paterna por otro medio.

Ese sistema de acciones encontraba su explicación en la valoración de la legitimidad que tenía el Derecho familiar venezolano hasta el Código Civil de 1942 incluido. En aras de la legitimidad de los hijos se llegaba a justificar, hasta

³³ El legislador lo ha transformado en certeza jurídica partiendo de unos criterios de probabilidad: El matrimonio obliga a la fidelidad y a la cohabitación. Esto, que ordinariamente corresponde a la verdad, lleva a presumir que el hijo de mujer casada tiene como padre al marido de ella - Artículo 200 del Código que recibe la regla **Pater id est quem iustae nuptiae demonstrat** (DD).

³⁴ La presunción es una operación relativa a la fijación formal de los hechos. Por eso, cuando tal fijación formal es posible por cualquier otro procedimiento o medio de prueba, no hace falta recurrir a la presunción. Esta operación se articula sobre estos elementos: a) Un hecho base o directo, cuya fijación se hace por procedimientos legalmente admitidos. b) Un hecho presunto (inferido) que es el incierto y su fijación es posible por inferencia. c) El nexo entre hecho base y hecho presunto.

en ocasiones extremas, que el vínculo paterno filial pudiera ser puramente formal o legal y que, por tanto, no correspondiera a la realidad. Pero al haber admitido los principios de verdad de la filiación y de unidad-igualdad de efectos de la misma, no se sostiene la rigidez con la que aún se construye la solución codicial en el Código reformado de 1982.

7.2. La separación fáctica como excluyente de la presunción de paternidad

El nuevo artículo 201 que sustituyó, condensándolos, los anteriores artículos 197 y 200, añadió como causa obstativa para la presunción el hecho de que el marido viva separado de la madre, con lo que la separación personal de hecho, probada en acción de desconocimiento, es causa excluyente de la presunción *Pater is est*. Pero permanecen dificultades que se pueden resumir de la siguiente manera:

- a) La solución codicial para la determinación de la filiación paterna matrimonial es que el hijo nace dentro de una estructura jurídica (matrimonio-concepción-nacimiento) porque se le atribuye al marido de la madre como padre. Para desalojarlo de esa estructura es necesario ejercer una acción impugnatoria reservada al marido o a sus herederos.
- b) La solución por vía judicial, acción de estado, es costosa. Ofrece el problema de acceso a la justicia, no sólo por falta de recursos, sino también por la impreparación de gran parte de las personas que son las directamente afectadas. Ello hace que las acciones de estado se vean ejercidas sólo en casos de interés patrimonial (acciones de petición de herencia) y que su número sea escaso, cuando de hecho, los supuestos de la acción se dan con mayor frecuencia en la fenomenología sociológica.
- c) Otra dificultad viene dada por la reserva a solos el marido o sus herederos, de la legitimación activa de la impugnación³⁵. Esto coloca a la madre y al hijo en una situación pasiva y totalmente subordinada a la actividad de aquellos legitimados, quienes si no ejercieren la acción, dejan al hijo en la imposibilidad

³⁵ Los artículos 201, aparte; 202, 203, 204 y 205 que establecen los hechos excluyentes de la presunción están dirigidos *expressis verbis* al marido. El artículo 207 contiene la transmisión de la acción impugnatoria de los herederos.

de que pueda conocer su filiación verdadera. En la práctica esto conduce a los fraudes a la ley que generan los conflictos de filiación a los que nos referiremos en otro aparte del presente trabajo.

7.3. Comparación con las soluciones del Derecho español, francés e italiano

Las soluciones adoptadas por otras legislaciones parecen más concordantes con la realidad. Así, en el Código Civil español, en primer lugar, se reconoce la trascendencia de la separación de hecho como causa obstativa para la presunción de paternidad y la destrucción de la presunción puede hacerla el marido mediante declaración auténtica, sin necesidad de juicio³⁶. Se reconoce el interés del hijo como preponderante para impugnar la filiación presunta por vía judicial.

El Código Civil francés, reformado por la ley del 3 de enero de 1972, admite la declaración de la madre para desvirtuar la paternidad del marido cuando se trata de darle otra filiación al hijo. Además, ha terminado con el monopolio en cuanto a la legitimación activa para impugnar el estado del hijo, admitiendo a la madre cuando ha contraído matrimonio con el padre biológico.

La novísima reforma italiana del Derecho de familia, Ley de 19-05-1975, artículos 210 al 240, concede el ejercicio de la acción de desconocimiento, tanto a la madre como al hijo mayor de edad en todos los casos en los que puede accionar el padre³⁷.

La reforma venezolana, en cambio, ha insistido en el artículo 212 del Código, conclusivo de la determinación y prueba de la filiación paterna, que la declaración de la madre no basta para excluir la paternidad. Además, al reservar al marido o sus herederos el ejercicio de las acciones de desconocimiento, coloca al hijo de

³⁶ Código Civil español, Artº 116: Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los 300 días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges (Destacado nuestro). Artº 117: Nacido el hijo dentro de los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio, podrá el marido destruir la presunción mediante declaración auténtica en contrario formalizada dentro de los 6 meses siguientes al conocimiento del parto. Se exceptúan los casos en que hubiere reconocido la paternidad expresa o tácitamente o hubiese conocido el embarazo de la mujer con anterioridad a la celebración del matrimonio, salvo que en este último supuesto la declaración auténtica se hubiera formalizado con el consentimiento de ambos antes del matrimonio o después del mismo dentro de los seis meses.

³⁷ Italia. Codice Civile L. I. Artº 235, último aparte: *L'azione di disconoscimento può essere esercitata anche dalla madre o del figlio che ha raggiunto la maggiore età in tutti i casi in cui può essere esercitata del padre.*

mujer casada en peor condición. Sobre el tema volveremos a tratar de la Posesión de estado y los conflictos de filiación, apoyándonos en las dificultades que hemos señalado de la solución venezolana, que en lugar de prevenir, se convierte en incitación de conflictos.

8. La reconciliación, causa que reconvierte a la presunción

Hemos aludido anteriormente a la separación de hecho como causa obstativa o excluyente para la atribución legal de la paternidad al marido de la madre, cuando dicha separación coincide con el período de la concepción del hijo. De donde se presume que descartada la convivencia se descarta así mismo la presunción. El aparte del artículo 203, retorna a la aplicación de la presunción. En efecto, el derecho a desconocer al hijo en los supuestos del artículo 103, dentro del desconocimiento por simple denegación que se basa en el no amparo de la presunción porque faltaba el soporte de la cohabitación, cesa para el marido cuando se ha reconciliado con su mujer así sea temporalmente. Congruente con la tesis que hemos sostenido sobre la verdad de la filiación, aun cuando los cónyuges separados hubieran tenido contacto sexual en tiempo hábil, prueba bastante difícil, no es claro en qué medida y hasta qué punto sea suficiente para hacer cierta la paternidad. En todo caso debería dejarse al marido el descargo de la paternidad.

De la reconciliación trata el Código en diferentes sentidos, otorgándole efectos específicos según la materia a la cual se refiere³⁸.

Interesa también a nuestro tema en cuanto constituye una cuestión de hecho.

La doctrina venezolana la define como acuerdo de voluntades, expreso o tácito, entre el cónyuge inocente y el culpable. Es por tanto bilateral y requiere tanto el perdón como la aceptación en orden a la reanudación o continuación de la vida normal en común³⁹.

El doctor Luis Loreto insistió en el carácter jurídico de la reconciliación fundamentando su opinión en el final del artículo 194 que para la obtención de efectos legales, deben

³⁸ En el artículo 185, primer aparte, es condición negativa para que proceda la declaratoria de conversión de la separación de cuerpos en divorcio. El artículo 194 la considera como enervante del derecho de solicitar el divorcio o la separación contenciosa. En el artículo 823 es causa de restitución de los derechos sucesorios para los cónyuges que los habían perdido por la separación de cuerpos y de bienes basada en el mutuo consentimiento o contenciosa.

³⁹ LOPEZ HERRERA, op. cit., pp. 621-622.

los cónyuges ponerla en conocimiento del Tribunal que conozca o haya conocido de la causa⁴⁰. Pero ello tiene que entenderse en cuanto a los efectos contenidos en ese mismo artículo, o sea, para poner término al juicio de divorcio o separación estando pendientes o dejar sin efecto la ejecutoria en el juicio acabado de separación de cuerpos⁴¹. En los demás casos, la reconciliación se conserva como una situación de hecho y así lo ha establecido la jurisprudencia constante de la Corte Suprema de Justicia y de los Tribunales de la República, que han ahondado en la configuración de la reconciliación en hechos graves que denotan el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes conyugales y la diferenciación de tentativas de reconciliación. Planteada la reconciliación como cuestión de hecho, el juez debe abrir la articulación probatoria para que quien la alegó proceda a probar por todos los medios dirigidos al esclarecimiento de los hechos que quedan a la soberana apreciación de los Jueces de Instancia⁴².

Para concluir este capítulo nos referiremos al artículo 264 del Código Civil de 1982, primer aparte, sobre la guarda del menor cuando los padres están separados de hecho. Igualmente, la Ley Tutelar de Menores en la misma situación de los padres establece sobre el ejercicio dicha función familiar. Con lo que la situación de hecho es tenida en cuenta dentro del Derecho de Familia.⁴³

CAPITULO III LA POSESION DE ESTADO Y LA FILIACION

1.- *Posesión de estado y posesión*

Antigua noción, que los autores del siglo pasado consideraban ya “lenguaje de la escuela”. Los dos extremos que la forman -posesión y estado- evoca el

⁴⁰ LORETO, L.: “La conversión de la separación de cuerpos en divorcio”, en *Revista de Legislación*, Caracas, octubre 1960, Año XL, N° 593, pp. 135-146. En esos supuestos del artículo 194 reviste los caracteres de un acto de naturaleza formal y receptiva, de lo contrario no surtirá efectos, p. 142.

⁴¹ También cuando la separación ha sido decretada basada en el mutuo consentimiento. No obstante, suelen los cónyuges reconciliarse de hecho y mantienen formalmente la vigencia de la separación y si uno u otro no hacen oposición, en cualquier momento, cumplido el término del artículo 185 último aparte, solicitan y obtienen la conversión en divorcio.

⁴² Gr. Código Civil de Venezuela. Antecedentes. Comentarios, Caracas, 1976. Artículos 184 al 194, pp. 491 y 88, donde está resumida abundante jurisprudencia.

⁴³ SAN JUAN, Myriam: *Dinámica Jurídico-social del sistema de asignación y distribución de las potestades parentales*, Tesis doctoral, inédita, Caracas, 1987, p. 144, donde analiza los convenios de organización de las relaciones paterno-familiares a los que da cabida la legislación actual y las funciones del juez.

primero el término posesión, del tratado de bienes, donde es considerada como situación de hecho sustitutiva del derecho de propiedad. Y el término estado, posición en que se encuentra una persona en relación a restantes miembros de la comunidad, que en nuestro tema es la familiar.

Podemos deducir que, aplicar la posesión a una cosa incorporeal como lo es el estado, fue producto de una época, ciertamente no clásica del Derecho romano, sino extensión tardía.

No obstante, la asimilación entre posesión de bienes corporales y posesión de estado, en su actual tratamiento jurídico, no es completa, toda vez que permanecen diferencias irreductibles. En efecto, la posesión puede ser ejercida por quien es propietario o no. En el caso del no propietario, cumplido el tiempo de usucapión, puede adquirir la titularidad sobre el bien. La posesión de estado, como diremos más adelante, ni depende de un acto de voluntad de quien la detenta, ni tampoco, con el transcurso del tiempo podría llegar un sujeto a adquirir un estado que no le correspondiese. Depende, en cambio, de hechos externos a la voluntad del pretendiente y más que una función creadora de estado, la cumple de manifestación del estado ya existente. De allí que la trataremos como situación de hecho generadora de efectos en el sentido que expondremos de seguida.

2.- ¿Es posible definir la posesión de estado?

Cuando hemos señalado advierte sobre la dificultad que encontramos en los autores para la definición de la posesión de estado, describiéndola con elementos de la posesión o identificándola como una apariencia.

El profesor Aguilar Gorrondona la define así: “*La posesión de estado es la apariencia de ser titular o de tener un estado civil determinado, en gozar de las ventajas inherentes a dicho estado, así como en soportar los deberes que de él deriven*”⁴⁴, y el doctor López Herrera nos describe: “*Poseer un estado es comportarse como titular del mismo. Es una situación de hecho, una actitud que normalmente adopta el titular del estado, una apariencia que en general corresponde a la realidad jurídica pero que no necesariamente tiene que serlo, pues puede haber fraude o usurpación en dicha posesión. De acuerdo con lo*

⁴⁴ AGUILAR GORRONDONA, J.L.: **Derecho Civil I, Personas**, Caracas, 1985; también LOPEZ HERRERA, F.: **Anotaciones sobre Derecho de Familia**.

indicado, la posesión de estado familiar consiste en gozar del título y de los derechos inherentes a ese estado y, al propio tiempo, soportar los deberes relativos al mismo”.

Hemos destacado la palabra *apariencia* que utilizan ambos autores patrios en sus definiciones, coincidiendo en enmarcar la posesión de estado dentro de la teoría de la apariencia y ello se confirma cuando Aguilar, al caracterizarla, enumera Ord. 8º “... proteger a los terceros que confiados en la apariencia han establecido relaciones con el poseedor en la creencia de que es el verdadero titular del derecho”, y López Herrera, al admitir que “en general corresponde (la P de E) a la realidad jurídica, pero que no necesariamente tiene que serlo, pues puede haber fraude o usurpación de dicha posesión”. Ahora bien, dentro del sistema jurídico conceptual venezolano la apariencia cubre un acto que es o se reputa falso o se refiere a la falta de legitimación para actuar como elemento último y determinativo de la capacidad de obrar. Consiste, entonces, en la no idoneidad de una persona para realizar un acto jurídico eficaz, frecuentemente, un acto de disposición. Por eso, el ordenamiento jurídico (Art. 1.001, referido al heredero aparente) al concederle efectos válidos al acto realizado por quien no estaba legitimado para ello, lo que hace es proteger a los terceros que han participado en él. Es el error y la buena fe de los terceros lo que está a la base de la apariencia generadora de efectos. Además del favorecimiento del tráfico de bienes. Si aplicamos el esquema expuesto, es concluyente que la posesión de estado no puede ubicarse dentro de la teoría de la apariencia, ya que tal situación de hecho, a quien directa, si no únicamente, aprovecha es al propio pretendiente.

Por otra parte, tal como la presentamos, la posesión de estado no tiene valor en sí misma, sino a través del control judicial inducido por la Ley. Será el juez el encargado de desechar todo fraude o usurpación que, de llegarlos a detectar, no sería posesión de estado, ni podría declararla tal.

Ante las dificultades de definición frecuentemente se limitaba la doctrina antigua a aceptarla como situación de hecho, enraizada en la vida y a anotar su relevancia⁴⁵.

⁴⁵ Así, VELEZ SARSFIELD, redactor principal del Código Civil argentino, en la nota al artículo 325 del mismo anota: “La posesión de estado vale más que el título. El título, la escritura pública, el asiento parroquial, la confesión judicial, son cosas de un momento, un reconocimiento instantáneo, mas la posesión de estado, los

Los textos legales se han concretado, al admitirla, a desarrollar de forma indicativa, hechos que corresponden al tríptico tradicional, *nomen tractatus et fama*. Así, el Código Napoleón de 1804⁴⁶.

García Goyena, fue redactor del proyecto de Código Civil español de 1852 que tanta influencia ejerció en la América española y que, dada la semejanza de redacción constante de los artículos que la han consagrado en el Código Civil venezolano, hace presumir que ha sido mediante ese proyecto como fue transferida la posesión de estado a partir del Código Napoleónico.

Se expresa así el artículo 110 del citado proyecto:

*La posesión de estado de hijo legítimo se acredita por una reunión de circunstancias que concurren a probarla, tales como el uso constante del apellido del padre con anuencia de éste y el trato que como tal hijo ha recibido de su padre, de su familia y del público*⁴⁷.

