

Revista de Derecho – N° 35 – Caracas : Tribunal Supremo de Justicia,
Fundación Gaceta Forense, 2014 -- Semestral– ISSN: 1856-0008 --
266 p.

1. Personas jurídicas -- Venezuela.
2. Sentencias -- Venezuela.
3. Derecho laboral -- Venezuela.
4. Arbitraje -- Venezuela.
5. Perención -- Venezuela.
6. Obligaciones -- América Latina

Bartolomé Romero T.

Editor

El Tribunal Supremo de Justicia no se hace responsable
por las ideas emitidas por los autores

© República Bolivariana de Venezuela
Tribunal Supremo de Justicia
Fundación Gaceta Forense
Edición y Publicaciones
Revista de Derecho N° 35

República Bolivariana de Venezuela
Tribunal Supremo de Justicia



Revista de **Derecho**

Número **35**

Tribunal Supremo de Justicia
Fundación Gaceta Forense
Edición y publicaciones
Caracas, Venezuela / 2014

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

Sala Constitucional

Magistrada
Gladys María Gutiérrez Alvarado
Presidenta
Magistrado
Francisco Antonio Carrasquero López
Vicepresidente
Magistrada
Luisa Estella Morales Lamuño
Magistrado
Marcos Tulio Dugarte Padrón
Magistrada
Carmen Zuleta de Merchán
Magistrado
Arcadio Delgado Rosales
Magistrado
Juan José Mendoza Jover

Sala de Casación Civil

Magistrada
Yris Armenia Peña Espinoza
Presidenta
Magistrada
Isbelia Josefina Pérez Velásquez
Vicepresidenta
Magistrado
Luis Antonio Ortiz Hernández
Magistrada
Aurides Mercedes Mora
Magistrada
Yraima de Jesús Zapata Lara

Sala Político Administrativa

Magistrado
Emiro Antonio García Rosas
Presidente
Magistrada
Evelyn Margarita Marrero Ortíz
Vicepresidenta
Magistrada
Mónica Misticchio Tortorella
Magistrado
Emilio Antonio Ramos González
Magistrada
María Carolina Ameliach

Sala de Casación Penal

Magistrada
Deyanira Nieves Bastidas
Presidenta
Magistrado
Héctor Manuel Coronado Flores
Vicepresidente
Magistrado
Paúl José Aponte Rueda
Magistrada
Yanina Beatriz Karabin de Díaz
Magistrada
Úrsula María Mujica Colmenarez

Sala Electoral

Magistrado
Fernando Ramón Vegas Torrealba
Presidente
Magistrado
Malaquías Gil Rodríguez
Vicepresidente
Magistrado
Juan José Núñez Calderón
Magistrada
Jhannett María Madríz Sotillo
Magistrado
Oscar León Uzcátegui

Sala de Casación Social

Magistrado
Luis Eduardo Franceschi Gutiérrez
Presidente
Magistrada
Carmen Elvigia Porras de Roa
Vicepresidenta
Magistrado
Octavio Sisco Ricciardi
Magistrada
Sonia Coromoto Arias Palacios
Magistrada
Carmen Esther Gómez Cabrera

ÍNDICE

| | |
|---|-----|
| <i>Homines, personas, sujetos de derecho, personas jurídicas</i> | |
| Emilio Spósito Contreras..... | 7 |
| Notas sobre la evolución del nombre civil | |
| Emilio Spósito Contreras..... | 21 |
| Del mandato celestial al partido comunista | |
| Jorge Octaviano Castro Urdaneta..... | 33 |
| Las pirañas y el robo de pelo | |
| Ciro Fernando Camerlingo..... | 69 |
| El allanamiento | |
| Ciro Fernando Camerlingo..... | 79 |
| Principios sobre inmunidad y ejecución de sentencias y laudos contra entes estatales | |
| Hernando Díaz-Candia..... | 97 |
| El arbitraje de inversiones | |
| Hernando Díaz-Candia..... | 131 |
| Derechos laborales y justicia de género | |
| Magistrada Carmen Zuleta de Merchán..... | 159 |
| Generalidades sobre la perención de la instancia | |
| Sacha Rohán Fernández Cabrera..... | 169 |
| Un código de las obligaciones para América Latina | |
| Sandro Schipani..... | 237 |
| Recensiones de Libros. Las instituciones judiciales chinas | |
| Emilio Spósito Contreras..... | 257 |

Homines, personas, sujetos de derecho, personas jurídicas

El problema del quién en el Derecho

*Emilio Spósito Contreras**

*Y a Leviatán, ¿podrás pescarlo con un anzuelo y sujetar su
lengua con una cuerda?*

Job 40, 25

Sumario:

Introducción

El problema del quién en el Derecho.

1. Homo. - **2.** Persona. - **3.** Sujeto de derecho. - **3.1.** Desviaciones a partir de la noción de sujeto de derecho. - **4.** Persona jurídica en sentido estricto o persona incorporal. - **4.1.** Sospechas relativas a las personas jurídicas privadas. - **4.2.** Sospechas relativas a las personas jurídicas públicas. - Conclusiones.

Introducción: El problema del quién en el Derecho

Cuando Gayo estructuró sus *Instituciones*¹, lo hizo siguiendo la tradición pretoriana² y la lógica propia del arte oratoria³, con base en la

* Abogado de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Profesor Asistente de *Derecho Civil I, Personas*. Profesor de *Derecho Romano I* del 2004 al 2009 de la Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas.

¹ GAYO, *Instituciones*. Traducción y notas de Alfredo di Pietro. Abeledo-Perrot. 5ª edición. Buenos Aires, 1997.

² Digesto I, V, 2, “*HERMOGENIANO*; Epítome del Derecho, libro I. –*Así pues, como todo derecho haya sido constituido por causa de los hombres, trataremos primero del estado de las personas, y después de las demás cosas, siguiendo el orden del Edicto perpetuo (...)*”.