3. Antecedentes del régimen de la posesión de estado en la codificación venezolana

Desde el Código Civil de 1862 la posesión de estado entró a la historia del Derecho venezolano como prueba de la filiación legítima y así ha permanecido hasta el Código Civil reformado en 1982 con las diferencias impuestas

hechos que la constituyen, son un reconocimiento continuo, perseverante, de muchos y variados actos de todos los días, de todos los instantes... es la prueba viva, animada, la prueba que se ve, que se toca, que marcha, que habla; la palabra de carne y hueso. Couture, resumirá que la posesión de estado no es una solemnidad que pueda condensarse en un conjunto necesario de elementos.

⁴⁶ Code Civil de 1804, Artº 319, 320 y 321. Codice Civile italiano de 1865, Artº 170 al 172.

⁴⁷ GARCIA GOYENA, F.: "Concordancias y Comentarios del Código Civil Español", reimpresión de la edición original de Madrid 1852, Zaragoza 1974. En su comentario, que aclara el sentido que tenía la posesión de estado añade: "*Reunión de circunstancias*". Ya he dicho que la posesión no resulta de un solo hecho y aislado, pero es tan poco probable que se reúnan todas las circunstancias o hechos propuestos por vía de ejemplo en el artículo. Antes bien, es evidente que hay entre ellos algunos que siendo continuos y manifiestos, puedan por si solos completar la demostración sin auxilio de ningún otro. "*tales como*". Estas palabras dan a entender claramente que las circunstancias o hechos del artículo se proponen como ejemplos y para ilustrar el ánimo del juez, no taxativamente y para hacer pender de ellos sólo la prueba de la posesión de estado: en toda la materia de este artículo se deja, y no podía menos que dejarse, la conveniente latitud al arbitrio judicial. Y para probar por testigos la posesión de estado no es necesario que haya un principio de prueba por escrito, pues el artículo 112 que requiere estas circunstancias habla precisamente del caso de no probarse la filiación por la partida de bautismo o por la posesión de estado.

formalmente por los cambios de redacción y la enumeración del articulado. En el Código Civil de 1916 se introdujo una variante sustancial de gran importancia social. Hasta entonces, la posesión de estado había servido como prueba supletoria o subsidiaria de la filiación legítima. El Código de 1916, además de esa utilización tradicional (artículo 222) anexó en el artículo 230 la prueba de la filiación natural respecto del padre o de la madre, cuando existiera un conjunto de hechos y el uso constante y permitido del apellido del padre o de la madre, “que indiquen una relación cierta de filiación entre el hijo y las personas que pretende sean su padre o su madre”⁴⁸.

4. *El Código Civil de 1942*

El Código último derogado recogió la regulación tradicional de la posesión de estado como prueba subsidiaria de la filiación legítima (artículo 206). Congruente con la valoración de la cualidad de legítimo que informaba la ideología de esa legislación, ante la conformidad entre partida de nacimiento y posesión de estado, nadie podía reclamar ni ser impugnado en su condición de legítimo, incompatible con otra filiación (artículo 207).

Además, la posesión de estado coincidente con el acta de nacimiento hacía inimpugnable la legitimidad de los hijos, aun faltando la prueba de la celebración de matrimonio de los padres cuando éstos se encontraren fallecidos o imposibilitados de manifestar su voluntad (artículo 211).

⁴⁸ El Código Civil de 1862, Libro I, Título X, Ley única, artículo 8º al 10º, establecía: Artº 8: “*La posesión notoria del estado de hijo legítimo consiste en el uso constante del apellido del padre, en que sus padres le han tratado como tal, proveyendo a su educación y establecimiento y presentándole en ese carácter a sus deudos y amigos y en que éstos y el vecindario de su domicilio en general, le han reputado y reconocido como hijo legítimo de tales padres*”. Artº 9: “*Para que la posesión notoria del estado civil se reciba como prueba del estado civil, ha de haber durado diez años continuos por lo menos*”. El requisito de la continuidad en el término de diez años fue suprimido en las siguientes reproducciones codiciales: CCV 1867: Arts. 123 y 124; CCV 1896: Artº 198. En el CCV 1904, se añadió a la redacción que hasta entonces había permanecido idéntica la palabra “constante” que apareció en el Código Civil de 1862, probablemente tomada del Código francés. El artículo 222 del Código Civil de 1916 condensó en un solo artículo la prueba de filiación legítima por el acta de nacimiento y, en su defecto, por la posesión de estado con la descripción y enunciación de hechos configurantes. Es en el artículo 230 del mismo Código donde se instituye la posesión de estado como prueba autónoma de la filiación natural materna o paterna; el CCV 1922, conservó la diferenciación del establecimiento de ambas filiaciones, pero restringió el Artº 230 a la sola prueba de la filiación natural materna o uterina.

En el tratamiento desigual de la filiación, la posesión de estado de hijo junto al reconocimiento daba la posibilidad al autor del reconocimiento del hijo muerto de convertirse en su heredero (artículo 215).

Para reclamar judicialmente el establecimiento de la filiación paterna o materna cuando uno o la otra hubiesen muerto, se requería alegar como fundamento la posesión de estado (artículo 218, 1^a parte).

5. Naturaleza jurídica de la posesión de estado en el Código Civil de 1982

De la descripción contenida en los textos legales y el aporte de la doctrina, la posesión de estado se configura como una reunión de hechos o circunstancias de los que, una vez comprobados, la ley induce el establecimiento de la filiación. Estos datos, hechos conocidos y comprobados -interferencia de hecho desconocido- hace de la posesión de estado una presunción legal dentro de la categorización jurídica. Pero no se trata de presunción legal ordinaria, porque, mientras en las presunciones *ex lege*, corrientemente el juez limita su actividad a la constatación -prueba en el sentido subjetivo- de los hechos, según las probaciones aportadas por los interesados y aplicar, en consecuencia, los efectos previstos en la ley; tratándose de la posesión de estado se le exige una mayor actividad y control sobre los hechos aducidos y probados. Esto es, según los criterios adquiridos por la experiencia y mediante la lógica empírica, debe también valorar esos hechos en el sentido de que sean lo suficientemente significativos como para ser reputados manifestaciones habituales del vínculo filial. Atendamos al dictado del artículo 214 del Código vigente:

“La posesión de estado de hijo se establece por la existencia suficiente de hechos que indiquen normalmente las relaciones de filiación y parentesco de un individuo con las personas que se señalan como sus progenitores y la familia a la que dice pertenecer” (Destacado nuestro).

Confirma el anterior razonamiento lo dispuesto en el artículo 505 del mismo Código, referido a los casos en los que la posesión de estado puede suplir el acta de nacimiento que falta por pérdida, destrucción u otra circunstancia de los Registros (Artº 458 eiusdem). Pues bien, el citado artículo 505 exige que los hechos alegados sean suficientes para “demostrar una indubitable posesión de estado”. La expresión *indubitable* está dirigida al juez porque señala el proceso

cognoscitivo, la adherencia intelectual a la verdad, aparte de que le impone que debe descartar toda duda razonable. Ambas expresiones “hechos que indiquen normalmente las relaciones de filiación” empleada en el artículo 214, así como la calificación de “indubitable posesión de estado” del artículo 505, nos indican que además de presunción legal, la posesión de estado participa de características que la hacen presunción judicial. Y, por lo tanto, está sometida a las admoniciones con que la ley previene la actividad del juez: no puede extraer las presunciones sino cuando resulten “graves, precisas y concordantes”, tal como está establecido en el artículo 1.399 del Código Civil para las presunciones *hominis vel iudicis*.

6. La posesión de estado y su control judicial

De cuanto hemos afirmado es forzoso concluir que la posesión de estado requiere ser controlada mediante intervención judicial. No quiere decir esto que siempre se requerirá un proceso especialmente dirigido a ello⁴⁹.

El citado artículo 505 que hemos venido comentando advierte que en el juicio *ad hoc*, al faltar el Registro, es dentro del lapso probatorio cuando se deben acreditar los hechos constitutivos de la posesión de estado y advierte expresamente que no servirá a colmar la falta de registro la presentación de un justificativo de testigos.

Los juzgadores de instancia tendrán plena facultad para acoger los hechos, sin necesidad de ceñirse a la enumeración contenida en el aparte del artículo 214 por el carácter enunciativo del mismo.

Podrán también rechazar, a su arbitrio, aquellos hechos que no consideren pertinentes o que no logren construir su convicción, pues está entregada a su actividad personal la declaratoria de que esos hechos configuran posesión de estado de donde inferir una cuestión tan grave y de interés público y social como es la filiación.

Cumplida esta instrucción y declarada tal en la sentencia que la contenga, será título inscribible y tendrá además un valor más pleno que la sola acta de nacimiento, en cuanto que servirá para probar además la identidad del reclamante.

⁴⁹ Al referirnos a la función probatoria de la posesión de estado volveremos sobre el punto. Las observaciones aquí contenidas se refieren a la posesión de estado sustitutiva del título de estado.

7. La posesión de estado en la determinación y prueba de la filiación

El Código Civil de 1982, distingue entre determinación y prueba de la filiación y aun en ésta discrimina la filiación materna de la paterna⁵⁰. Determinación equivale a establecimiento de los elementos integrativos de la filiación⁵¹, de manera que se hagan hechos constatables *erga omnes* de modo directo e inmediato⁵². La prueba, o mejor, los medios de prueba son los instrumentos idóneos para demostrar y constatar la filiación, por cuanto el interés público y social exige que el estado civil sea conocido por todos y no se descarta el que exista interés particular en personas a quienes debe ser posible tener acceso o constancia de dicho estado, para admitirlo o impugnarlo.

7.1. Filiación materna

El artículo 197 admite el Registro Civil como prueba primaria de la filiación. Las actas del estado civil son los medios de prueba y publicidad comúnmente aceptados en los países modernos por las ventajas que ofrecen y la garantía que les presta el ordenamiento, como títulos idóneos del estado⁵³.

El artículo 198 *eiusdem*, referido a la filiación materna, coloca a la posesión de estado en función probatoria de la filiación, que es la que nos interesa tratar.

Debemos observar que la posesión de estado, contrario a lo que acontece con el acta de nacimiento, no puede operar por sí misma, ni para determinar, ni para

⁵⁰ Por el principio de la unidad o igualdad de la filiación acogido en la Reforma, se abandonó, no sólo la adjetivación legítima o natural, sino también el tratamiento por títulos separados de una y otra filiación.

⁵¹ Toda filiación se integra por: a) El elemento maternidad; b) El elemento paternidad. Ambos elementos son el resultado de: a) Parto, hecho cierto, captable por los sentidos y b) La concepción, hecho incierto.

⁵² La redacción de los artículos referidos a la posesión de estado, siguiendo al Proyecto García Goyena, la tratan como una resultante. Así desde el Código de 1867 hasta el anterior de 1942 se utilizaban expresiones como las siguientes: "la posesión de estado se acredita", "la posesión de estado resulta". El artículo 505 del vigente Código exige que la posesión de estado, en caso de pérdida o deterioro de los Registros (artículo 458 *eiusdem*) "debe acreditarse" sin que baste para ello un justificativo extrajudicial.

⁵³ Las actas de registro del estado civil (Título XIII del Libro I, artículos 445-523) son documentos públicos dotados de una particular fuerza probatoria, sólo impugnables, en principio, por la tacha o falsedad, causales contenidas en el Artº 1.380 del Código Civil, y según el procedimiento contenido en el Código de Procedimiento Civil, Artº 438 al 442. No obstante, el Código en su Artº 457 restringe el carácter de auténticos a los actos presenciados por la autoridad. Además puede impugnarse el estado familiar de la persona por las acciones tendientes a desvirtuar la atribución legal de paternidad, si el hijo ha nacido de matrimonio (acciones de desconocimiento o de simple denegación) y también por la impugnación o nulidad del reconocimiento.

probar la filiación. Esto lo deducimos de su propia estructura: la posesión de estado consiste en hechos, circunstancias que necesitan ellos mismos ser probados o acreditados. En otras palabras, la serie o reunión de hechos alegados, servirán de base para determinar la filiación, pero en sí mismos no podrían acceder al Registro Civil porque necesitan previamente constituirse en título inscribible y ello sólo será posible cuando sean declarados tales en una sentencia⁵⁴.

Esto refuerza nuestra demostración de que la posesión de estado no es una prueba extrajudicial de la filiación materna, aunque la redacción del artículo 198 y su colocación, podría inducir a esa interpretación que consideramos errónea.

7.2. Filiación paterna

En cuanto a la determinación y prueba de la filiación paterna de los hijos concebidos y nacidos fuera del matrimonio, no cabe duda de que cuando no haya habido establecimiento voluntario, la posesión de estado es prueba suficiente en el establecimiento judicial, sin que haya necesidad de recurrir a la alegación de otros hechos, artículo 210, primer aparte del Código Civil vigente.

Debemos advertir que tratándose de una verdadera acción de estado deberán cumplirse todos los trámites pautados en el artículo 507 del Código Civil, pues se trataría de una investigación de paternidad y para que la sentencia definitiva adquiera efectos absolutos, *erga omnes* como título de estado.

8. Posesión de estado y conflicto de filiaciones

8.1. La norma del artículo 233

Cuestión novedosa para nuestro medio es la que ha introducido el artículo 233 del Código Civil de 1982, al establecer:

Artículo 233: Los tribunales decidirán en los conflictos de filiación por todos los medios de prueba establecidos, la filiación que les parezca más verosímil, en atención a la posesión de estado.

⁵⁴ TORRES RIVERO, A.L.: **Pruebas de Estado de Derecho de Familia III**, pp. 42 y ss. LORETO, Luis: "La sentencia de declaración simple o de mera certeza", en **Ensayos Jurídicos**, Cáracas, 1987, p. 341.

8.2. Fuente probable

El antecedente próximo a esa disposición lo tenemos en el actual artículo 311-12 del Código francés que incorporó la más moderna legislación (03-01-1972) sobre filiación⁵⁵.

8.3. Noción y clasificación de los conflictos

La noción y clasificación de los conflictos era manejada por la jurisprudencia y doctrina francesas desde largo tiempo⁵⁶. Su solución, antes de la reforma, debía encontrarla el juez aplicando la prelación concedida por el Código francés a la filiación legítima sobre los otros tipos de filiación. Lógicamente, con la admisión de la igualdad de efectos reconocida a cualquier clase de filiación, ya ese criterio está desprovisto de fundamento. Otros criterios utilizados eran, primero hacer prevalecer la voluntad de la ley, cuando el conflicto proviniese de un atentado contra una regla expresa. Actualmente, tal solución pugnaría contra otro principio admitido, el de la verdad de la filiación. Y por último, todavía dentro del ámbito francés, la aplicación del principio cronológico (*prius ion tempore potius in iure*) mediante el cual el primer establecimiento de filiación tendría prioridad y validez sobre los demás.

8.4. Hipótesis venezolanas de conflictos

Aunque a primera vista parecería que dado el papel preventivo otorgado a la ley, no deberían producirse conflictos por cuanto los textos legales dispondrían, en reglas precisas, la atribución y determinación de la filiación; sin embargo, el

⁵⁵ Code Civil Français: "Les Tribunaux régissent les conflits de filiation pour lesquels la loi n'a pas fixé d'autre principe, en déterminant par tous les moyens de preuve la filiation la plus vraisemblable. A défaut d'éléments suffisants de conviction ils ont regard à la possession d'état."

El artículo venezolano transfirió, con la sola exclusión de lo que hemos subrayado, el texto francés que constituye la decisión judicial del conflicto a aquellos conflictos para los cuales la ley no haya fijado otro principio de solución.