³ Cfr. A. GUZMÁN BRITO, *El carácter dialéctico del sistema de las Instituciones de Gayo*. En AA. VV., *Estudios de Derecho romano en homenaje al profesor Dr. Don Francisco Samper*. Coordinado por Patricio-Ignacio Carvajal. Librotecnia. Santiago de Chile 2007, pp. 427-458.

cual, primero expuso el quién del Derecho, esto es, las personas; segundo el qué, es decir los bienes y sus formas de adquisición: obligaciones, contratos y sucesiones, y tercero el cómo, o lo que es lo mismo: las acciones⁴. Este mismo diseño de enseñanza del Derecho fue oficializado (533 d. C.) por el emperador Justiniano en sus *Instituciones*⁵, codificado (1804) por el cónsul N. BONAPARTE para regir Francia así como servir de modelo para el mundo, y asumido en nuestros actuales programas de estudio del Derecho.

Ahora bien, la totalidad de las desviaciones llamadas violaciones de derechos humanos, llevan implícitas el desprecio del ser humano o el desconocimiento de la humanidad de las personas. Tanto en uno como en otro caso, tales violaciones suelen ocurrir cobijadas por un manto de juridicidad, y emanan desde un sujeto que, paradójicamente, se hace llamar: persona jurídica. Conocer la evolución del quién en el Derecho, desde el animal hombre hasta las personas jurídicas, nos permite evidenciar las contradicciones resultantes de ambigüedades en el manejo del tema de las personas, fundamental para toda la construcción del edificio jurídico.

Con razón C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, de la Pontificia Universidad Católica del Perú, al respecto señala:

*(...) si no se descubre y comprende al ser humano es imposible saber que es el Derecho y, por tanto, que es la persona jurídica. No podemos olvidar que el Derecho es creación del ser humano como respuesta a una necesidad existencial desde que está naturalmente condicionado a vivir en sociedad*⁶.

1. Homo

Sobre el principal tema del estudio del Derecho: las “personas”, es de advertir que en el Derecho romano el referido término es tardío, encontrándose desde muy antiguo el uso del termino “*homo*” –hombre–

⁴ *Digesto I, V, 1, “Todo el Derecho de que usamos, concierne o a las personas, o a las cosas, o a las acciones”* (JUSTINIANO, *Cuerpo del Derecho Civil Romano*. Traducción de Ildefonso L. García del Corral. Editorial Lex Nova. Valladolid 2004).

⁵ *Instituciones*, preámbulo, 6, “*Estas Instituciones, sacadas de todas las antiguas, de muchos comentarios, y principalmente de los de nuestro Gayo (...)*”.

⁶ C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Naturaleza tridimensional de la persona jurídica. Con especial referencia al Derecho peruano*. En *Derecho PUC*, número 52. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, abril-diciembre 1999. También en “http://www.pucp.edu.pe/dike/biblioteca/autor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_12.PDF”, consultado el 3 de noviembre de 2009.

para referirse al quién del Derecho: “*Alla concreta nozione di homines sono connesse quelle, anche concrete, di liberi, servi, cives Romani, ingenui, libertini, qui in utero sunt, etc.*”⁷. Ello explica, entre otras cosas, que para los romanos el Derecho privado tenga por partes, además del Derecho civil (ciudadanos romanos), el Derecho de gentes (todos los hombres) y el Derecho natural (la especie humana en el contexto de la naturaleza)⁸. En cambio, en la modernidad, el *iuspositivismo* introduce la noción de “persona jurídica”, en sentido amplio, equivalente a sujeto de derecho, con lo que se ha pretendido relegar la concepción *iusnaturalista* que coloca en el centro del Derecho al hombre en su dimensión espiritual, racional y física.

Una consecuencia muy importante de la partición del Derecho en civil, de gentes y natural, es la relativa a la condición de los siervos o esclavos en Roma, quienes según esta visión⁹, en tanto hombres, eran personas¹⁰, sujetos de derechos –al menos hasta los siglos V-VI d. C.– y no objetos o cosas como algunos se empeñan en afirmar¹¹.

2. Persona

La introducción del término persona en vez de hombre, ya parece constituir un paso atrás en la juridicidad del hombre y humanidad del Derecho.

El término persona, como es frecuente escuchar, viene de la máscara del teatro que, además de la mejor representación del actor por los rasgos manifiestos en ella, permitía la proyección de la voz del intérprete. De lo que se sigue que los hombres son personas por cuanto desempeñan roles o papeles (padre de familia, magistrado, sacerdote, etc.) en el teatro o escena jurídica¹².

⁷ Cfr. P. CATALANO, *Diritto e Persone I*. G. Giappichelli Editore. Torino 1990. p. 167.

⁸ *Instituciones I*, I, 4.

⁹ Además de P. Catalano, ya citado, *vid.* G. GROSSO, *Schemi giuridici e società nella storia del diritto privato romano Dall'epoca arcaica alla giurisprudenza classica: diritti reali e obbligazioni*. G. Giappichelli. Torino 1970, y O. ROBLEDA: *Il diritto degli schiavi nell'antica Roma*. Pontificia Università Gregoriana. Roma 1976.

¹⁰ “(...) *unas personas son dueñas de si mismas, y otras están sujetas a ajena potestad*” (Digesto I, VI, 1. También, *Instituciones I*, III).

¹¹ *V. gr.* “*Efectivamente, el esclavo estaba excluido del concepto; era simplemente una cosa, y, si entraba en una relación de derecho no era como sujeto, sino como objeto*” (F. PUIG PEÑA, *Introducción al Derecho Civil Español y Foral*. Editorial Bosch, 2ª edición. Barcelona 1942, p. 206).

¹² *Vid.* J. M. DELGADO OCANDO, *Lecciones de Introducción al Derecho*. Vadell Hermanos Editores. 4ª edición revisada y puesta al día. Caracas-Valencia 2001, p. 20; y Mª C. DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *La persona: ideas sobre su noción jurídica*. En *Revista de Derecho*, número 4. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas 2002, p. 319.

No obstante, en el Derecho romano se califica de infame al actor teatral o escénico:

Digesto III, II, 2, §5: Dice el Pretor: “el que hubiere salido á la escena” es infame. Escena es, según la define Labeon, cualquier lugar destinado para hacer juegos, en donde alguno se presente y se mueva para dar espectáculo de su persona, que se haya establecido en un sitio público o privado, ó en una aldea; pero en cuyo lugar sean admitidos indistintamente los hombres por causa del espectáculo. Porque Pegaso y Nerva, el hijo, respondieron, que eran infames los que por lucro descenden á los certámenes, y todos los que por premio se presentan en la escena (sic).