⁵⁶ Los tratadistas franceses se referían a los conflictos en la siguiente tipología: a) El presentado por el segundo matrimonio prematuro de la madre; esto es, sin esperar el vencimiento de los diez meses después de la disolución del matrimonio anterior; b) Bigamia de la madre; c) Reconocimiento y legitimación de hijo nacido antes de los 300 días después de la disolución del matrimonio; d) Conflicto entre la legitimidad y la legitimación que resulta del matrimonio de la mujer encinta; e) Reconocimiento de un hijo natural que ya había sido reconocido por otro padre.

surgimiento de conflictos de filiación no es algo que podríamos considerar excepcional en nuestro medio, y a esa frecuencia concurren, tanto las mismas concepciones legales (atribución de paternidad por presunción en la filiación paterna matrimonial) como los comportamientos humanos dentro de la sociedad contemporánea.

Dejando de lado aquellos conflictos que podíamos tener como clásicos, elaborados por la jurisprudencia y doctrina francesas, encontramos fundamentalmente las siguientes clases de conflictos de filiación:

1) El primero acontece cuando una mujer casada tiene un hijo que es reconocido por un hombre, lógicamente distinto de su esposo, sin mencionar el nombre de la madre. Esto es posible porque lo permite el artículo 468, exponiendo simplemente que le está prohibida esa mención.

El reconocimiento, aparentemente es válido. La dificultad surgiría cuando se tratase de establecer la filiación materna. Estando la mujer casada al momento de la concepción del hijo, opera entonces la presunción *pater est* que va a designar legalmente como padre del hijo al marido de la madre.

2) Un segundo caso viene dado cuando la mujer casada presenta su hijo como si proviniera de unión no matrimonial. Esto sucede corrientemente por la forma de llevar el Registro Civil; presenta la madre su cédula y se consigna su estado civil de casada. El conflicto se ofrecerá al momento de solicitar el hijo la expedición de la cédula de identidad, casi siempre cuando tiene siete años, como una exigencia para la inscripción en los centros de educación. El órgano administrativo *ratione legis* lo ubica en la filiación paterna del marido de la madre por aplicación de la presunción del artículo 201 del Código Civil.

3) Un tercer caso lo ofrecen dos reconocimientos de filiación concernientes al mismo hijo. Como no hay ningún texto que prohíba que se reconozca a un hijo que ya había sido reconocido por otro padre⁵⁷ es susceptible de que suceda por la falta de unificación del Registro Civil.

⁵⁷ Con anterioridad a la reforma conocimos un caso en el que el conviviente con la madre del hijo había reconocido a este último y presentado como propio. Repetimos, por la imperfección del Registro Civil y su falta de unicidad. Al cesar el segundo concubinato y reconciliada la madre con el anterior concubino y padre verdadero, se suscitaba la cuestión, por el Código de 1942, de la patria potestad.

8.5. Competencia de los tribunales

El conflicto de filiaciones viene a ser un tipo especial de las acciones relativas a la filiación que el artículo 231 del Código Civil reformado reserva a los Jueces de Primera Instancia en lo Civil, que conozcan de los asuntos relativos a los derechos de familia.

El procedimiento es el del juicio ordinario con las reglas que establece el Título V de la filiación, aunque no creemos que deberán cumplirse las formalidades de publicidad previa y posterior que impone el artículo 507 del Código Civil, pues no se trata de verdadera acción de estado.

8.6. Solución de conflicto de filiaciones

Tanta antigüedad como la sabiduría de Salomón tienen los conflictos de filiación. Y así como el rey hebreo utilizó “el corazón que entendió para juzgar”⁵⁸, actualmente se exige esa misma confluencia de conocimientos y afectos que forman la sabiduría práctica para resolver los conflictos de filiación que son complejos, pues no se trata simplemente de aplicar reglas de derecho o artículos de ley. Los graves problemas humanos que acarrea, tanto el desarrollo del proceso para resolver el conflicto como el resultado del mismo, cuando se trate de trasplantar al hijo desde una familia a la cual está ligado por vínculos afectivos, usos, etc., a otro medio al que no está habituado con las lógicas consecuencias negativas para su psiquismo.

Por eso, la posesión de estado juega papel importante como fiel de la balanza en la formación de la convicción moral del juez como rectora de la certeza que debe inquirir por todos los medios de prueba (Artº 233).

La verdad de la filiación, la correspondencia entre verdad material y biológica con la verdad legal debe ser la clave de solución. La jerarquía de filiaciones (legítima sobre la natural) consagrada por los códigos anteriores se justificaba

⁵⁸ El juicio de Salomón es narrado en el Libro de los Reyes, Capítulo 3, versos 16 al 28. Salomón había pedido a Yahvé una sabiduría práctica para gobernar a su pueblo “un corazón que entienda para juzgar”. (Reyes 3,9) **Biblia de Jerusalén**, Bruselas, 1962.

por la mejor condición jurídica que comportaba⁵⁹. En la actualidad no encuentra justificación.

Como nos referimos anteriormente, el legislador venezolano, aun después de la reforma, no ha dejado de considerar la legitimidad como un beneficio del que no se debe privar al hijo, sino en última e imprescindible instancia. No se explica de otra forma que, habiendo suprimido la desigualdad de efectos jurídicos, pueda importar aún, ni mucho menos mantenerlo en el cuerpo legal cierta valoración social de un tipo de hijos sobre otros.

También en los conflictos de filiación es preponderante el interés del hijo. Los juicios que comentaremos en el aparte siguiente dan impresión de ser “reivindicaciones” del hijo “objeto” o instrumentos de venganza, “conflicto de pasiones” y no procesos para dejar establecida la verdad de la filiación.

El artículo 230 da las directrices que deben tenerse en cuenta:

1) Cuando hay conformidad entre la filiación que aparece de la partida de nacimiento y la posesión de estado no se puede reclamar una filiación, distinta de la que atribuye la partida de nacimiento. Efecto corroborante de la filiación determinada en el acta del estado civil.

2) Aun cuando exista conformidad, se puede reclamar una filiación distinta de la atribuida en el acta de nacimiento cuando ésta haya sido la consecuencia de una suposición o sustitución de parto o cuando el hijo fue inscrito bajo falsos apellidos o como nacido de padres inciertos, aun cuando este último caso de la incertidumbre de la filiación, no entendemos como puede haber posesión de estado que según hemos visto son actos referidos a personas determinadas.

8.7. El artículo 225 del Código Civil: ¿Un principio de solución?

El dispositivo del artículo 225 del Código reformado faculta el reconocimiento voluntario del hijo concebido durante el matrimonio disuelto con fundamento en

⁵⁹ El Código Civil de 1942 en materia de obligación alimentaria y en concurrencia de hijos legítimos e ilegítimos establecía un derecho preferente del legítimo que privaba sobre el derecho del ilegítimo (Artº 294) y en la sucesión paterna causada en la ley, la participación del hijo natural o de sus descendientes por representación era de la mitad de la cuota que correspondía al hijo legítimo o sus descendientes (Artº 823). Ambas disposiciones fueron eliminadas, estableciéndose la igualdad de efectos jurídicos.

el artículo 185-A; esto es, el divorcio por ruptura prolongada de la vida en común, cuando el período de la concepción coincide con el lapso de la separación que haya dado lugar al divorcio.

Como nos referimos en otra anterior ocasión⁶⁰, el hijo concebido en ese lapso de separación de hecho, también estaba amparado por las presunciones y atribución legal de paternidad en el marido. No obstante, el Código no ha sujetado el establecimiento voluntario al desconocimiento judicial previo.⁶¹

Y aunque el legislador se ha referido solamente al reconocimiento, no existe objeción para extender la posibilidad al establecimiento judicial de la filiación⁶² y también en cualquier otro caso cuando haya cesado el obstáculo del matrimonio de la madre por cuanto lo importante, social y jurídicamente, es la verdad de la filiación, sólo que la intención del legislador, captada mediante interpretación integrativa, es más extensa de lo que efectivamente quedó plasmado en el citado artículo 225⁶³.

8.8. Análisis de sentencias

8.8.1. Sentencia del Juzgado Séptimo de Primera Instancia en lo Civil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda de fecha 12-07-1985. Exp. N°

Hechos: El 11-10-1984 N.M.V. de M. demanda por inquisición de paternidad a P.M.A. quien es en ese momento su cónyuge, en relación a una hija, M.E. habida con anterioridad a su matrimonio en tiempo en que N.M.V. de M. estaba casada

⁶⁰ RAMOS, César J.: "Unidad y verdad de la filiación". *Revista del Derecho Privado*, año 1, N° 1, Caracas, enero-marzo 1983, pp. 113 - 143; p. 139.

⁶¹ TORRES RIVERO, A.L.: *Mis comentarios y reparos a la Reforma del Código Civil en 1982*, vol. II, Caracas, 1984, p. 66. Señala el artículo 225 como heterodoxo y herético.

⁶² Gr. Sentencia del Juzgado Superior Quinto en lo Civil y Mercantil del Distrito Federal y Estado Miranda de fecha 10-03-86, Expediente 5339, donde se declaró con lugar, revocando la decisión de primera instancia, el establecimiento judicial de filiación de una hija concebida con un tercero cuando la madre estaba casada y luego de la disolución por conversión de la separación en divorcio.

⁶³ REINA DE ROCHE, C.L., señala gráficamente que el Derecho no hace milagros y añade que para lograr los objetivos propuestos deben plantearse las cuestiones siguientes: a) ¿Esas leyes son conocidas por quienes deben cumplirlas? b) ¿Es posible ese conocimiento y cumplimiento? c) ¿Se dan los medios y recursos para hacer efectivo el cumplimiento? d) ¿Presupuesto el cumplimiento, se han logrado los propósitos perseguidos por los legisladores?

con J.W.S. (matrimonio que fue disuelto por conversión de la separación en divorcio) y presentada como hija de N.M.V. y J.W.S.

P.M.A., demandado, concurre al Tribunal el 31-1-85 y declara "reconozco en este acto que la menor M.E. es mi hija".

Citado el anterior esposo J.W.S. sostiene su derecho como padre legítimo (sic) y rechaza la acción propuesta.

Argumentos: Considera el Tribunal que no puede ser la acción intentada la forma de destruir la presunción legal establecida en el artículo 201 del Código Civil que "... El marido se tiene como padre del hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos (300) días siguientes a su disolución o anulación..."; dado que de esa forma y en los términos en que el juicio se intentó, no puede prosperar por cuanto la acción correspondiente que la madre puede ejercer contra el que por imperio de la Ley se considera padre legítimo (sic) del hijo legítimo (sic) que ha habido en el matrimonio con fundamento a lo dispuesto en el artículo 201 antes transcrita es la Impugnación de paternidad (destacado nuestro).

Decisión: La acción fue declarada sin lugar.

Comentario: Acierta el Tribunal al afirmar que no era la acción que se ha debido intentar. Pero no le asiste la verdad cuando considera que "la acción que la madre puede ejercer para destruir la presunción" es la impugnación de paternidad. En el sistema del Código es el padre o sus herederos quienes pueden ejercer las acciones de desconocimiento -única forma de destruir la presunción- y en los casos descritos en los artículos 201 al 212 del Código Civil. Nunca lo puede hacer la madre.

En el caso se presentó un conflicto de filiaciones: a) La menor M.E. tenía la filiación como hija nacida de matrimonio y ello constaba en la partida de nacimiento; b) Al concurrir P.M.A. y declarar que reconocía a la menor M.E. y que se le tenga como padre, estableció la filiación paterna en forma voluntaria y en acto público (artículo 217 y 237 del Código).

Falta analizar si la menor M.E. tenía posesión de estado de hija de J.W.S. conforme con la partida de nacimiento, porque en ese caso, según el artículo 230, no era

posible establecer una filiación distinta. El mismo artículo 233 impone al juez tener en cuenta la posesión de estado para resolver el conflicto.

Pero, en cambio, probada en autos mediante las deposiciones de tres testigos que la menor M.E. tenía posesión de estado de hija de P.M.A., además de las conclusiones de los exámenes heredobiológicos, el juez contaba con suficientes elementos para obtener una certeza sobre la filiación.

La parte actora hubiera podido escoger otra vía que no era la de la investigación de paternidad, sino la de reclamación de estado, siempre apoyándose en la posesión de estado y cuando la menor M.E. no tuviera posesión de estado conforme con la partida de nacimiento (artículo 230).

Por apelación de la sentencia del 12-07-1985 subió el expediente a conocimiento del Juzgado Superior Quinto en lo Civil y Mercantil de la misma Circunscripción Judicial, quien dictó sentencia el 10-03-1986, revocando la decisión del Tribunal *a quo*.

Argumentos del Tribunal de Segunda Instancia: “La presunción de paternidad legítima afecta al marido único legitimado para demandar por impugnación de paternidad al hijo y a la madre. Pero, en el Código Civil vigente, está atenuado el efecto de esta presunción al permitir el artículo 225 el reconocimiento voluntario del hijo concebido durante el matrimonio disuelto con fundamento en el artículo 185-A, cuando el período de la concepción coincida con el lapso de la separación que haya dado lugar al divorcio, por lo que también puede ser judicialmente establecida la filiación, mediante la acción de inquisición de paternidad que ejerza la madre, en representación del hijo contra el tercero a quien atribuya ser el padre. Si se permitiera al ex marido que invocara dicha presunción para enervar la pretensión de la madre, se le estaría atribuyendo un efecto *iuris et de iure* que no tiene y cercenando al hijo el derecho constitucionalmente garantizado de conocer a sus padres; esto es, saber quiénes son sus progenitores”.

8.8.2. Sentencia del Juzgado Quinto de Primera Instancia en lo Civil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda de fecha 16-02-1987, Expediente 868770.

M.Z.G.J. demanda por impugnación de reconocimiento a su cónyuge J.B.C.L., del cual se encontraba separada legalmente de cuerpos y bienes, quien había presentado el 06-09-1984 a la menor Alejandra, nacida durante la separación, como hija, suya y de su demandante, ante la Primera autoridad del Municipio Baruta.

El primer comentario es sobre la tipificación de la acción que la demandante asistida por su abogado denomina Impugnación de Reconocimiento. El reconocimiento es el establecimiento voluntario de la filiación extramatrimonial (artículos 217 al 225 del Código Civil de 1982). En el caso, J.B.C.L. al presentar a la hija de su cónyuge (estaban separados legalmente) lo que hizo fue admitir la paternidad que presuntamente le atribuía el artículo 200 del Código Civil. Ese acto de J.B.C.L. le quitaba la posibilidad aun de accionar por desconocimiento.

Segundo: La demanda fue admitida, no obstante ser contraria a derecho y declarada con lugar la “impugnación de reconocimiento”.

Argumentos del Tribunal: El Tribunal, en la sentencia de 16-02-87 observa (copiamos textualmente): “*El juzgador está consciente que todo hijo habido dentro del matrimonio se tiene como hijo legítimo*” (sic).

(La sentencia, repetimos, es del año 1987 y la reforma de 1982 donde se eliminó la distinción de filiaciones y hasta la nomenclatura “legítimos”, “naturales”).

Continúa la sentencia: pero la Ley da un margen a esta situación en su artículo 221 del Código Civil el cual dice: “... *El reconocimiento es declarativo de filiación y no puede revocarse, pero podrá impugnarse por el hijo y por quien tenga interés legítimo en ello*”.

(Ya advertimos que J.B.C.L. no hizo reconocimiento, sino admisión de paternidad) y añade: “*quien trata de impugnar el reconocimiento es la madre, alegando que para el momento de la concepción, estaba separada de su esposo y esto es ratificado y aceptado por el demandado, quien manifestó que en verdad se encontraban separados y él no vivía con ella ni tenía acceso a la vivienda conyugal*” (sic), que si bien presentó a la niña fue porque le dijeron que tenía que presentarla a pesar de no ser su hija, porque estaba dentro del matrimonio, manifestación esta que, aunada a las declaraciones rendidas por los testigos

promovidos a tal efecto, llevan al sentenciador a la conclusión de dictaminar que en realidad se encuentran llenos los extremos exigidos por la ley para que proceda la impugnación del reconocimiento demandado y así se decide”.