Posteriormente, con el advenimiento del cristianismo, no será menos repudiado el teatro y, por extensión, lo teatral y los actores:

*¡Oh juicios sin juicios! ¡Qué error! O, por mejor decir, ¡que furor es éste tan grande, que llorando vuestra ruina (según he oído) las naciones orientales y haciendo públicas demostraciones de sentimiento y tristeza las mayores ciudades que hay en las partes más remotas de la tierra, vosotros busquéis aún los teatros, entréis en ellos, os ocupéis en recrear vuestra idea con la imagen más viva del vicio, y ejecutéis aún mayores desvaríos que antes!*¹³

Con base en el rechazo al teatro y su personae, es de hacer notar que la introducción de la expresión “persona”, propia del argot de los actores, sugiere una degradación, sino del Derecho, al menos del lenguaje. En todo caso, lo importante de la referencia es la posibilidad de cuestionar el argumento que supone que la noción de persona “(...) no puede identificarse con el concepto natural o físico del hombre, porque no aludía de ninguna manera a circunstancia de tipo espacio-temporal, sino que aludía a la función que desempeñaba el hombre dentro de la comunidad”¹⁴.

No será hasta el siglo XVI cuando, según trabajo de R. ORESTANO, *Il problema delle persone giuridiche*, encontremos en las obras de DONELLUS y DUARENUS una clara separación jurídica entre las

¹³ SAN AGUSTÍN, *La ciudad de Dios*. Traducción de José Cayetano Díaz de Beyral. Folio. Colección Biblioteca de Filosofía. Barcelona (España) 2002, p. 43.

¹⁴ DELGADO OCANDO, *op. cit.*, p. 20.

nociones de *homo* y persona¹⁵, asumiéndose definitivamente “persona” como el quién del Derecho.

Aunque es claro que la noción de persona para el Derecho excede la de “hombre”, porque incluye a la persona incorporal o jurídica en sentido estricto, es indudable que el ser humano es la persona por excelencia, calificada con razón por algunos como la “*única y auténtica*”¹⁶. Si bien la noción de persona es jurídica, aun partiendo de ello, debe concluirse que el hombre preexiste a la declaración de ley, es el único ser dotado de condiciones naturales y jurídicas para conformar necesariamente el contenido del concepto de persona¹⁷.

3. Sujeto de derecho

Corresponderá a F. C. SAVIGNY, en Sistema del Derecho romano actual, la formulación de la noción de “sujeto de derecho”:

*“Todo hombre singular, y sólo singularmente el hombre, es capaz de derechos”. Todavía este primitivo concepto de persona puede recibir modificaciones por el Derecho positivo, de dos maneras: limitativamente y extensivamente, ya aludidas en la fórmula enunciada. Podría, en primer lugar, negar a algunos singulares hombres, en todo o en parte, la capacidad jurídica. Podría, en segundo lugar, extender la capacidad a cualquier otro ente, distinto al hombre singular, y así puede artificialmente formarse una persona jurídica*¹⁸.

Con la paradójicamente llamada “Pandectística” alemana, llegamos a la abstracción del “sujeto de derecho” y, como consecuencia de ello, a la definitiva deshumanización de la noción de persona. En tal sentido, el quién del Derecho será:

*(...) el sujeto de derecho, o por mejor decir, el ser susceptible de tenerlos o de figurar como término subjetivo, en una relación de derechos*¹⁹.

Son personas los seres susceptibles de llegar a ser sujetos, activos o

¹⁵ Cfr. CATALANO, *op. cit.*, p. 169.

¹⁶ F. SERRANO MIGALLÓN, *La Determinación de la Justicia*. Impresiones Modernas S.A., México 1968, p. 183.

¹⁷ DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *op. cit.*, p. 335.

¹⁸ Citado en CATALANO, *op. cit.*, p. 170. Traducción del autor.

¹⁹ PUIG PEÑA, *op. cit.*, p. 206.

*pasivos, de derecho, y que tienen, por consiguiente, aptitud para desempeñar un papel en la vida jurídica*²⁰.

*Jurídicamente es persona todo ser a quien el Derecho acepta como miembro de la Comunidad*²¹.

En nuestro Derecho, la noción es acogida, entre otros, por J.L. AGUILAR GORRONDONA²², F. HUNG VAILLANT²³ y M. C. DOMÍNGUEZ GUILLÉN²⁴. Esta última en atención al funcionamiento de la relación jurídica indica que la persona es el sujeto, ya sea activo o pasivo, de la relación o situación jurídica. De allí que persona sea sinónimo de sujeto de derecho, pues es el sujeto de la relación o situación de derecho, cualquiera que sea la posición que ocupe²⁵.

También se ha indicado en la doctrina patria –advirtiendo que se trata de una noción eminentemente técnico-normativa– que el sujeto jurídico o sujeto de derecho “(...) *es la entidad portadora de facultades y obligaciones jurídicas*”²⁶.

Un intento de explicar el sujeto de derecho es separar –como si ello fuera posible– las dimensiones natural, “*en el caso de que la persona se considere psicobiológicamente*”, y moral del hombre, “*en el caso de que se la considere como un ser dotado de fines, capaz de realizar valores*”, para finalmente señalar “(...) *que lo que le interesa al Derecho es la vida impersonal, la vida objetiva, la vida social*”²⁷, y por tanto, ni persona natural ni moral son sujetos de derecho, sujeto titular de derechos y obligaciones.

²⁰ L. JOSSERAND, *Derecho Civil*. Traducción de la 3ª edición francesa por Santiago Cunchillos y Manterota. Ediciones Jurídicas Europa-América y Editorial Bosch. Buenos Aires, reimpresión de 1993, p. 170.

²¹ M. ALBALADEJO, *Derecho Civil I, Introducción y parte general*, volumen I. José María Bosch Editor, 14ª edición. Barcelona 1996, p. 211.