Los exabruptos jurídicos son evidentes. La admisión de paternidad hecha por el marido al presentar a la hija dos días después de su nacimiento, constituía un óbice aun a su posible desconocimiento. La salida dentro de un conflicto de paternidad estaría en que la hija no tendría la conformidad entre la partida de nacimiento y la posesión de estado, porque la presentación, a dos días de nacida, pudiera atribuirse a ligereza, si no a venganza del marido de la madre, que por presunción *hominis* el juez podría recabar de las actas del proceso (en efecto, el mismo marido reconoció que “a pesar de que M.Z.G.Z. era su esposa, se encontraban separados y no convivían porque él se había ido de la casa, que efectuó esa presentación a pesar de que la niña no era de él, porque fue aconsejado a hacerlo ya que le dijeron que estaba dentro del matrimonio, pero que la realidad es la que ha contado”.

En el caso, si la hija se le hubiera establecido otra filiación paterna por el padre biológico, se estaría en un conflicto de filiaciones.

8.8.3. Sentencia del Juzgado Cuarto de Primera Instancia en lo Civil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda de fecha 10-06-1985. Expediente N° 6718.

Causa: Impugnación de Paternidad.

Hechos: P.M.S.M. demanda la impugnación de reconocimiento que hiciera C.A.G. de su menor hija D.A., nacida el 4-9-1983 y como presentante en la partida de nacimiento N° 1.500 ante la Prefectura del Distrito Guaicaipuro del Estado Miranda en fecha 17-11-1983.

Al acto de contestación de la demanda no concurrió ni el padre demandado ni la Procuradora de Menores que había sido nombrada *tutor ad hoc*. El Tribunal consideró contradicha la demanda.

Sólo la actora promovió pruebas que consistieron en las testimoniales de Z.M.H. y A.P.C. quienes declararon: Sí saben y les consta que **el padre de la menor no es el ciudadano C.A.G.**; que sí saben y les consta que durante el período del

embarazo y posteriormente al nacimiento de la menor el ciudadano C.A.G. jamás visitó la casa en donde la solicitante habitaba con sus padres”, que todo lo alegado anteriormente es cierto por haberse **encontrado presente en los hechos(!)**. Copiado textualmente de la sentencia (destacado nuestro).

Argumento del Tribunal: “De las declaraciones rendidas por los testigos anteriormente mencionados, se evidencia que el ciudadano C.A.G. no es el padre de la menor D.A.”.

Se declara con lugar la acción de impugnación de paternidad natural (sic).

Comentario. El reconocimiento, que es declarativo de filiación puede ser impugnado por el hijo o por quien quiera que tenga interés legítimo en ello. En la causa concreta lo hace la madre.

Teóricamente podemos estructurar las causas de nulidad e ineficacia del reconocimiento así:

- a) Nulidad por falta de aptitud (incapacidad del autor del reconocimiento). En Venezuela se reconoce plena capacidad al mayor de dieciséis años y aún antes de cumplir esa edad el menor de dieciséis años tiene capacidad cuando actúa con autorización de su representante legal y en su defecto con la del juez competente (artículo 222 del Código Civil).
- b) Nulidad fundada en la inexactitud del reconocimiento por no obedecer a la realidad, es decir, que el reconociente, padre o madre, no es en verdad el autor de la procreación.
- c) Nulidad basada en la falta de aptitud del reconocido para serlo en aplicación de la llamada incompatibilidad de estados o filiaciones. Por ejemplo: reconocimiento a patre de un hijo que el reconociente reputa como suyo, pero que lo es también de mujer casada, por lo que el hijo está amparado con la presunción de paternidad del marido de la mujer, a la que tantas veces nos hemos referido.
- d) Nulidad derivada del vicio del consentimiento del agente por cuanto el reconocimiento como acto jurídico debe ceñirse a las normas sobre la voluntad interna y declarada, que rigen los negocios jurídicos.

- e) Nulidad por no haberse cumplido los requisitos formales para la validez del acto. Aunque los artículos 217 y 218 del Código Civil conceden amplio margen exigiéndose como requisitos mínimos que el reconocimiento conste en documento público o auténtico, aunque esté contenido en forma incidental, siempre que sea hecha la declaración de modo claro e inequívoco.
- f) Nulidad e ineficacia por incumplimiento o falta de los requisitos complementarios. (P. e.): el artículo 220 requiere que para reconocer al hijo mayor de edad, se requiere su consentimiento y si hubiese muerto, el de su cónyuge o sus descendientes si los hubiese. A menos que en el último caso el hijo hubiera gozado en vida de la posesión de estado. Y en el artículo 219 para que tenga efectos sucesorales a favor del reconociente, éste debe probar que el hijo gozaba en vida de posesión de estado.

Analizado el anterior esquema y viendo a la concreción de la causa, el reconocimiento hecho por C.A.G. sólo podía ser impugnado en base al literal b), es decir, por falsedad y no conformidad entre la verdad material y la establecida en el acto registral realizado ante el funcionario competente del estado civil, Prefecto del Distrito Guaicaipuro.

Siendo declarativo de filiación el acto citado en el cual C.A.G. expresó su voluntad de admitir (confesar) que la menor D.A. era su hija, es una declaración probante de la realidad de la filiación y como tal tiene efecto absoluto, según el artículo 457 como acto registrado y carácter auténtico, porque es realizado en presencia de la autoridad.

Esa presunción de verdad adherida al reconocimiento realizado por persona capaz y con las formalidades exigidas, sólo podía ser desvirtuado seriamente, alegando y probando su falsedad. Consideramos que ello no podía hacerse, no se hizo en la causa en análisis, con las disposiciones de dos testigos que hemos referido, que contestaron que les constaba que C.A.G no era el padre de la menor (!!). No era cuestión posible de probar, y menos por testigos.

Se habrían precisado pruebas más contundentes como los exámenes o experticias hematológicas o heredobiológicas admitidas para la instrucción probatoria de los juicios de filiación.

Además, laboraban a favor del reconocimiento graves y concordantes presunciones **hominis**, a saber:

- a) Ordinariamente, puede deducirse que son veraces las declaraciones que se realizan en inmediación temporal con los hechos a los que se refieren. La hija D.A. nació el 04-09-1983 y fue presentada y reconocida personalmente por su padre el 17-11-1983; esto es, a poco más de dos meses de haber nacido.
- b) Según declaración del padre en el acta de nacimiento, el padre presentante y la madre mencionada compartían la misma residencia. Esto lo inferimos de la redacción de la partida cuya copia certificada consta en el expediente. Luego podía presumirse que convivían padre y madre para el momento del nacimiento y de la concepción.
- c) No es frecuente, con normalidad sociológica, que un hombre establezca la filiación paterna de un hijo ajeno. Lo frecuente, en cambio, es que el hombre no reconozca a sus verdaderos hijos.

Estas presunciones han podido ser manejadas con prudencia por el Juzgador para llegar a la convicción de la verosimilitud de la paternidad.

Conclusiones del análisis de sentencias

Aunque de las decisiones estudiadas tres proceden de otros tantos Tribunales de Primera Instancia de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, debemos señalar que dicha Circunscripción es una de las más, si no la más, importante del país. En segundo lugar, como son cuatro los Tribunales de Primera Instancia que se encargan de los derechos de familia, esto es, especializados en la materia, el estudio de tres tribunales diferentes constituyen promedio de 75% del total de los tribunales, cifra que es muestra suficientemente representativa para llegar a conclusiones sólidas:

- a) Obsérvese que todas las sentencias son posteriores a la Reforma de 1982 y persiste el uso de la anterior nomenclatura hijos legítimos-hijos naturales, no obstante su eliminación.
- b) Tampoco, ni abogados ni jueces han hecho operante el artículo 233 sobre conflicto de filiaciones. El Juzgado Superior, que decidió realmente como conflicto la causa desechada en primera instancia por el Tribunal 7º, no hace mención del artículo.

Concluimos que la reforma no ha penetrado ni en su filosofía ni en sus realizaciones.

- c) Dos de las decisiones analizadas dan impresión **prima facie** de ser fraudes procesales que prosperan amparados por las prácticas tribunalicias.
- d) No basta con la adecuada elaboración de las leyes desde un punto de vista de la técnica legislativa, para lograr los objetivos que proyectistas y legisladores han buscado intencionalmente.

CAPITULO IV EL CONCUBINATO EN LA LEGISLACION VENEZOLANA

1. Preliminar

La resistencia a su admisión como situación de hecho, en cuanto al concubinato, ha recorrido desde el silencio legislativo⁶⁴, su condenación como estructurante del delito de adulterio (artículo 397 Código Penal), o de la causal de adulterio (artículo 185 del Código Civil de 1942), hasta la consideración bastante parcial del Código Civil. El primer atisbo de morigeración lo encontramos en el Código Civil de 1916 y que se ha conservado hasta el Código presente, otorgando facilidades para el matrimonio por la prescindencia de las formalidades previas, artículo 70 del Código Civil, y luego el tratamiento de la comunidad de bienes en el concubinato del artículo 767 del Código Civil de 1942. No obstante la legislación social venezolana, Ley del Trabajo, Ley del Seguro Social Obligatorio y Ley de Reforma Agraria admiten efectos a esta situación de hecho.

Falta de definición, confusión o ambigüedad terminológica⁶⁵, tratamiento fragmentario y disperso caracterizan la historia de esta estructura social que está en la base de numerosas familias venezolanas. En otras oportunidades, al tratar el tema hemos insistido en una tipología y etiología del concubinato, tanto por

⁶⁴ La reacción del Código francés, que como modelo de nuestra primera codificación pasó a los Códigos venezolanos hasta 1942, se encuentra plasmada en la lapidaria frase atribuida a Napoleón: "Los concubinos se salen de la ley. La ley se desinteresa de ellos". SABATIER, R.: *Bonaparte et le Code Civil*.

⁶⁵ Diferentes giros idiomáticos se utilizan para denominar al concubinato: "unión no matrimonial", "convivencia sin matrimonio o simple vida marital", "unidos".

la estratificación económica y social como, correlativamente, por el grado de cultura de los intervinientes⁶⁶.

2. Noción de concubinato

- a) Positivamente, es la unión consensual de un hombre y una mujer que mantienen relaciones sexuales con permanencia y estabilidad.
- b) Negativamente, se caracteriza por la ausencia de celebración del matrimonio civil. Esto hace que la diferencia que hicimos al hablar de la cohabitación en el matrimonio, entre integridad formal y material, no puede darse en el concubinato, el cual se configura con la convivencia efectiva.

3. Prueba del concubinato

Como situación de hecho, la relación interpersonal es susceptible de la probanza testimonial y de todo género de prueba. Es una comunidad de vida, constituida por las relaciones sexuales continuas o no, pero estables. Por esa razón, cuando el artículo 211 exige la notoriedad, la misma debe entenderse en un sentido sociológico y no jurídico. En efecto, basta que se enteren de la existencia del concubinato los que integran el inmediato entorno social. La notoriedad es más una cuestión de prueba que un elemento intrínseco del instituto social, ya que la misma índole de la relación, la presión o consideración social, a veces no hacen propicia la publicación de la convivencia marital⁶⁷.

Por lo tanto, no es necesaria la notoriedad pública y, correlativamente, la clandestinidad o discontinuidad no pesan en contra del concubinato⁶⁸.

⁶⁶ Sobre el concubinato hemos escrito: "El concubinato y su emplazamiento histórico-jurídico", *Tesis de doctorado*, FCJ y P. UCV, Caracas, 1981 (antes de la Reforma del Código Civil en 1982), y "La situación de las parejas no casadas en el ordenamiento jurídico venezolano", *Revista de la FCJ y P. UCV*, Caracas, 1987, Nº 66, pp. 219-240.

⁶⁷ Aunque encontramos ejemplos hasta en la historia de Venezuela, remota y actual, de célebres concubinatos, permanece algún rechazo social. No obstante, en los últimos tiempos, la permisión de las costumbres, la aceptación de opinión difundida por los medios de comunicación, hace que socialmente no se vean rechazados los concubinos.

⁶⁸ El control judicial sobre el concubinato y su notoriedad es puramente formal, depende de la calificación de los hechos que hará el juez oportunamente y no de los hechos alegados. Así, puede mantenerse una relación concubinaria con visitas clandestinas, nocturnas. La discontinuidad de las relaciones tampoco obsta a la

Entre los medios de prueba, el más difundido es la declaración testifical que puede ser extrajudicial o la sentencia declaratoria de la existencia del concubinato para inducir sus efectos. Nada se opone a la propia declaración conjunta de los concubinarios ante el Funcionario Público y hasta la probatio probata de la confesión judicial. En algunas leyes especiales se exige la prueba de concubinato en formas determinadas:

- a) La Ley del Seguro Social Obligatorio (11-7-66) y su Reglamento (7-3-67) exigen la inscripción de la concubina en el Registro respectivo llevado por el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales. Este mismo requisito es exigido en la Ley del Trabajo, su Reglamento y en algunos convenios colectivos de trabajo, aunque en los últimos casos la prueba puede hacerse por cualquier género de prueba.
- b) La Ley de la Reforma Agraria de 5-3-60 y su Reglamento de 8-12-67 exigen la comprobación de la unión concubinaria mediante justificativo instruido ante un juez con intervención de la Delegación Agraria.

4. Efectos entre concubinos

4.1. Efectos personales

No puede hablarse de efectos personales como los que formalmente engendra la comunidad de vida del matrimonio. La fidelidad circunstancial es sostenida en aquellos concubinatos de tipo rural con una fuerza, por parte de la mujer, como si fuera casada, pero no es deber jurídico, sino cuestión personal. Esta dependencia de la consensualidad da al concubinato su fragilidad en los tipos de concubinato que se encuentran en los estratos sociales de mayores recursos económicos.

4.2. Efectos patrimoniales

4.2.1. La Ley del Seguro Social Obligatorio contempla el beneficio de asistencia médica en la extensión por ella contenida y la pensión de sobrevivientes, causada

existencia de la convivencia marital. Se requiere la estabilidad que excluya la sola relación episódica. Así, la partida de nacimiento de un hijo común no bastaría por sí sola para probar el concubinato, si no se conecta con la prueba de otros hechos.

por el fallecimiento del beneficiario de la pensión de invalidez o vejez o del asegurado. La posibilidad de que la concubina entre a gozar de tales beneficios está condicionada a que no exista cónyuge sobreviviente, por la noción de familia tradicional que informa la legislación venezolana. Si tenemos en cuenta que el fondo del Seguro está integrado por aportes del trabajador y del empleador, tenemos el reconocimiento indirecto de un deber de asistencia en el cual se subroga el Instituto.

4.2.2. El Reglamento de la Ley del Trabajo el 31-12-1973 establece una forma del deber de asistencia que se impone al trabajador por el hecho de constituir una familia. En efecto, puede la mujer casada o la que haga vida marital con un trabajador interponer una solicitud ante el Inspector del Trabajo para recibir del patrono hasta el 50% del salario devengado por el esposo o concubino, cuando razones de interés familiar o social señalen su necesidad.

4.2.3. La Ley de Reforma Agraria admite el derecho a dotación de tierras teniendo en cuenta preferentemente el número de personas dependientes del adjudicatario y estructura la familia rural, agricultora o pecuaria, como formada por la cónyuge o mujer que haga vida marital con el adjudicatario, los descendientes, ascendientes, colaterales que vivan con él y dependan de él para su subsistencia. También reconoce a la concubina el derecho de permanencia en la explotación del fundo cuando ocurra la revocación de la adjudicación o el fallecimiento del parcelero.

Las anteriores consideraciones configuran, en cierto modo, el cumplimiento y reconocimiento de un deber de asistencia emanado de la simple convivencia. Hemos señalado la objeción de que el beneficio de la concubina sea considerado siempre en ausencia de cónyuge, por cuanto son frecuentes los casos de prolongadas separaciones de hecho o jurídicas donde el hombre entabla una relación concubinaria más estable que la propia vida matrimonial y por el elemento formal del matrimonio, éste se constituye en óbice para conceder esos beneficios sociales a la concubina.

5. Efectos del concubinato en el Código Civil de 1982

Además de mantener el artículo 70 de facilidades para el matrimonio, dos efectos reconoce el Código Civil reformado. Uno en cuanto al establecimiento de la

filiación de los hijos nacidos **ex concubinato** y otro en cuanto a la comunidad de bienes que nace de la unión concubinaria.

5.1. Establecimiento de la filiación de los hijos nacidos ex concubinato

El artículo 211 del Código Civil contiene una presunción **iuris tamtum** de cohabitación, durante el período de la concepción del hijo, entre el hombre que vivía en concubinato notorio con la madre para la fecha del nacimiento.

Hemos señalado en otra oportunidad⁶⁹, como también observado en el recuento de los beneficios de seguridad social, cómo cuando existe cónyuge la concubina no tiene acceso a tales beneficios⁷⁰, pero tratándose de la determinación de la filiación del hijo no puede operar ese obstáculo cuando el hombre es casado⁷¹, pues es el interés del hijo al que se atiende. No obstante, consideramos, la concesión no ha sido lo suficientemente amplia, por cuanto el hijo nacido **ex concubinato** nace también en una estructura casi comparable al matrimonio por la estabilidad. El doctor Luis Loreto había sostenido que debía preverse una presunción de paternidad semejante a la del artículo 201 del Código Civil más o menos en esta forma: **Pater is est quem cohabitio more uxoris demonstrat**⁷².

Sobre el requisito de la notoriedad del concubinato, nos hemos referido al hablar de la prueba del concubinato por considerarlo que es más una cuestión sociológica y probatoria que jurídica, dada la índole misma de la relación.

El hijo nacido de concubinato, entonces, está sujeto a las formas de establecimiento contenidas en el Código Civil. El reconocimiento que depende de acto voluntario del padre o el establecimiento judicial mediante acción de estado de investigación de paternidad, en la cual lo amparará la presunción de convivencia en los

⁶⁹ Nuestro artículo "Unidad y verdad de la filiación", en **Revista de Derecho Privado**, año 1, Nº 1, enero-marzo 1983, Caracas, pp. 113-143, p. 139.

⁷⁰ Tampoco surge la comunidad concubinaria cuando uno de los concubinos es casado, como señalaremos posteriormente, porque se esgrimen razones de orden social y público.

⁷¹ Por el operativo de la presunción **Pater is est**, analizada previamente, no puede sostenerse lo mismo cuando la casada es la madre, mientras subsista la atribución legal de paternidad; en cambio, cuando el casado es el padre, opera el principio: "El hijo tiene derecho de conocer a sus padres", el cual hace que el hombre pueda establecer la filiación paterna del hijo, cualquiera sea su estado civil.

⁷² Luis Loreto, "Conquistas de la biología al servicio de la legislación y la jurisprudencia", en **Estudios Jurídicos**, cit., pp. 315 y ss.

términos expresados, cuando prueba el concubinato de su madre con el presunto padre para el momento de su nacimiento.

5.2. La comunidad concubinaria

La ubicación del artículo 767 dentro del Libro II, de Bienes, en el Título IV, de la Comunidad, ya es indicativo de que el legislador se resiste a la admisión plena del concubinato como relación personal constitutiva socialmente de una familia y por eso, institución familiar.

5.2.1. Antecedentes

El citado artículo ha sufrido una innovación sustancial en la Reforma de 1982, que constituye una adquisición favorable en el régimen de los efectos del concubinato. Nos permitiremos hacer una comparación de los textos tanto del proyecto del Código presentado por la Comisión Codificadora que dio lugar a la introducción del texto de 1942, luego innovado en 1982, para que queden patentes las diferencias.

5.2.1.1. El proyecto del Código Civil de 1942

El artículo 763 contenía lo referente a la comunidad concubinaria en los términos siguientes:

Artº 763. Se presumen comunes, salvo prueba en contrario los bienes adquiridos por el hombre o por la mujer durante la unión concubinaria en que hayan vivido públicamente, aunque dichos bienes aparezcan documentados a nombre de uno solo de ellos.

Tal presunción solamente surte efectos legales entre ellos dos y entre sus respectivos herederos y también entre uno de ellos y los herederos del otro.

De la Exposición de Motivos que acompañó al Proyecto extraemos que el artículo 763 proyectado era una de las innovaciones más trascendentales de las consignadas en el Proyecto del Código Civil de 1931⁷³.

⁷³ Es interesante transcribir la Exposición de Motivos del Proyecto de 1931: "La revisión de este Título dio oportunidad para atender a una situación que es frecuente en el país, principalmente en poblaciones, caseríos

Son evidentes las muestras de realismo del artículo 762 del Proyecto de 1931, que vino a ser el 763 del Proyecto de 1942.

Observamos que el artículo proyectado deduce la existencia de la comunidad de bienes entre concubinos (hecho desconocido que va a ser inferido) del establecimiento de la unión concubinaria (hecho que se hará conocido mediante la prueba). Ello revela la estructura de una presunción que es *iuris tantum* al admitir prueba contraria, y es legal porque la deducción la hace la ley. Además, no se toma en cuenta el matrimonio de cualquiera de los concubinarios para obstar el funcionamiento de la comunidad.

5.2.1.2. Objección del Ejecutivo en la presentación del Proyecto: un nuevo artículo

La presentación en Cámaras del artículo 763 así concebido anexó advertencias del Ejecutivo contenidas en el discurso del Ministro de Relaciones Interiores⁷⁴. Copiamos textualmente, ya que es elocuente por sí solo, sin que precise amplio comentario:

... Por ser materia relacionada con la institución familiar, aunque se ha injertado en el Capítulo de la "Comunidad", quiero significar al Congreso Nacional que el artículo 763 del Proyecto legaliza la unión concubinaria al presumir "comunes" los bienes adquiridos por el hombre o por la mujer durante la unión concubinaria en que hayan vivido públicamente.

y campos alejados de centros densamente poblados. En aquellos lugares, los matrimonios casi podrían decirse son una excepción y abundan las uniones ilegítimas, sucede que hombre y mujer viviendo en esa unión públicamente y por muchos años y aun por toda la vida, forman una familia a veces numerosa, a la cual atienden con verdadera solicitud de padres ejemplares y al mismo tiempo con el esfuerzo y trabajo de ambos forman un patrimonio que pequeño o grande, es base y recurso de vida para el hombre, la mujer y los hijos. Cuando muere el hombre, quien ha sido factor y centro de ese núcleo y para el público ha sido dueño de todo lo adquirido, llegan los herederos legítimos, quizás desconocidos hasta entonces y se apoderan del patrimonio en virtud de la ley, quedando arrojados al desamparo y a la miseria la mujer y los hijos que ayudaron a formar ese patrimonio. A tal injusticia ha buscado remedio el Proyecto, introduciendo el artículo 762, que crea la presunción *iuris* de comunidad entre el hombre y la mujer sobre bienes adquiridos por uno u otro: la disposición pone a salvo los derechos que terceros hayan adquirido en forma legal sobre los bienes. Y si bien es cierto que puede sostenerse con fundamento que ha existido una comunidad de bienes entre el hombre y la mujer, quienes han formado con economía y trabajo el patrimonio existente, el nuevo precepto evita toda duda y discusión en este punto, añadió el proyectista de 1942".

⁷⁴ Cámara de Diputados. D.D. N° 2, abril 24, 1942, sesión del 21-4-42. Puede verse en Congreso de la República, Boletín del Archivo Histórico, 7, Vol. I, Caracas, enero-marzo 1982, pp. 133 y ss.

“Esta discutida reforma debe verse con mucho cuidado. No quiero decir que los razonamientos que voy a adelantar en contra de tal institución constituya un desconocimiento a las poderosas razones de justicia social invocadas por la Comisión Codificadora, pues creo que el problema existente y demanda del legislador una solución ecuánime que sin desconocer la situación real que en veces se crea con la unión concubinaria, deje a salvo la parte moral esencial, como es la justificación implícita del concubinato, lo cual relaja, ataca, destruye y casi hace nugatoria y sin efectos la institución matrimonial”.

Y concluye su argumentación proponiendo la sustitución de ese artículo 763 del Proyecto por el siguiente:

“Artículo ... Se presume la comunidad salvo prueba en contrario, en aquellos casos de unión no matrimonial cuando la mujer demuestra que ha vivido permanentemente en tal estado y ha contribuido con su trabajo a la formación o aumento del patrimonio del hombre, aunque los bienes cuya comunidad se quiere establecer aparezcan documentados a nombre de uno solo de ellos. Tal presunción surte efectos legales entre ellos dos y entre sus respectivos herederos y también entre uno de ellos y los herederos del otro, salvo el caso de adulterio” (destacado nuestro).

La mutación sustancial del artículo 763 es evidente en la proposición del Ejecutivo: la mujer debe probar no sólo el concubinato, sino también que ha contribuido con su trabajo a la formación del patrimonio del hombre.

Existe una comunidad de bienes cuando dos o más personas adquieren, aunque por diversos modos, la propiedad sobre un mismo objeto. Su modo de adquisición o el título deberá probarlo quien alegue la copropiedad. Esto pertenece al principio general de la prueba y para ello no hace falta instituir presunción alguna. Había presunción en el artículo 763 cuando probado el concubinato, la Ley infería la comunidad de bienes. Al imponer el artículo propuesto por el Ejecutivo la obligación de demostrar que la mujer había contribuido con su trabajo (modo de adquisición) a la formación o aumento del patrimonio, destruyó la presunción.

Confirma lo expuesto, el texto mismo del discurso de presentación donde en la mente del proponente se aprecia que aceptar el texto de la Comisión (con la

institución de la presunción de la comunidad concubinaria) era “legalizar la unión concubinaria”. Como tal no era la intención del Ejecutivo por las razones de moral y orden social esgrimidas, forzoso es concluir que la nueva redacción nunca pretendió introducir presunción de bienes comunes, no obstante utilizar las palabras “se presume” o “tal presunción”.

5.2.1.3. Aprobación del artículo sugerido por el Ejecutivo

En la sesión del 12-5-42, según el *Diario de Debates* de la Cámara de Diputados, al final y cuando se hizo necesario prorrogar la Junta, previas dos intervenciones en las cuales se destacaron que frases como el artículo 763 del Proyecto estaba “redactado en una forma muy liberal y puede que su fondo bondadoso dé lugar a litigios repudiables socialmente”, la cuestión concluyó sin otro análisis aceptando la sugerión del Ministro de Relaciones Interiores, y así fue aprobado, entrando a ser el artículo 767 del Código Civil de 1942.

Como ejemplo del nominalismo retórico, la Jurisprudencia y Doctrina continuó refiriéndose al artículo 767 como “presunción de comunidad concubinaria”⁷⁵.

5.3. El nuevo artículo 767 del Código Civil de 1982

Con el Código de 1982 se volvió, en parte, a la propuesta de 1931 y 1942. Veamos las diferencias anexadas:

En primer lugar, se extendió al hombre y a la mujer, mientras el Código de 1942 hablaba sólo de la mujer.

⁷⁵ DELGADO OCANDO, J.M.: *Ficciones y presunciones en el Código Civil venezolano*, pp. 98-100, siguiendo a Geny y a Burckard, divide las presunciones en materiales y de procedimiento. Son presunciones materiales el motivo o la razón de ser de la norma, su fundamento de verdad. p. e., para la determinación de la capacidad civil negocial (mayoridad) se parte de que quien es mayor posee discernimiento y firmeza para velar por sus intereses. Como esa determinación tan abstracta sería fuente de controversias inacabables, además de conducir a un casuismo in *influitum*, el legislador establece una edad (18 años) llegada la cual la persona es mayor (presunción material). La presunción de procedimiento es un medio técnico de subsunción. De la definición del artículo 1.394 extrae los siguientes elementos: “a) Un hecho conocido; b) Las consecuencias que la ley o el juez infieren de la constatación de este hecho; c) Un hecho desconocido, y d) La categoría jurídica que determina la regulación del hecho desconocido establecido”. No obstante, el autor considera que en el artículo 767 del Código de 1942 había presunción, cuando el efecto de la presunción de procedimiento es precisamente el de relevar de la carga de la prueba al que es amparado por la presunción (artículo 1.397), mientras que probar lo que se alega no es sino aplicación del principio general de la prueba.

En segundo lugar, se eliminó la exigencia de probar que con su trabajo había contribuido a la formación o aumento del patrimonio. Con ello se restableció la presunción de comunidad concubinaria, pues ahora la misma se infiere de la prueba del concubinato.

Aunque se eliminó la palabra adulterio, continúa como causa obstativa al surgimiento de la presunción el matrimonio de uno de los concubinarios por razones de orden social⁷⁶.

5.4. Extensión cuantitativa y cualitativa de la presunción de comunidad concubinaria

La presunción de comunidad tiene, entonces, sus límites:

5.4.1. Cuantitativamente, comprende los bienes adquiridos durante el tiempo que ha durado la unión concubinaria, no importa si esos bienes aparecen a nombre de uno solo de ellos. Con la finalización del concubinato por muerte o simple disenso de las partes, se disuelve la comunidad concubinaria, ya que no es de orden público. Por la misma razón nada obsta a que aun continuando en concubinato, voluntariamente procedan a disolver o liquidar la comunidad.

5.4.2. Cualitativamente, si uno de los convivientes está casado con otra persona. No surge la presunción porque el matrimonio la excluye. Tocará al interesado probar que contribuyó a la adquisición de los bienes y eso es su modo y título de convertirse en copropietario. Lo contrario sería admitir el enriquecimiento injusto⁷⁷.

Por extensión analógica, en la comunidad concubinaria se aplican con las modificaciones pertinentes los principios que rigen la comunidad de bienes gananciales en el matrimonio.

⁷⁶ Se ha entendido el orden social por el conjunto de factores ideológicos, morales y económicos que revelan y plasman las exigencias de la comunidad social en un momento histórico. Concepto paralelo al de orden público integrado por aquellos principios jurídicos, públicos o privados, políticos, económicos y morales que se consideran absolutamente obligatorios para la preservación del orden social en un pueblo y en una época determinada. Surge una objeción cuando han variado tanto por la época, las exigencias de la moral social, no se entiende la rigidez e inmutabilidad del orden social sólo con respecto a concubinato.

⁷⁷ Así lo estableció la sentencia del Juzgado Superior Octavo de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda de 07-12-1984, en *Ramírez y Garay*, Tomo LXXXVIII 1984, 4º Trimestre, sentencia N° 689-84.

CAPITULO V: DOS SITUACIONES RELATIVAS AL DERECHO DE MENORES

En nuestro régimen jurídico ordinario, no son los jueces los que toman la iniciativa: No podrían corregir, transformar o desplazar los textos legales que captan como inapropiados. Los jueces, tomando la expresión cervantina, son “desfacedores, enderezadores de entuertos” y no de leyes, ya que como hemos afirmado, la función de hacer las leyes se ha constituido en una misión reservada a otra rama del Poder Público.

No obstante, constituye excepción digna de mención, la Jurisdicción de Menores. Dese el artículo 1º, la Ley Tutelar de Menores, dentro de los principios generales de protección, establece su finalidad tuitiva del interés del menor, desarrollada expresamente a lo largo de todo su articulado: esto hace de los Jueces de Menores, Superiores o de Primera Instancia, verdaderos Magistrados en los que coincide la dicotómica actividad del proceso romano: la jurisdicción pretoriana, de percepción de la realidad de acuerdo a la buena fe y la utilidad, en el caso del menor, y el *officium iudicis* deber de aplicar la justicia. El Juez de Menores puede fundar su decisión sobre todos los hechos relativos al caso que le es sometido a su consideración, comprendidos aquellos que no le hubiesen sido alegados, pero que su prudencia le dirige e impone apreciar. El artículo 90 hace apelación precisa a su prudente juicio y con los medios que considere adecuados para la investigación de la situación del menor.