²² *Personas, Derecho Civil I*. Universidad Católica Andrés Bello, 21ª edición. Caracas 2008, p. 39.

²³ *Derecho Civil I*. Vadell Hermanos Editores, 4ª edición puesta al día y aumentada. Caracas-Valencia 2009, p. 65.

²⁴ *Inicio y extinción de la personalidad jurídica del ser humano*. Tribunal Supremo de Justicia. Colección Estudios Jurídicos, número 17. Caracas 2007, pp. 21-24; *La persona...*, p. 320.

²⁵ DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *La persona...*, p. 320.

²⁶ F. PARRA ARANGUREN y A. SERRANO, *Elementos para el estudio de la norma jurídica*. En “*Actas procesales del Derecho vivo*”, números 61-63, Vol. XXI. Grafiúnica, Caracas 1977, p. 50.

²⁷ DELGADO OCANDO, *op. cit.*, p. 21.

No obstante la general aceptación de la noción de sujeto de derecho como equivalente a la de persona, es de resaltar lo reciente de la primera (siglo XIX), así como la persistencia de la noción de hombre equivalente a la de persona:

*La noción “persona” se asocia a la idea de ser humano, y ello es natural, pues el hombre es la persona por excelencia, y al comienzo de la historia jurídica era única*²⁸.

3.1. Desviaciones a partir de la noción de sujeto de derecho

Olvidar o desconocer el origen y fundamento de la noción de persona (los hombres) ha llevado –y desgraciadamente todavía lleva– a desviaciones en el tratamiento de los sujetos de derechos, con consecuencias prácticas inadmisibles. Así por ejemplo, a penas el siglo pasado, la humanidad experimentó la vigencia de leyes segregacionistas de grupos humanos por razón de su religión (la Alemania nazi contra los judíos²⁹) o raza (los Estados Unidos de América o Sudáfrica³⁰ contra los negros). Actualmente, algunas de las partes del mundo que se jactan de ser más desarrolladas que las demás, aplican las leyes más duras e injustas contra grandes masas de hombres en razón de su nacionalidad o procedencia (Norteamérica³¹ y Europa³² contra los inmigrantes).

Un tema muy sensible sobre el que incide directamente la noción de persona, es el del inicio y extinción de la persona natural, pues mientras ésta se acerque más a la noción técnica jurídica de sujeto de derecho, alejándose de la de hombre –ser humano–, mayor será entre nosotros el efecto anestésico de figuras como el aborto o la eutanasia. Efectivamente, como en muchos otros ordenamientos, nuestro Derecho considera el nacimiento como el inicio de la personalidad jurídica del ser humano (artículo 17 del Código Civil), a pesar de que “*Los médicos (...) coinci-*

²⁸ DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Inicio y extinción...*, p. 21.

²⁹ *V. gr.*, la Ley para la restauración del servicio profesional civil (1933) y la Ley para la protección de la sangre y el honor alemanes (1935).

³⁰ *V. gr.*, las leyes del *apartheid*, o “separación” en *afrikaans*, entre las cuales resaltaron la Ley de tierras de nativos, número 27 (1923), Ley de nativos –Áreas urbanas– (1923), Ley de prohibición de matrimonios mixtos, número 55 (1949), Ley de inmoralidad, número 21 (1950) y Ley de registro de población, número 30 (1950).

³¹ Las leyes norteamericanas de inmigración, hasta contemplan la construcción de un muro de 595 kilómetros a lo largo de la frontera con México.

³² *V. gr.*, la Directiva de retorno de inmigrantes ilegales de terceros países, del Parlamento Europeo, del 18 de junio de 2008.

den en sostener que es un hecho indudable el inicio de la vida a partir del instante mismo de la concepción”³³.

La naturaleza de la protección legal del conceptus como super-persona, sólo puede entenderse³⁴, desde nuestra concepción actual, a partir del origen y fundamento de la noción de persona.

Asimismo, haciendo equivaler persona con sujeto de derecho, puede llegar a afirmarse que significando éste quien está investido actualmente de un derecho determinado, “(...) un niño y un loco serían personas, pero existen serios obstáculos para considerarlos como sujetos de derechos en el término técnico de la ciencia jurídica”³⁵, para cerrar con la máxima: “Todo sujeto de derecho, pues, será persona, pero no toda persona será sujeto de derecho porque la actuación supone aptitud o susceptibilidad, pero no viceversa”³⁶. En el mismo sentido, también podría afirmarse que un paciente en estado vegetativo no es sujeto de derecho y abonar a favor de la práctica de la eutanasia.

La persona es sin duda la protagonista y el centro del orden legal y en su protección ha de apuntar cualquier interpretación jurídica³⁷.

4. Persona jurídica en sentido estricto o persona incorporal

En todos estos casos, lamentablemente se ha olvidado que la persona es esencialmente el hombre; pero todavía no encontraremos el extremo de la abstracción del sujeto de derecho, hasta estudiar la persona jurídica en estricto sentido³⁸ (artículo 15 del Código Civil): “(...) seres

³³ DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Inicio...*, p. 47. Véase también sobre la vida del concebido: D. M^a RIBEIRO SOUSA, *Situación Jurídica del concebido ante los avances de la ciencia (Especial referencia al tratamiento del concebido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y sus diferencias con la Constitución de 1961)*. En *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, número 118. Universidad Central de Venezuela. Caracas 2000, pp. 271-295.

³⁴ Sobre la problemática relativa a la situación jurídica del *conceptus*, vid. DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Inicio...*, pp. 125-137.

³⁵ PUIG PEÑA, *op. cit.*, pp. 206-207. En el mismo sentido, casualmente en forma literal, cfr. G. CONTRERAS B., *Manual de Derecho Civil I*, Personas. Vadell Hermanos Editores. 5^a edición aumentada. Valencia 1987, pp. 37-38.

³⁶ *Ibidem*, p. 207.

³⁷ Cfr. M^a C. DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Primacía de la persona en el orden constitucional*. En *El Estado constitucional y el Derecho Administrativo en Venezuela*. Libro Homenaje a Tomás Polanco Alcántara. Universidad Central de Venezuela, Instituto de Derecho Público. Caracas 2005, pp. 299-320.