Hemos creído conveniente hacer la anterior reflexión ante de entrar al tratamiento de dos situaciones de hecho encontradas en el Derecho de Menores. En primer lugar, la guarda del menor, y, en segundo lugar, la cuestión planteada por el artículo 44 de la Ley Tutelar de Menores, referida a la prestación alimentaria.

1. ¿Existe la guarda de hecho?

El artículo 41 de la Ley Tutelar de Menores, considerado aisladamente, pareciera negarlo al establecer:

“La persona que indebidamente retenga a su lado al menor, será conminado (sic) a restituirlo a quien se le haya confiado la guarda, sin

*perjuicio de las sanciones establecidas en el Capítulo I, Título IV, del Libro Cuarto de la presente Ley*⁷⁸.

En cambio el anterior artículo, el 40, al tratar de la atribución de la guarda de los hijos de padres que vivan separados y no llegaren a un acuerdo sobre la guarda, faculta al Juez de Menores para que en interés del hijo, pueda confiarlo por graves motivos a terceras personas, “*prefiriéndose, si fuera el caso, a quien hubiere tenido al menor a su cuidado*”. (LTM: 40).

El tiempo que esa tercera persona ha tenido al menor a su cuidado, no estando autorizada por el Tribunal, constituye una guarda de hecho en los términos que nos han servido para configurar las situaciones de hecho.

Si atendemos a estudios serios sobre la familia actual venezolana nos encontramos con resultados diferentes a la concepción propietaria y reivindicatoria de la guarda. Hemos utilizado aquellas conclusiones de FUNDACREDESA que nos confirman en persuasiones por todos percibidas. En las familias venezolanas, más que los lazos de consanguinidad, prevalece un sentido de solidaridad y una amplia generosidad que abarca no sólo a los familiares, sino a los niños y adultos sin ningún parentesco y a quienes sólo se quiere dar ayuda, techo y alimentación. Los estudios del Proyecto Venezuela advierten la presencia de familias numerosas con parientes y “allegados” que han ido sumando, agregando al grupo original otras familias secundarias, con ascendientes y descendientes. Se encuentran, por ejemplo, los típicos “hijos de crianza” que a su vez se integran a la familia y tienen sus propios hijos que luego se sumarán al grupo. Estas familias suelen observarse en mayor abundancia a partir del estrato tres y, sobre todo, en los estratos cuatro y cinco⁷⁹.

⁷⁸ Es interesante observar cómo en materia de guarda, creación netamente jurisprudencial en un momento estelar de la Jurisprudencia de Menores antes de hacerse institución legal, este artículo utilice expresiones “retención indebida”, “restitución”, que se conectan con el Derecho Patrimonial. Tributo que aun hoy debe saldar, según algunos, el Derecho de Familia y el Derecho de Menores en particular, a su originario desmembramiento del Derecho Civil, no obstante que, aunque concebidos en términos “civilistas”, la concepción de tales Derechos hace que falte verdadera alteridad y corporeidad requerida en el Derecho Patrimonial y, por ende, allí no haya ni contradicción de partes, posiciones contrapuestas ni el hijo es una res objeto de derechos, sino que confluyen todos, juez y reclamantes, en el interés de la familia y del menor.

⁷⁹ Jornadas sobre la familia venezolana contemporánea, Ateneo de Caracas, El Nacional, 07-12-87. Rosita Caldera, “Numerosos modelos de vida familiar existen en Venezuela”.

1.1. El procedimiento de conferimiento de guarda

Sentencias recientes del Tribunal Cuarto de Menores de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda han admitido y declarado con lugar solicitudes de conferimiento de guarda. Con ello se ratifica la apreciación jurisprudencial sobre la guarda de hecho. En primer lugar, no considerándola como retención indebida cuando ha tenido su inicio en el acuerdo de los padres. Segundo, reconociendo en el guardador de hecho un interés legítimo, apto para ser tutelado para iniciar la solicitud de conferimiento de guarda. Y, en tercer lugar, al declarar dichas solicitudes con lugar, reconocen la posición preferente que tiene el guardador de hecho según el artículo 40 de la Ley Tutelar de Menores.

1.2. Análisis de Sentencias

Como antes de la incorporación de la guarda independiente de la Patria Potestad, los juicios de guarda fueron creación de la Jurisdicción de Menores, nos encontramos ante nuevas creaciones jurisprudenciales. He aquí los casos tal como emanan de las sentencias señaladas a continuación:

1.2.1. Sentencia del Tribunal Cuarto de Menores 15-05-90

Causa: Solicitud de guarda

Hechos: El hijo, procreado en unión no matrimonial. No consta la filiación paterna. Madre e hijo vivían junto a la solicitante sin parentesco, sino madrina de bautizo y unida por amistad y solidaridad con la madre y el hijo. La madre muere. No se conocen parientes del menor.

Motivación y decisión: El Tribunal, apoyado en: 1) La solicitante ha venido de hecho ejerciendo el cuidado del menor desde su nacimiento, y 2) El informe social de la Oficina de Trabajo Social de los Tribunales de Menores que concluyó favorablemente sobre las condiciones necesarias para que la solicitante lo tuviera consigo, declaró con lugar la solicitud de guarda y custodia.

1.2.2. Otra sentencia del mismo Tribunal de fecha 15-02-90

Hechos: Similares. El padre abandonó a la madre y al hijo, que quedó al cuidado de una tía materna, quien inicia el procedimiento al fallecer la madre.

1.2.3. Otra sentencia del mismo Tribunal de fecha 17-10-90

Causa: Restitución de guarda.

Hechos: El menor, nacido de unión matrimonial, permanecía con la abuela paterna ya que ambos padres trabajaban y no podían ocuparse de su cuidado, aunque mientras vivían unidos, no habían roto el contacto. Separados legalmente de cuerpos disponen que la guarda y custodia del hijo fuera ejercida por la madre, lo que fue ratificado en la conversión en divorcio. No obstante, el menor continuó con la abuela paterna. Así han transcurrido siete años. La madre, variada su situación económica, establecida independientemente, inicia un procedimiento de restitución de guarda.

Decisión: El Tribunal consideró que no se daba el supuesto de retención indebida. En efecto, el hijo permanecía durante siete años con la anuencia de ambos padres con la abuela paterna y se encontraba bien en su entorno. Por lo tanto, declaró sin lugar la restitución.

Comentario: Consideramos que la actividad jurisprudencial de menores, causa de escándalo en algunas mentalidades rígidas, debe ser celebrada en lo que tiene de realismo, dentro de lo que es la tradición de los mejores: la expresión misma de su poder pretoriano. En algunos casos revisados, tanto del Tribunal Cuarto como del Tribunal Segundo de Caracas, la otra alternativa era entregar los menores en las Casas del Instituto Nacional de Asistencia al Menor. El Estado no cuenta con verdaderos centros que puedan sustituir un hogar, con sus vinculaciones afectivas y contactos personales como son necesarios para el desarrollo normal del menor.

Ciertamente, las decisiones revisadas han dependido del criterio de los jueces, y en ello incide su personalidad, formación y la correspondencia a su vocación social. Por ello creemos que las críticas deben ser dirigidas a la selección de jueces para que el beneplácito y aprobación que nos merece esta obra pretoriana sea como en otros tiempos lo suficientemente plena y no tengamos que deplorar su incertidumbre e indefinición.

Esperamos que también la consagración legal llegue a consolidar las soluciones jurisprudenciales señaladas sobre la guarda de hecho.

1.3. Problemática latente

Permanecen, no obstante en el actual estado de la cuestión, el contenido de la guarda de hecho ejercida como en los casos reseñados por una persona extraña, madrina o una tía. Ciertamente que cuando el menor tiene padres o tutor, éstos asumen su representación legal. Aunque en los casos presentados no es lo frecuente, también surge el problema de la administración de los bienes y, cuestión también importante, la responsabilidad del guardador por el hecho ilícito del menor.

La evolución del derecho de familia ha desplazado la concepción de prerrogativas y poderes ejercidos en interés individual de sus titulares hacia una concepción de función social de derecho privado puesta al servicio de la comunidad familiar, del Estado y a los fines por ellos perseguidos, como es el bien del menor, principalmente.

2. Acción alimentaria según el numeral 3 del artículo 44 de la Ley Tutelar de Menores

2.1. El texto del artículo 44 de la Ley Tutelar de Menores plantea una acción alimentaria para los menores cuya filiación no está legalmente establecida⁸⁰, cuando existen algunas de las siguientes condiciones:

2.1.1. Cuando su filiación resulte establecida indirectamente de sentencia firme dictada por una autoridad judicial.

2.1.2. Cuando la filiación resulte de explícita declaración por escrito del respectivo progenitor o de otra confesión de éste que conste en documento auténtico.

2.1.3. Cuando a juicio del juez, el vínculo filial resulte de un conjunto de circunstancias y elementos que, conjugados, constituyan indicios suficientes, precisos y concordantes.

⁸⁰ Aunque el encabezamiento del artículo se refiere al hijo nacido fuera del matrimonio y no reconocido, entendemos que lo que se quiso decir es que la filiación no estuviera establecida por cuanto en el sistema venezolano el reconocimiento no es sino uno de los modos, el voluntario, de establecimiento de la filiación no matrimonial, siendo el contrapuesto el establecimiento judicial.

Dejadas de lado las consideraciones que nos merecen los numerales 2.1.1. y 2.1.2.⁸¹ concretaremos nuestra observación en el numeral tercero, por lo que viene a nuestro propósito.

2.2. Fuente probable: La ley francesa de 03-01-1972, que estableció una acción con fines de subsidio no fundada en la filiación legalmente establecida⁸².

2.3. Antecedentes venezolanos

El artículo 300, en concordancia con el artículo 830 del Código Civil de 1942⁸³, contenía la posibilidad de reclamar alimentos del padre o de sus herederos en aquellos casos en los cuales no pudiera comprobarse legalmente su filiación. En los Códigos anteriores al de 1982 estaba prohibido el establecimiento de la filiación cuando existiera impedimento dirimente entre los progenitores para el momento de la concepción del hijo (CCV: artículos 220 y 225).

2.4. Acción alimentaria basada en una relación de hecho.

Eliminada la prohibición totalmente en el Código Civil de 1982 en relación al estado civil del padre, y proclamado en la Ley Tutelar el derecho del menor de conocer a sus padres, inquirir legalmente o ser reconocido por ellos independientemente del estado civil de los mismos (Artº 1º, numeral 1º), la acción alimentaria del numeral tercero del artículo 44 ha sido relacionada a la verosimilitud de una filiación y en la responsabilidad consecuencial de engendrar un hijo. Adviértase que el artículo se refiere tanto al hombre como a la mujer, aunque este último supuesto es menos frecuente. Contrariamente, en el modelo francés la acción se dirige contra el hombre.

La responsabilidad estaría fundada sobre el riesgo en que pueden incurrir las personas, emanado del hecho de sostener relaciones sexuales que hayan desembocado en la generación del hijo.

⁸¹ En efecto, en la actualidad no aparecen congruentes con el artículo 218 del Código Civil de Venezuela el reconocimiento puede constar aun implícitamente en documento auténtico.

⁸² Actual artículo 342 del Código francés.

⁸³ Estos artículos habían sido introducidos en el Código Civil de 1916 y mantenidos en aquellos de 1922 y de 1942.

La generación de un hijo es una responsabilidad compartida, aunque el consenso social hace gravar sobre la madre las consecuencias de un acto cumplido entre dos.

Su configuración como situación de hecho hace que el llamado por la ley vínculo filial no requiera el establecimiento legal de la filiación; basta que haya habido convivencia o relación para el tiempo de la concepción del hijo. Por eso las pruebas son las más amplias, aunque indirectas, ya que la índole misma de las relaciones generativas no son susceptibles de una probanza directa. No se requieren las experticias heredobiológicas porque éstas irían materialmente al fondo, y no se trata de un establecimiento de filiación para lo cual no tienen competencia los Tribunales de Menores, ni el artículo exige una certeza plena sino, todo lo contrario, lo deja al juicio del juez, a su convicción, y utiliza palabras del artículo 1.399 del Código Civil para calificar los indicios como suficientes, precisos y concordantes **presunción hominis**.

2.5. La operatividad del dispositivo legal

Una revisión de expedientes en los tribunales de Caracas ha arrojado como resultado que en los diez años de vigencia, solamente se han presentado siete casos de reclamaciones basadas en el numeral 3 del artículo 44 de la Ley Tutelar de Menores.

Causa de la poca operatividad podríamos encontrarla en los procedimientos administrativos ante los Procuradores de Menores para reclamar alimentos. Hemos tenido conocimiento personal de que en tales oportunidades los hombres citados firman a veces compromisos que, de alguna forma, lo vinculan con el menor, los cuales son luego fundamento de demandas normales de alimentos.

En cuestión que amerita un examen más profundo, porque para hablar de reconocimiento se deben cumplir los requisitos del acto jurídico, en cuanto a la libertad y ausencia de vicios, además que la admisión de la filiación sea hecha de un modo claro e inequívoco (artículo 218 del Código Civil), cuestiones que muchas veces se obvian en los citados procedimientos administrativos.

CAPITULO VI: CONCLUSIONES

A modo de síntesis conclusiva, señalaremos los puntos que consideramos fundamentales en nuestro trabajo:

1. Primeramente, las situaciones de hecho nos han planteado, por exigencias mismas del tema, la revisión del dogma de la plenitud del orden jurídico -el legalismo jurídico-, mucho tiempo profesado por amplio sector de la opinión jurídica. Consecuentemente, ha estado en el fondo de nuestra labor, la antítesis Derecho-Ley contra Derecho-realidad social. Sin adherirnos, mas no perdiendo de vista lo que señalamos como patologías socio-jurídicas; esto es, aquel "derecho aplicado" por privados que constituye negación del "derecho establecido", consideramos que la función normativa del hecho debe superar la posición de mero supuesto, "hecho subsumido" para alcanzar la categoría de "hecho recibido".
2. Nos situamos así, dentro del esquema tradicional de las fuentes del Derecho, en la mitad de dos extremos: a) La costumbre, hecho normativo en ordenamientos jurídicos primarios de la primera etapa de la dinámica social y b) El orden legislativo, que constituyó la aspiración del racionalismo y el positivismo jurídico. No entendida como dilema inexorable, la dualidad costumbre-ley, sino su aptitud integrativa, dentro de la dinámica jurídica de formación y aplicación del Derecho. En la formación de la ley, por las exigencias del realismo que debe impulsar al legislador y en su aplicación por la sensibilidad social que debe animar a quien ejerce la justicia.
3. La reforma del Código Civil de 1982 y la Ley Tutelar de Menores de 1980 nos ofrecen muestras suficientes que revelan una tendencia, aunque sostenida, a la recepción de las situaciones de hecho en la normativa familiar venezolana. Fundamentalmente, hemos dirigido nuestra labor sobre la posesión de estado y la separación de hecho, por ser las situaciones que más elementos importantes ofrecen a cualquier exploración en el estado actual. La complementamos con el concubinato, al cual nos hemos referido en anteriores trabajos y dos situaciones de derecho de menores, la guarda de hecho y la prestación alimentaria contenida en el numeral tercero, artículo 44 de la Ley Tutelar de Menores.
4. Las situaciones de hecho no constituyen noción unívoca por cuanto denotan los más diferentes contenidos. A pesar de esa variedad, subyacen caracteres

generales que las hacen identificables. Entre los elementos comunes colocamos: a) La contraposición con situaciones jurídicas reconocidas y en referencia a las cuales son tenidas, por libre ejercicio de voluntad privada, como normativas de conducta y b) La necesidad de la previa apreciación judicial -juicio previo estimativo- que actuando directamente sobre esas realidades, les confiere la esencialidad y efectividad jurídicas de las que, *a priori*, carecen dentro del sistema.

5. Del examen realizado, encontramos un cambio importante, tomando como marco de referencia la señalada dinámica jurídica-formación-aplicación del Derecho-, tal como se ha concebido clásicamente. La atribución de efectividad jurídica, cualitativa y cuantitativamente desigual, a cada una de las situaciones analizadas, ha ido en aumento.