³⁸ Se utiliza tal término para aclarar que el ser humano también es persona jurídica en sentido amplio. Esto es, las personas jurídicas incluyen a las naturales y a los entes incorporales. Cfr. F.

*inmateriales que viven una vida jurídica*³⁹, “(...) seres ficticios, imaginarios y quiméricos”⁴⁰. La creación de la personalidad moral como obra del propio hombre se presenta como uno de los fenómenos jurídicos que todavía no ha logrado ser explicado satisfactoriamente⁴¹. Pues se trata de la atribución de la condición de sujeto de derecho a un sustrato material distinto del hombre, siendo que los actos de los individuos que la componente no le afectan a ellos sino a la entidad⁴².

Aunque no se desconoce a la persona jurídica⁴³, es de advertir que no encuentra verdaderos antecedentes en la Antigüedad⁴⁴; por el contrario, la noción de persona jurídica es reciente⁴⁵ y, por lo tanto, no es necesaria, o al menos, no resulta indispensable:

*La eliminación del concepto de persona jurídica no tiene ninguna consecuencia dañosa para nuestra cultura jurídica (...). La historia del Derecho romano enseña lo contrario. La posición jurídica del ciudadano romano no sufrió, ni en edad republicana ni en edad imperial, por el hecho que la persona jurídica fuese y permaneciese desconocida para el Derecho*⁴⁶.

Es a partir de los trabajos de Sinibaldo dei FIESCHI (1185-1254) – quien llegó a ser Papa como INOCENCIO IV–, que empieza a desarrollarse la idea de una persona jurídica para las instituciones de la Iglesia

PARRA ARANGUREN, *Derecho del Trabajo, Política, Técnica y Lenguaje jurídico*. En Revista sobre Relaciones Industriales y Laborales, número 44. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas 2008, p. 18; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *La persona...*, pp. 330-331.

³⁹ JOSSE RAND, *op. cit.*, p. 170.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 461.

⁴¹ DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *La persona...*, p. 336.

⁴² PARRA ARANGUREN y SERRANO, *op. cit.*, p. 53.

⁴³ “(...) esto no quita para que la subjetividad concedida a la persona jurídica produzca jurídicamente los mismos efectos y ofrezca las mismas ventajas prácticas que la subjetividad que es connatural a la persona física. En efecto, el paralelismo entre la una y la otra se puede llevar; más o menos a fondo, en todos los aspectos de la doctrina del sujeto de los derechos” (F. MESSINEO, *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Tomo II. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires 1954, p. 158).

⁴⁴ CATALANO, *op. cit.*, pp. 163-188.

⁴⁵ “Con la Revolución, el concepto tradicional sufrió un eclipse; el Derecho del periodo intermedio, por odio al antiguo régimen, se mostró hostil al espíritu corporativo y asociacional, y la gran codificación napoleónica guardó silencio sobre la personalidad moral” (JOSSE RAND, *op. cit.*, p. 463); DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *La persona...*, p. 334.

⁴⁶ U. VON LÜBTOW, *Bemerkungen zum Problem der juristischen Person*. Citado por CATALANO, *op. cit.*, p. 163. Traducción del autor.

Católica bajo la fórmula de “*persona ficta vel representata*. Posteriormente, con T. HOBBS (1588-1679) se habla de “*persona artificialis*” para referirse al Estado o al monstruo por él llamado: *Leviatán*.

Vale reseñar la concepción de las personas jurídicas “colectivas”⁴⁷ como “*construcciones lógicas*” –o sofisticas, diría uno–, recogida por Carlos Santiago Nino, al señalar:

*(...) nuestro lenguaje contiene muchas expresiones sustantivas que no denotan ninguna entidad real ni ficticia y, sin embargo, cumplen una función muy útil en frases significativas; tal es el caso de expresiones como “hombre medio”, “dólar”, etcétera. Su significatividad ésta garantizada por el hecho de que si bien no tienen denotación posible (no puede haber nada que sea en sí misma un dólar, en lugar de un billete que representa ese dólar), ellas aparecen en frases que son traducibles, total o parcialmente, a otras frases, generalmente mucho más complejas, cuyas expresiones sí denotan entidades o hechos empíricos. En el caso de las personas jurídicas colectivas, las oraciones en las que aparece el nombre de alguna de ellas son sustituibles en ciertos contextos por frases que hablan acerca de relaciones muy complejas entre normas y actos de individuos (...)*⁴⁸.

Tanto en la persona jurídica como el Estado moderno, es esencial la representación; de lo que, por argumento en contrario, podría inferirse que un Estado verdaderamente democrático –o participativo–, esto es, en el que el pueblo ejerce directamente la soberanía, se supera la noción de persona jurídica-Estado⁴⁹.

⁴⁷ Sobre el punto, v. C.S. NINO, *Introducción al análisis del Derecho*. Editorial Astrea. Colección “Filosofía y Derecho”, número 5. 2ª edición ampliada y revisada. 14ª reimpression. Buenos Aires 2007, pp. 231 y ss.

⁴⁸ C.S. NINO, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*. Editorial Astrea. Colección “Filosofía y Derecho”, número 15. 2ª edición ampliada y revisada. Buenos Aires 1989, p. 250.

⁴⁹ Sobre la falta de antecedentes antiguos de la persona jurídica y la reconstrucción de un modelo político alternativo desde el Derecho romano, sin necesidad de representación-delegación, actualmente trabaja con éxito el profesor G. LOBRANO y su equipo de investigadores en la Universidad de Sassari, Cerdeña, Italia.

4.1. Sospechas relativas a las personas jurídicas privadas

El alegado fundamento de la persona jurídica, en la tan ventajosa como necesaria unidad de esfuerzos entre los hombres⁵⁰, no es más que una característica humana que, por su puesto, resulta muy anterior e independiente de la ficción de la persona jurídica. Tan es así, que precisamente para garantizar la justicia, jurisprudencialmente⁵¹ se ha buscado limitar abusos de la personalidad jurídica, “(...) *en perjuicio de los terceros que se relacionan jurídicamente con la sociedad, sean tales relaciones contractuales o de cualquier otra clase*”⁵².

A todo evento, bien podría prescindirse de la persona incorporal por ser una creación o invención del orden jurídico, a diferencia de la persona humana, que constituye un *prius* para el Derecho⁵³. La atribución de personalidad a entes distintos al hombre no le quita a éste el sitio de la persona por excelencia a lo largo de toda la historia⁵⁴.

⁵⁰ “El Derecho no crea seres de la nada, sino que atribuye personalidad (...) a ciertos entes que aprehende del campo social (...), para alcanzar determinados fines que interesan, no a un solo hombre, sino a una pluralidad de ellos, o que prácticamente sólo son conseguibles, o, al menos, lo son más fácilmente, por organizaciones humanas, que por el hombre aislado” (ALBALADEJO, op. cit., p. 376).

⁵¹ “Se trata de casos donde el juez debe «levantar el velo» de la persona jurídica o empresa a fin de indagar los intereses de los hombres o seres humanos que integran la persona jurídica y la de sus miembros conduce a resultados completamente injustos y hasta contrarios a derecho” (Fallo del Juzgado Superior Primero de Familia y Menores de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, del 3 de marzo de 1994 (AMCSFM1, Sent. 3-3-94, J.R.G., T. 129, pp. 78-80). Citado por Levis Ignacio ZERPA, *El abuso de la personalidad jurídica en la sociedad anónima. En Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, número 116, edición Homenaje a José Román Duque Sánchez. Año XLVI. Universidad Central de Venezuela. Caracas 2000, p. 103; M. C. DOMÍNGUEZ GUILLEN, *Diccionario de Derecho Civil*. Panapo. Caracas 2009, pp. 12 y 13, reseña en la expresión “abuso de la personalidad jurídica” que la misma “(...) tiene lugar cuando se ha utilizado la persona jurídica en sentido estricto, esto es, la personalidad incorporal, para frustrar la ley o violar los derechos de terceros. Se dice que excepcionalmente el Juzgador podría ver más allá de la forma del ente, y ‘levantar el velo’, esto es, penetrar en la realidad sustancial y lograr que respondan personalmente las personas naturales que están amparándose en la forma jurídica del sujeto moral. De allí que se aluda a teoría del abuso de la personalidad jurídica, teoría del levantamiento o corrimiento del velo corporativo o teoría de la penetración del ente. Constituye una elaboración doctrinaria que a todo evento debe tener aplicación excepcional pues rompe la concepción tradicional que justifica la personalidad incorporal como ente autónomo y con voluntad propia distinta de los sujetos naturales que lo componen”.

⁵² ZERPA, op. cit., p. 91.

⁵³ Cfr. DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *La persona...*, pp. 332-333.

⁵⁴ *Ibidem*, pp. 335 y 336, “(...) La atribución de personalidad a instituciones carentes de corporeidad no desvirtúa el carácter necesario que supone la personalidad del ser humano;

4.2. Sospechas relativas a las personas jurídicas públicas

Si el Estado es una persona jurídica –la persona incorpóral por excelencia o persona jurídica de existencia necesaria– es algo distinto al conjunto de los ciudadanos, lo cual explica la posibilidad de oposición entre uno y otros, aunque la persona del Estado sea una ficción; así como la necesidad de la representación como estructural del Estado. Respecto de lo primero, el ciudadano –¿súbdito?– resulta apartado, víctima, de lo público; respecto de lo segundo, el Estado es por naturaleza aristocrático y la democracia, en el verdadero sentido de la expresión, resultaría ajena a la experiencia del Estado moderno. A favor de un Estado necesariamente representativo –no democrático– se cuentan las opiniones de E. KANT⁵⁵, B. CONSTANT⁵⁶ y A. TOCQUEVILLE⁵⁷, entre otros.

Para Planiol, citado por Josserand⁵⁸, en materia de personas jurídicas “(...) se llega (...) a reconocer la omnipotencia del Estado soberano dispensador de la personalidad moral y de sus atributos” –¡el Estado se reproduce por partenogénesis!⁵⁹ – para concluir categórico: “se hace estatismo a grandes dosis”⁶⁰.

No obstante, las dificultades que hoy enfrenta el modelo del Estado moderno, implican problemas también para la persona jurídica y viceversa: “La ‘crisi della persona giuridica’ rivela anche così la sua stretta connessione con la ‘crisi dello Stato’”⁶¹.

contrariamente lo reafirma. Inclusive en tiempos remotos donde no existían formalmente en el mundo jurídico los entes ideales por ser éstos una creación reciente en la historia del Derecho, la noción de persona estaba conformada por el ser humano. Y el hecho de que cierta categoría de seres humanos como los esclavos no tuviesen personalidad confirma que la noción de hombre-persona no es prescindible en ningún sistema jurídico por muy antiguo que este sea. De manera que es posible encontrar una época en la historia donde si bien no existía la persona jurídica en estricto sentido, ni todos los seres humanos eran sujetos de derecho, la única persona existente y necesaria era definitivamente, el ser humano”.

⁵⁵ E. KANT, *La paz perpetua*. Traducción de Rivera Pastor. Espasa Calpe. Madrid 1972.

⁵⁶ Al respecto, vid. P. CATALANO, *Tribunado, censura, dictadura: conceptos constitucionales bolivarianos y continuidad romana en América*, en *Quaderni Latinoamericani*, número VIII. Associazione di Studi Sociali Latinoamericani. ESI. Sassari 1981, pp. 1-11.

⁵⁷ A. de TOCQUEVILLE, *La democracia en América*. Traducción de Luis R. Cuellar. Fondo de Cultura Económica. Sección de obras de Política y Derecho. México 1957.

⁵⁸ *Op. cit.*, p. 462.

⁵⁹ Un comentario de RASHÍ (Rabino Salomón hijo de Isaac) al Génesis, sugiere que la hembra del Leviatán fue apartada para evitar que procrearan.

⁶⁰ *Idem*.

⁶¹ CATALANO, *op. cit.*, p. 164.

Conclusiones

Con el presente ensayo, sobre el principal y probablemente más complejo tema de nuestra disciplina: el quién del Derecho; lejos de pretender negar el desarrollo científico del mismo, se busca reafirmarlo, en el único sentido que puede hablarse de verdadero “desarrollo”, esto es desde el hombre integralmente considerado. Lo contrario, ha llevado a desviaciones que pretenden ser “jurídicas”, precisamente porque han dejado de preguntarse sobre ser justas.