Resumiendo específicamente encontramos:

5.1. La separación de hecho ha logrado desarrollo considerable de sus efectos en lo relativo al establecimiento de la filiación del hijo nacido de mujer casada para desvirtuar la presunción *Pater est* del artículo 200 del Código Civil. Sólo que la solución continúa en la vía del desconocimiento judicial y ello comporta serio entrabamiento, debido a las dificultades del acceso a la administración de justicia. Admitidos los principios de verdad e igualdad de la filiación, la utilización de presunciones o su valor probatorio, deberían haberse reducido al mínimo, por cuanto las mismas constituyen obstáculos para alcanzar la verdad y, en la práctica, se convierten en fuentes de conflicto.

5.2. La separación de hecho como elemento constitutivo de la causal de divorcio por ruptura prolongada de la vida en común es una loable adquisición del Código Civil vigente. Dificultades presenta la precisión del término inicial de la separación, que, por definición, no tiene fecha cierta, para computar el lapso de cinco años, el otro elemento de la causal. No están previstos los medios ni la intervención del Ministerio Público puede ser suficientemente eficaz para evitar el fraude. La exigencia legal de la presentación de la partida de matrimonio, sólo da fe del tiempo de la celebración del mismo. Esto ha hecho que el tiempo de la ruptura haya quedado al libre juego de los interesados, quienes pueden acordar privadamente sobre ello, con lo que el divorcio por ruptura prolongada de la vida común -separación por cinco años- se ha convertido en divorcio por mutuo

acuerdo de matrimonios de más de cinco años de celebrados, con facilidades procesales.

El tercer aspecto que merece observarse en el actual tratamiento de la separación de hecho es negativo y de carácter patrimonial. Al no incidir en la disolución de la comunidad de bienes gananciales, cuando éste haya sido el régimen económico matrimonial, cosa frecuente dada la supletoriedad legal del mismo, el cónyuge que da lugar a la ruptura de la convivencia puede verse favorecido en el momento ulterior cuando se produzca la disolución de una comunidad conyugal en la cual no ha contribuido materialmente y haga valer los efectos patrimoniales de la celebración formal del matrimonio.

Dentro del área patrimonial y con agravante de mayor iniquidad, también sucede con los derechos sucesoriales en la herencia del cónyuge *de cuius*, los que en el actual artículo 823 del Código Civil, permanecen inalterados con la separación de hecho. Esto es inexplicable, por cuanto la sucesibilidad se pierde con la separación de cuerpos y bienes, basada en el mutuo consentimiento.

Más congruente sería que la separación de hecho hiciera cesar los efectos patrimoniales en relación a la comunidad conyugal y a los derechos sucesorios para el cónyuge causante de la ruptura, ya que para el cónyuge víctima, tales resarcimientos pondrían considerarse como compensación por la injuria padecida.

5.3. La posesión de estado, primera de las situaciones de hecho que toma carta de juridicidad en el Derecho familiar, desde la más temprana codificación venezolana, además de las funciones probatorias tradicionales en materia de filiación, ha adquirido un papel determinante en el Código vigente para la solución de los conflictos de filiación. Cuestión nueva, introducida en 1982 y que resulta de gran utilidad, por cuanto está latente el problema, no afrontado plenamente y mal resuelto, de la atribución legal de paternidad al marido de la mujer sobre los hijos que ella pudiera concebir durante el tiempo de separación del hecho.

Admitida la verdad de la filiación; esto es, coincidencia entre verdad biológica dadas las adquisiciones de la Biología e Ingeniería genética aplicados a la comprobación de la paternidad, sería lógico arbitrar otras salidas, medios más asequibles, que no la acción de desconocimiento, para desvirtuar la presunción legal de paternidad. Y aun conservando las acciones impugnatorias, la legitimación

procesal activa no puede continuar como ejercicio monopólico del marido y eventualmente de sus herederos, sino que debe concedérsele a la madre y al hijo para que puedan establecer la verdad de la filiación.

Mantener, a medias, la preferencia del estado del hijo legítimo, es atentatoria contra la igualdad de la filiación, también admitida por la legislación civil, al extremo que pretendió eliminar hasta la nomenclatura histórica, legítima o natural. Se observa que la jurisprudencia en las sentencias analizadas, hasta cinco años después de la promulgación de la Reforma de 1982, continuaba manejando esa categoría. Prueba de que las nuevas concepciones jurídicas penetran bastante lentamente. Quizás no sólo a causa de la resistencia que las formas del lenguaje oponen a los cambios de contenido y sentido, sino también a que las estructuras mentales continúan atadas a esquemas social y jurídicamente superados.

5.4. El Código de 1982 reformó lo concerniente a la comunidad concubinaria restableciendo la presunción de comunidad ya prevista en el proyecto de Código Civil presentado por la Comisión Clasificadora en 1931 y retomada en la Comisión Clasificadora de 1936, punto de partida para el anterior Código de 1942. Actualmente no se deberá demostrar la contribución al aumento del capital y la presunción favorece tanto a la mujer como al hombre.

Además, el concubinato, para el momento del nacimiento del hijo, hace nacer la presunción de cohabitación para el momento de la concepción en la investigación de la paternidad. No constituye todo lo que hubiera sido de desear, ya que el hijo nacido fuera del matrimonio, carente de un marco de referencia para el establecimiento de su filiación, debería haber obtenido por obra del legislador, la estructura jurídica de que carece, pero que socialmente tiene como nacido de unión estable.

El concubinato continúa siendo objeto de una restrictiva consideración jurídica, lo que puede atribuirse a la tendencia moralista que aún informa la legislación social venezolana.

5.5. En materia de Derecho de Menores, las dos situaciones estudiadas nos conducen a resultados contrapuestos. Primero, la prestación alimentaria, contenida en un artículo de la Ley Tutelar de Menores, el 44, numeral 3, nos revela en la práctica su ineffectividad que presumimos del escaso número de causas ventiladas en los diez años de vigencia de la Ley especial.

La guarda de hecho, en cambio, es muestra patente de que la Jurisprudencia de Menores continúa ocupando lugar clave que se hace necesario estimular y desarrollar. El Derecho de Menores ha tenido como centro de gravitación la actividad de los jueces en interés del menor. Actividad que viene a cubrir una doble faceta, distinta sustancialmente a como es concebida la función del Juez Civil, neutral ante la ley, a quien sólo compete el silogismo de subsunción. No se tiene en cuenta la advertencia de Juliano: "Ni las leyes, ni los senadoconsultos están escritos de tal manera que puedan comprender todos los casos que incidan sobre ellos" (D.1.3.10). Así lo ha entendido el Juez del Menor, cuando completa y desarrolla los dispositivos legales concernientes a la guarda, integralmente considerados en interés primordial del menor.

Como agente principal de la aplicación y realización del Derecho, la jurisprudencia debe materializar la justicia y la equidad ante el caso concreto singularizado y haciendo efectivo el Derecho.

Porque la aplicación del Derecho, su ejercicio y fundamentalmente la jurisprudencia, exigen aprehensión precisa, tanto del Derecho, instrumento de la justicia, como de la multitud de situaciones fácticas que deben encontrar soluciones con ella congruentes. Es la práctica jurídica la que informa al juez y al abogado de la insuficiencia del ordenamiento jurídico positivo. Entonces es cuando debe actuarse el Derecho como arte de lo justo y el juez y el abogado asumir el riesgo de artesanos de la justicia, fin del Derecho. En otras palabras, la *praxis jurídica* se debe nutrir no por el formalismo, la adoración de la ley o la *praxis misma*, sino por la justicia y la equidad. Un tiempo, el Derecho fue definido como arte de lo bueno y de lo justo (Celso, D.1.1.1.), de la solución adecuada en los problemas humanos. Sucedió otro tiempo, cuando emulando a las ciencias de la naturaleza, se ha tratado de hacer del Derecho una ciencia de símbolos, descarnada de la realidad social. Cuando en nuestro tiempo tenemos como nunca antes tal número de disposiciones y ordenaciones y aparataje ordenador, notamos que adolecemos mucho de justicia. No sea que con tanto mecanismo pretendamos hacer del Derecho una tecnoindustria, que pierda de vista el dicho de Hermogeniano: "*Por cuanto todo el Derecho se ha constituido por causa de los hombres...*" (D.1.5.2.).

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

ABOUHAMAD H., CH.: "El juicio sobre el Derecho de Guardia" **Revista Colegio de Abogados del Distrito Federal**, N° 12, Caracas, 1960.

-----: **Nuevo enfoque del Derecho de Familia**, Caracas, 1977.

BETTI, E.: **Interpretazione della Legge e Degli atti Giuridici**. Milano, traducción castellana.

BOCCARANDA, J.J.: **La separación fáctica de cuerpos**. Caracas, 1987.

BONFANTE, P.: **L'equità en Scritti Giuridici Varil IV**, p. 124. Roma, 1926.

BRETONE, C.: **La Lógica dei Giuristi de Roma**. Labeo, 1955.

CALAMANDREI, P.: **La Genesi Lógica della Sentenza Civile. Studi sul processo civile**. Padua, 1930, Itraducción castellana de Sentis Melendo, 1961.

CARBONNIER, J.: **Famille, Legislation et Quelques Autres**, pp. 135-156.

-----: **Derecho flexible**. Traducción Diez Pigazo, Madrid, 1974.

COUTURE, E.: **La prueba de la filiación natural. El precepto: nomen, tractatus y fama**. Estudios de Derecho Procesal Civil II, pp. 413 y ss., Buenos Aires, 1979.

DELGADO, José Manuel: **Más allá del Derecho Natural y del Positivismo Jurídico**. LUZ, 1965.

DELGADO OCANDO, J.M.: **Ficciones y presunciones en el Código Civil venezolano**. Colección de Monografías del CEFD, LUZ, Maracaibo, Editorial Universitaria, 1974.

D'OTHEE: **Quelques reflexions sur la role de la "Bonne foi et équité dans notre Code Civil en Aequitas und Bona Fides"**. Basilea, 1953.

FERRARA, F.: "Potere Legislatore e Funzione del Giudice. Scritti Giuridice" Vol. I., Milán, 1954 *Rivista di Diritto Civile*, 1911.

FEYERABEND, P.: **Contra el método. Esquema de una teoría anarquista del conocimiento.** Traduc. Francisco Hernán, Ariel, 1974, Ediciones Orbis, Barcelona, 1984.

FROSINNI, V.: *Il Diritto nella Societá Tecnologica*. Milán, 1981.

GENY, F.: *Science et Technique et Droit Privé Positif*, París, 1914-1924.

-----: *Méthode d'interprétation et Sources en Droit Privé Positif*, París, 1919.

HOULIN, R.: *Rapport Générale. Les situations de Fait*. Travaux de 1, Association Capitant, 1957.

KASER, M.: **En torno al método de los juristas romanos**. Valladolid, 1964.

LOPEZ HERRERA, F.: *Anotaciones sobre Derecho de Familia*. Caracas, 1978.

LORETO, L.: **La acción y el proceso de filiación natural en el Derecho venezolano**. Ensayos jurídicos. Fabretón Esca, Caracas, 1970.

-----: **Conquistas de la biología al servicio de la legislación y la jurisprudencia**. Ensayos jurídicos. pp. 374-398.

MASCHI, C.A.: *La Concezione Naturalistica del Diritto e Degli Instituti Giuridici Romano*. Milán, 1937.

MENDOZA, M.J.R.: **De la exégesis al Derecho justo**. Barquisimeto, 1982.

PEREZ PERDOMO, R.: "Acceso a la justicia y asistencia jurídica en materia de menores y familia" *Revista de derecho Privado*, 1-3, Caracas, 1984.

REMOND GUILLOND, M.: "La Possession d'état d'enfant". *Revue Trimestrelle de Droit Civil*, 1975.

REVERTE NAVARRO, A.: **Intervención judicial en las situaciones familiares.** Murcia, 1980.

REYNA DE ROCHE, C.: **La atribución al padre de la preferencia para el ejercicio de la patria potestad. Un caso de Derecho disfuncional.** Trabajo de Ascenso, Caracas, 1989.

ROGEL VIDÉ, C.: **La guarda de hecho.** Madrid, 1986.

SAN JUAN, M.: **Dinámica jurídico-social del sistema de asignación y distribución de las potestades parenterales.** Tesis Doctoral, Caracas, 1987.

SAVATIER, R.: **Structures Materielles et Structures Juridiques. Le Droit Privé Français au Milieu du XX Siecle.** T.I. p. 76, París, 1950.

SCHULTZ, F.: "History of Legal Science". **Principles of Roman Law.**

TOCANEL, P.: **Methodología Iurídica.** Roma, 1960.

TORRES RIVERO, A.L.: **Derecho de familia. Procesos de estado,** Tomo II, Caracas, 1967.

-----: **Derecho de familia.** Tomo I. Caracas, 1967.

-----: **Mis comentarios y reparos a la Reforma del Código Civil en 1982.** Tomo I y Tomo II, 1987.

TOSTA, M.L.: "La legitimación del Derecho en Hans Kelsen". **Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas**, N° 73, 1989.

-----: **Iusnaturalismo, positivismo y formalismo jurídico en la doctrina venezolana.** Caracas, 1976.

VILLEY MICHEL: **Comp d'Fil. del Derecho.** Pamplona. Ed. Univ., Navarra, 1979-1981. **Definiciones y Critique de la Pensée Juridique Moderne**, París, 1976. **Philosophie du Droit y Definitions et Fins du Droit.** París, 1978.

WILLS RIVERO, L.: **La guarda del menor sometido a patria potestad.**



Noticias de la Facultad

PREMIOS “CARACCIOLLO PARRA LEON” Y “OSCAR GARCIA VELUTINI” (1991)

Se publican las comunicaciones que los directores de las Escuelas de Estudios Políticos y Administrativos dirigieron, con fecha 10 y 11 de junio, respectivamente, a la Fundación Fernando Parra Aranguren en relación con los premios mencionados.

Como consecuencia de su contenido, la abogada Roxana D. Orihuela G. ganó el premio “Caracciolo Parra León” -diploma y treinta mil bolívares- por ser la egresada de la Facultad con más alta calificación en las promociones de 1991 (18,70 puntos). El premio “Oscar García Velutini” -diploma y quince mil bolívares- le correspondió al bachiller Michael A. Penfold B., con 18,60 puntos.

Las autoridades de la Facultad determinarán el lugar, la fecha y la hora de la entrega. Felicitaciones a los ganadores.

**DEPENDENCIA: Escuela de Estudios Políticos y Administrativos
Nº**

Caracas, 10 de junio de 1992

Ciudadano

Dr. Fernando Parra

Presente.

Por medio de la presente me es grato dirigirme a Ud. con el objeto de enviarle la información solicitada en relación al egresado de más alto promedio en el año

1991 y al estudiante con el más alto promedio durante los tres primeros años de la carrera, para el año 1991.

El egresado con el más alto promedio del año 91, resultó ser el licenciado Ricardo F. Sucre H., cédula de identidad N° 6.821.962, con un promedio de 18,52 puntos, el cual se graduó el 22 de noviembre de 1991.

El estudiante con el más alto promedio, durante los tres primeros años de la carrera, para el año 91 y que en este momento está cursando el Cuarto año (8vo. semestre) resultó ser el bachiller Michael A. Penfold B., cédula de identidad N° 10.334.058, con un promedio de 18,60 puntos.

Sin otro particular quedo de Ud.,
Atentamente,

Dr. Freddy Vivas Gallardo
Director

DEPENDENCIA: Dirección Escuela de Derecho
N° 151/92

Caracas, 11 de junio de 1992

Ciudadano
Dr. Fernando Parra
Presente.

Atención: Fundación Fernando Parra Aranguren

Por medio de la presente me es grato dirigirme a Ud. con el objeto de enviarle la información solicitada en relación al egresado en 1992 con mayor promedio y al estudiante con el mayor promedio histórico durante los tres primeros años de la carrera.