De hombre a persona, de persona a sujeto de derecho y de sujeto de derecho a persona jurídica —especialmente a la persona Estado—, notamos un gradual deterioro del hombre, ser humano, como referente del Derecho (deshumanización del Derecho), con evidente perjuicio de la igualdad y la paz.

Las personas jurídicas privadas no se deben a la necesidad de sociabilidad o solidaridad de los hombres, la sociedad nunca tuvo necesidad de ser alguien más o distinto a la suma exacta de sus componentes; y las personas jurídicas públicas o, más precisamente, la persona jurídica pública: Estado —en palabras de HOBBS, el monstruo Leviatán— al ser distinto del pueblo⁶², asume la soberanía que a éste teóricamente suele asignársele y, por tanto, le subyuga, normalmente de manera opresiva.

Asistimos a una época en que los males de la tendencia evidenciada, finalmente parecen ser reconocidos, aunque todavía no exista clara conciencia de las razones de tales males y, mucho menos, de cómo enfrentarlos. Aprovechese la crisis del Estado y de la persona jurídica, considerando la solución de tales males pasa por reubicar al hombre al centro, como el principal —si no el único— quién del Derecho.

⁶² En J. J. ROUSSEAU, por el contrario, la colectividad es idéntica a la suma de sus componentes, de allí que hablando del soberano, pudiera afirmar: “Desde que esta multiplicidad queda constituida en un cuerpo, no se puede ofender á uno de sus miembros, sin atacar á la colectividad y menos aún ofender al cuerpo sin que sus miembros se resientan” (*El contrato social o Principios de Derecho político. Precedido del Discurso sobre las ciencias y las artes y del Discurso sobre el origen de la desigualdad*. Traducción de Everardo Velarde. Editora Nacional. México 1976, p. 201).

Notas sobre la evolución del nombre civil

*Emilio Spósito Contreras**

Puesto nombre y tan a su gusto a su caballo, quiso ponérsele a sí mismo, y en este pensamiento duró otros ocho días, y al cabo se vino a llamar Don Quijote; de donde, como queda dicho, tomaron ocasión los autores de esta tan verdadera historia, que sin duda se debía de llamar Quijada y no Quesada, como otros quisieron decir.

Miguel de Cervantes¹

Sumario

Introducción

1. Formas de llamar a las personas y la in-significancia del nombre. - 2. Evolución del nombre: Del prenombre al apellido. - 3. La regulación del nombre. - A modo de conclusión.

Introducción

El lenguaje, que es simbólico, también es un símbolo en sí mismo, y al nombrar le ha sido atribuido valor mágico-religioso². Así por ejemplo, en las creencias esquimales el hombre es cuerpo, alma y nombre³, intuyéndose en muchas otras culturas que grandes transformaciones

* **Universidad Central de Venezuela.** Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Profesor Asistente de *Derecho Civil I, Personas. Profesor de Derecho Romano I* del 2004 al 2009.

¹ *El Ingenioso Hidalgo Don Quijote de la Mancha.* Editorial Alfredo Ortells, S. L. Valencia 1998, p. 21.

² “*Des milliers d’années avant l’ère chrétienne, comme on l’a fait remarquer, Dieu est donc saisi ici comme un être spirituel qui pensa le monde avant de le créer et qui utilisa le verbe comme un moyen d’expression et un instrument de création*” (CASSIRER, Ernst, *Langage et mythe. À propos des noms de Dieux.* Traducción del alemán por Ole Hansen-Love. Les Éditions de Minuit. Paris 1973, p. 63).

³ *Ibidem*, p. 67.

personales implican cambios de nombre (*verbi gratia*, ritos de iniciación de la vida adulta o trances de muerte).

En este sentido es revelador el cambio de nombre del apóstol San Pablo, quien a la par de su conversión al cristianismo dejó de llamarse Saulo⁴; así como la noticia de que entre algunas naciones indígenas americanas (Yanomamis y Wuayúus), se usa esperar cierta madurez del sujeto para reconocer características individuales que les permitan nombrarle.

En efecto, entre las cualidades o atributos de la personalidad (que posee todo sujeto y lo individualizan en una relación jurídica), se destaca el nombre, *atributo* por excelencia o nombre civil⁵, a saber, aquel conjunto de palabras asignada a cada sujeto para distinguirlo de los demás, signo capaz de evocar, al punto de *identificarse* (igualarse, equipararse) a la persona misma e identificarla⁶. Esta dualidad (cualidad de la

⁴ ...tras su llamada por Dios a una nueva misión, descrita también en los Hechos, Pablo siente que se ha transformado radicalmente: ha pasado de ser un hombre libre a esclavo del Mesías para predicar que también es posible la salvación de los gentiles. Entonces cambia de nombre. ¿Por qué escoge Paulus? Sencillamente porque significa 'pequeño' y porque ofrece un buen juego de palabras con Saulus (S/P). ¿Por qué pequeño? Porque él, el Apóstol, siempre se consideró 'el apóstol más pequeño, de menor importancia, el último en ser llamado al apostolado de todos los apóstoles' (1 Corintios 15,8-10)" (PIÑERO, Antonio, ¿Por qué el cambio de nombre, de Saulo a Pablo? En, <http://blogs.periodistadigital.com/antoniopinero.php/2007/02/16/p74975>, 25 de mayo de 2009).

Sobre el punto, adicionalmente vid. AGAMBEN, Giorgio, *El tiempo que resta. Un Comentario a la Carta a los romanos*. Editorial Trotta. Madrid 2006.

⁵ Vid. DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria, *Aproximación al estudio de los derechos de la personalidad*. En, *Revista de Derecho*, número 7. Tribunal Supremo de Justicia, Caracas 2002, pp. 92 y 93; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria, *Ensayos sobre Capacidad y otros temas de Derecho Civil*. Tribunal Supremo de Justicia. 2ª edición. Colección Nuevos Autores, número 1. Caracas 2006, pp. 447-451; la autora ubica al nombre civil como un *atributo* de la persona, que sin perder su condición de tal forma parte de un derecho de la personalidad de contenido mayor, esto es, del *derecho a la identidad*. Aunque refiere que gran parte de los autores ubica al nombre autónomamente como uno de los derechos de la personalidad.