El egresado resultó ser la abogado Roxana D. Orihuela G., cédula de identidad N° 10.348.274, con un promedio de 18,70 puntos, quien se graduó el 30 de abril de 1992.

El estudiante con el promedio histórico más alto resultó ser el bachiller Sajary de la C. González A., cédula de identidad N° 10.976.622, con un promedio de 18,50 puntos, quien hasta el momento ha aprobado 108 unidades crédito.

Atentamente,

Fabiola Romero
Directora

ACADEMIA

Un grupo de profesores y alumnos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas ha comenzado a editar un boletín de opinión jurídica y política universitaria del que ya han aparecido los números cero y uno, a principios de 1992.

El Consejo Editorial lo integran los profesores Gustavo Planchart Manrique, Enrique Tejera París, Leonardo Certad, Gustavo Urdaneta, Carlos Simón Bello, Francisco Iturraspe, Ramón Escovar León, Angel Alvarez; y bachilleres Baldó Sansó y Adriana Golding.

La publicación pretende -según sus autores- “abrir una nueva corriente de discusión en la Facultad, en el resto de la Universidad y en el Foro venezolano” y contiene artículos de reflexión sobre problemas de la academia, la justicia y el país.

PALABRAS DE LA ABOGADA ROXANA D. ORIHUELA G.
Egresada de la Escuela de Derecho con 18,70 puntos.

Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas:
Dr. Nelson Rodríguez.

Directora de Coordinación de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas:
Dra. Mágdalena Salomón de Padrón

Directora de la Escuela de Derecho: Dra. Fabiola Pomero

Miembros del Personal Docente y de Investigación de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas

Compañeros

Señoras y señores

En el momento quizás más importante de nuestras vidas, es fundamental que ahora, cuando decimos un feliz y a la vez triste hasta siempre a nuestra Universidad Central, hagamos un alto a la prisa cotidiana que nos conducía a sus aulas, para reflexionar acerca de dónde realmente estuvimos y percatarnos quizás por vez primera de esas pequeñas y grandes cosas que siempre tuvimos a nuestro lado, pero que posiblemente nunca apreciamos con el verdadero detenimiento y detalle que se merecen.

Nuestra Universidad Central, de la cual egresamos orgullosos, fue creada en 1721, y a lo largo de sus 270 años se ha ganado con justicia el prestigio de ser la primera y más importante Casa de Estudios de Venezuela, reconocimiento que se le atribuye tanto a nivel nacional, como internacional, y el porqué de esta afirmación, abarca desde su maestría arquitectónica, hasta su excelencia académica; en efecto, estuvo Carlos Raúl Villanueva y su equipo, dedicado a la construcción de la Universidad Central de Venezuela; Villanueva dispuso la colocación de murales y esculturas de famosos artistas extranjeros y venezolanos, entre los cuales figuran: Alejandro Otero, Jesús Soto, Pascual Navarro y Francisco Narváez entre otros; vale decir, nuestra Universidad nos deleita con su patrimonio cultural y artístico, por los pasillos por donde caminamos, los techos y paredes que observamos; además, sus extensos jardines sirven de inspiración a cualquier poeta, y seguramente en algún momento sus árboles nos dieron la sombra que necesitábamos para estudiar, y sus céspedes fueron el lugar ideal para un merecido descanso; también en ella encontramos un excelente recinto para saciar nuestras ansias de saber, por tener a nuestra disposición las bibliotecas más completas que las de cualquier otra Universidad Nacional; su comedor, sus áreas deportivas y recreacionales, su Hospital Clínico, su accesible ubicación y su gratuidad, sólo van dirigidas a un objetivo común: que todos los sectores de la población, y fundamentalmente aquellos carentes de recursos económicos suficientes, puedan hacerse partícipes del conocimiento, y se forme así una Venezuela cada vez mejor y más capacitada.

El personal docente que la integra, goza del prestigio y de la responsabilidad que le da formar a los profesionales que egresarán de la primera Casa de Estudios del país.

Sus alumnos, conformamos un polifacético conglomerado de costumbres, religiones, e ideologías en general, pero tal como ocurre en una familia, a pesar de existir diferencias, logramos sentarnos juntos, para al menos tratar que al final prevalezca el interés común, por encima de nuestros sentimientos y pasiones individuales, lo cual es indudablemente un logro. Además, es precisamente ese constante debate, lo que hace que la Universidad sea nuestro sitio de reunión, y nos haga nacer la necesidad de acudir a ella en busca de nuevos horizontes, de ideas distintas a las nuestras, que nos hagan polemizar, pero a la vez a enriquecernos.

Sin embargo, pese a su gran riqueza natural y humana, nuestra Alma Mater enfrenta una grave crisis presupuestaria, indudable reflejo de un problema nacional, ya que aunque sus ingresos han crecido, ha decrecido su poder adquisitivo, y no podemos dejar de denunciar que merece un presupuesto justo, que tome en cuenta que atiende cuarenta y cinco mil (45.000) alumnos de Pregrado, seis mil (6.000) de Postgrado, y cuatro mil quinientos profesores, cuando en honor a la verdad, fue concebida para diez mil (10.000) alumnos; por eso, desde donde nos encontramos y en la medida en que ello esté a nuestro alcance, debemos defender dicha necesidad económica, puesto que a ella le debemos no sólo nuestra formación profesional, sino también nuestro sustento futuro.

Dentro de este marco general, debe decirse que la de leyes fue una de las nueve cátedras con las cuales la Universidad comenzó a funcionar el 9 de agosto de 1725.

Además de ser la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas una de las más antiguas del país, a la misma la marca de prestigio y reconocimiento los insignes hombres que han regentado algunas de sus cátedras, tales como: Miguel José Sanz, Juan Germán Roscio, Julián Viso, Luis Sanojo, Aníbal Domínguez, Carlos Grisanti, José Gil Fortoul, Arminio Borjas, y otros.

Ahora bien, en este momento es preciso acotar que como corolario de la difícil situación económica que experimenta nuestra Casa de Estudios, se está produciendo una crisis académica, generada por el hecho de que varios de sus profesores jubilados, preciados valores docentes que aún se encuentran brindándonos su cúmulo de experiencias y conocimientos, deciden en algún

momento dejar de hacerlo, con lo cual se genera un conflicto económico-docente, con miras a agravarse cada vez más si no se adoptan prontas soluciones.

Por lo demás, queremos aprovechar esta oportunidad, para destacar también la necesidad de que se instaure la figura del asistente de cátedra para la formación de una generación de relevo con vocación para la docencia, y de esta manera, ir llenando poco a poco y con el transcurso del tiempo, el vacío que dejan nuestros insignes maestros.

También, debe acotarse que con el paso de los años el pénsum de nuestros estudios ha venido sufriendo modificaciones, ya que algunas materias desaparecieron, y otras se fueron incorporando en la medida en que el desarrollo del país lo requería; pues bien, ese mismo desarrollo aclama un ampliamiento del pénsum, a través de la apertura de cátedras como las de: Lógica, Técnicas de Investigación, Pruebas, y la División de Áreas como el Derecho de Familia y Sucesiones, que permita abordar en forma más detallada y completa, ciertas asignaturas que cada vez se hacen más extensas y necesarias por el progreso mundial que marca el paso de los tiempos; pero también es indudable que tal planteamiento sería absolutamente irrealista, si no se subsana el problema presupuestario, ya que tal sugerencia implica mayores erogaciones.

Es así por lo que sostendemos que la lucha por el mejoramiento económico de nuestra Universidad, desde nuestros distintos sitios, debe ser una cuestión de honor, respecto a esta Universidad que tanto nos ha dado; pero siempre debemos encaminar esa lucha, por los canales del diálogo, del acuerdo, y nunca por los de la violencia desenfrenada.

En otro orden de ideas, debe decirse que quienes en esta oportunidad nos graduamos, hemos sido testigos de la creación del Curso Propedéutico para los nuevos estudiantes, el cual se viene realizando desde hace cuatro años en forma organizada y sistemática. Dicho curso pretende mejorar el nivel académico de quienes ingresan a nuestra Escuela, introduciéndolos a su vez a los estudios de Derecho.

Es indudable que los resultados de estos cursos son y serán exitosos, palpables al contrastar a quienes lo hacían, con quienes se abstienen, y esto llevó a que

nuestras autoridades acogieran la propuesta formulada por quienes coordinan los mismos, de que se les asigne el carácter de obligatorios, tal como ocurrió con el propedéutico dictado este año.

En el mismo orden de ideas, pensamos que ha sido un verdadero logro la consolidación de la prueba de aptitud interna de la Facultad, y la exigencia en la última de ellas, de un promedio no menor de catorce puntos para poder presentarla: he aquí una eficaz medida para mejorar la excelencia académica.

Debe decirse además que nuestra Universidad cuenta con el privilegio de familiarizarnos con la actividad profesional, a través de sus cátedras de Práctica Jurídica; en síntesis, a los egresados de esta sede, jamás se nos podrá decir que tuvimos una formación meramente teórica, ya que la Práctica Jurídica se encargó de ponernos en contacto con esa realidad que vivimos día a día, y no conforme con esto, nos da la excelente oportunidad de que a través de la realización de pasantías, entremos en contacto directo con el campo laboral, representado por instituciones que gozan de un alto prestigio nacional, e incluso extranjero y éste es un reconocimiento innegable.

Compañeros, egresamos en una época muy particular, y ella nos vincula y nos exige mucho más; durante estos cinco años: se inaugura la Tercera Conferencia de Ministros de Relaciones Exteriores de Centroamérica, la Comunidad Económica Europea y el Grupo Contadora, para lograr las bases de entendimiento para establecer la paz en Centroamérica; en 1987, alrededor de veinte y cinco mil (25.000) estudiantes marchan por las calles de Caracas en la mayor manifestación antigubernamental realizada en los últimos años; el expresidente Reagan y el líder Mikhail Gorbachev firman el tratado que elimina los misiles de alcance intermedio en Europa; el ex presidente Gorbachev expresa su deseo de que la Unión Soviética tome su lugar al frente de una nueva era internacional de paz y cooperación; ocurre el 27 de febrero; Estados Unidos y la Unión Soviética reanudan las pláticas sobre reducción de armas nucleares de largo alcance; Vietnam completa la retirada de sus tropas de Cambodia, diez años y nueve meses después de haber invadido el país; se produce el derrumbamiento del muro de Berlín; el ex presidente Gorbachev se reúne con el Papa Juan Pablo II, en la primera entrevista de un líder de la Unión Soviética y el Jefe de la Iglesia Católica; los presidentes de los Estados Unidos y de la Unión Soviética firman más de una docena de acuerdos que incluye la reducción de armas

nucleares; se desencadena la guerra del Golfo; la desintegración de la Unión Soviética; la Asonada del 4 de febrero; el Golpe de Estado Constitucional del Presidente Fujimori: todos estos acontecimientos, nos revelan que estamos atravesando una época de profundas transformaciones, que nos requiere más tenaces, emprendedores, y convencidos de que sólo convicciones morales sólidas, son capaces de no hacernos flaquear y sucumbir ante las tentaciones malsanas.

Por eso, en esta época de cambios es imprescindible:

- Que como abogados comprendamos que no toda transformación amerita una apresurada y precipitada reforma legislativa, y que nuestra verdadera capacidad profesional, la demostraremos interpretando la ley más allá de sus líneas y acorde con el progreso del tiempo, en la medida en que ello sea posible.
- Que no permitamos que nuestras decisiones se empañen de influencias y colores partidistas, sino que por encima de todo prevalezca la justicia, la cual debe orientar a nuestras actuaciones, tal como lo establece el artículo 2 del Código de Ética que nos rige.
- Que nos concienticemos que el pilar fundamental que origina la crisis político-social que hoy vivimos, es la carencia de valores morales suficientemente arraigados en nosotros mismos; entiéndase, el estudiar en muchos casos por un simple afán de lucro, el pasarnos la vida criticando, con planteamientos huecos de contenido, o incurriendo por conveniencia oportunista en nuestras propias críticas; luchando sin tener claro que a veces nuestro enemigo somos nosotros mismos, y nuestro afán de poder y codicia desmedida.
- Que tengamos claro que el Derecho no es el valor supremo de una sociedad, ya que sabemos que ha servido y sirve en muchos casos para revestir de legalidad los actos más inhumanos y crueles; es decir, sabemos que el Derecho es un arma de doble filo, y en nuestras manos está saber emplearla en pro de la justicia, o de los intereses individuales más egoístas, pero en uno o en otro caso debemos tener presente que la Venezuela de hoy nos clama más que nunca serenos, libres de toda presión de cualquier índole, honestos, ya que en todos nosotros, pese a nuestras diferencias ideológicas y culturales existe el anhelo común de una Venezuela mejor, y ninguno tiene el derecho suficiente para

traicionar este pacto tácito, ya que hacerlo agravaría y haría cada vez menos posible el mejoramiento de la crisis que hoy enfrenta no sólo Venezuela, sino América Latina.

- Debemos también estar plenamente convencidos de que pese a que muchas veces diferentes situaciones traten de poner a prueba nuestra tranquilidad, nuestra preparación como profesionales debe hacernos repudiar la violencia, y siempre buscar el diálogo, el acuerdo, la paz; es decir, ¡No confundamos nuestro rol!; no se trata de graduarnos para fomentar la discordia, el pleito, sino para que éste sólo tenga cabida una vez agotados otros procedimientos conciliatorios.

- Tengamos también presente, compañeros, que es posible que por esto muchas veces nos llamen utópicos, pero la utopía es la constructora de grandes sueños, y a veces los sueños se hacen realidad, sobre todo si todos soñamos lo mismo y aunamos nuestros esfuerzos por un mañana mejor.

En otras palabras, esta Universidad habrá cumplido su cometido, si como reza el artículo 1 de la Ley que la rige, logra afianzar los valores trascendentales del hombre; de lo contrario, los esfuerzos se habrán perdido.

Queremos dar gracias a Dios, que dependiendo de nuestras creencias adopta distintos nombres, por habernos permitido cumplir esta maravillosa meta.

A nuestros padres, a quienes queremos, respetamos, admiramos, y ofrecemos este humilde regalo: el vernos hoy aquí, culminando la etapa que ellos tanto anhelaron.

A nuestros profesores: por haber compartido con nosotros sus conocimientos y experiencias, porque todo lo dieron por el desinteresado y noble deseo de enseñarnos, de que seamos mejores; porque contribuyeron no sólo a nuestra formación profesional, sino también a nuestra formación humana integral; gracias profesores, por la paciencia, la perseverancia, el respeto y el cariño, porque nunca nos olvidaremos, de ustedes, porque siempre le estaremos agradecidos.

En lo personal, mi cariño y agradecimiento por siempre.

Gracias Universidad Central de Venezuela, por habernos cobijado en tus aulas,
y brindarnos la mejor y más significativa oportunidad de nuestra vida: salir del
Aula Magna.

Como dijo el poeta ...

*"A mí no se me ha muerto la esperanza
la justicia mayor está presente
aunque coexistan en su prado
mezquinas injusticias,
éste es el tiempo del amor, y el amor
va haciendo ronda a ronda,
su fiel cosecha".*

Hasta pronto, ya no simplemente compañeros, sino amigos, porque a partir de
este momento, ésta debe ser la consigna que nos identifique por siempre.

Roxana Orihuela Gonzatti
Caracas, mayo de 1992



IMPRESO EN ENERO DE 1993
A PARTIR DE ARTE FINAL
EN LA IMPRENTA UNIVERSITARIA
DE LA UNIVERSIDAD CENTRAL
DE VENEZUELA





UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA

AUTORIDADES UNIVERSITARIAS

Simón Muñoz

Rector

José María Cadenas

Vicerrector Académico

Elías Eljuri

Vicerrector Administrativo

Alix García

Secretario

Nelson Rodríguez García

Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas

Depósito Legal, pp. 76.0648

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

Se solicita canje con publicaciones análogas a esta Revista.

**REVISTA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y POLITICAS**

Año XXXVII

Caracas / 1992

Nº 85