⁶ Vid. DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria, *Ensayos sobre Capacidad y otros temas de Derecho Civil*, pp. 441-503 (también en, DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria, El nombre civil. En, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, número 118, Universidad Central de Venezuela, Caracas 2000, pp. 201-269). Véase también sobre el nombre: ACUÑA ANZOREÑA, Arturo, *Consideraciones sobre el nombre de las personas*. Abeledo Perrot, Buenos Aires 1961; CORREA APONTE, Teodoro, *El nombre de la persona física en el Derecho Civil Venezolano*. Vadell Hermanos Editores, Valencia 2002; KARAMAN BETANCOURT, María Petriz y María del Carmen VALENCIA VARGAS, *El Nombre como atributo de la Persona Humana*. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá 1984; LUCES GIL, Francisco, *El nombre civil de las personas naturales en el ordenamiento jurídico español*. Bosch Casa Editorial S.A., Barcelona 1978; PARRA ARANGUEN, Gonzalo, *Los derechos de la persona-*

persona-medio de identificación), han hecho que autores como Planiol y Ripert hagan énfasis en el carácter público del nombre, calificándolo de institución de interés social⁷, una forma obligatoria de identificación de las personas y, por ende, obtenible de forma racional, delimitada, rígida, y una vez establecido, en principio, inmutable⁸.

Recientemente en Venezuela se ha introducido la posibilidad del cambio del nombre de pila —o de la batea bautismal—; en tal sentido, el artículo 146 de la Ley Orgánica de Registro Civil⁹, basada en proyecto preparado por el Consejo Nacional Electoral¹⁰, establece la posibilidad del *Cambio del nombre propio* en vía administrativa y por *sólo una vez* antes de alcanzar la mayoría y después de alcanzada ésta. Su redacción es la siguiente:

Toda persona podrá cambiar su nombre propio, por una sola vez, ante el registrador o registradora civil cuando éste sea infamante, la someta al escarnio público, atente contra su integridad moral, honor y reputación, o no se corresponda con su género, afectando así el libre desenvolvimiento de su personalidad.

Si se tratare de niño o niña, el cambio se efectuará mediante solicitud del padre, madre o representante; si es adolescente

idad y el cambio voluntario de nombre civil en el derecho internacional privado venezolano. En, Revista de la Facultad de Derecho, número 24, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 1976-77, pp. 43-96; PLINER, Adolfo, El nombre de las personas. Abeledo Perrot, Buenos Aires 1966; VARELA CÁCERES, Edison Lucio, *La modificación del nombre propio en los niños y adolescentes.* Serie Trabajos de Grado, número 17. Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas 2008; y, VARELA CÁCERES, Edison Lucio, *El nombre civil y la Ley Orgánica de Registro Civil.* En, *Revista de Derecho*, número 33. Tribunal Supremo de Justicia, Caracas 2010, pp. 249-303.

⁷ *A cada persona se le designa en sociedad por un nombre que permite individualizarla. Esta designación oficial es una medida que se toma tanto en interés de la persona como en interés de la sociedad a que pertenece.* (PLANIOL, Marcelo y Jorge RIPERT, *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés.* Tomo I. Las personas, estado y capacidad. Traducción de Mario Díaz Cruz. Cultural, S. A. La Habana 1927, p. 89.

⁸ *Ibidem*, pp. 113 y ss.

⁹ Publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela número 39.264 del 15 de septiembre de 2009.

¹⁰ En el artículo 158 del Proyecto preparado por el Consejo Nacional Electoral, se proponía: *Toda persona natural podrá cambiar su nombre propio sólo una vez ante el registrador civil. En los casos de niños, niñas y adolescentes, se autorizará el cambio solicitado por sus padres, representantes o responsables; garantizando su derecho a opinar y ser oídos, y una vez obtenida la opinión favorable del Consejo de Protección. Alcanzada la mayoría tendrán derecho a solicitarlo una vez más.*

El registrador civil procederá a su tramitación mediante el procedimiento de rectificación por vía administrativa.

mayor de catorce años podrá solicitar personalmente el cambio de nombre propio; una vez alcanzada la mayoría de edad podrá volver a solicitar el cambio de nombre por una sola vez.

En los casos de colocación familiar de niños, niñas y adolescentes, no se permitirá el cambio de nombre propio sin autorización judicial previa.

El registrador y registradora civil procederá a la tramitación del cambio de nombre propio, mediante el procedimiento de rectificación en sede administrativa.

En el referido supuesto de cambio voluntario del nombre contemplado en la Ley Orgánica de Registro Civil, resalta que el procedimiento se tramite en sede administrativa, lo cual luce, a primera vista, al menos inconveniente dadas las implicaciones individuales y sociales de tal atributo¹¹. En nuestro ordenamiento vigente, la doctrina había admitido el cambio de nombre por vía excepcional, siempre en sede jurisdiccional, cuando el término afectara la dignidad del ser humano¹².

1. Formas de llamar a las personas y la in-significancia del nombre

La denominación de hombres y mujeres, o personas (naturales), puede deberse a distintas circunstancias. En efecto se dice que, de modo relativo¹³, podemos denotar a una persona en virtud de la relación existente entre ella y un semejante, una cosa o un hecho; así, por ejemplo, los sustantivos: mujer, padre, hija, venezolano, y los adjetivos

¹¹ *La posibilidad de cambio de nombre, por vía administrativa y sin un motivo que lo justifique –a nuestro criterio– afecta la esencia del atributo sustancial que más individualiza a la persona humana, y puede revertirse en motivo de inseguridad jurídica, de allí que se sostenga la conveniencia en principio de la inmutabilidad del nombre* (DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria, *Algunas sentencias que declaran el cambio de sexo*. En, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, número 130, Caracas 2007, pp. 70 y 71). Vid. PELLEGRINO, Cosimina, *La potestad de rectificación de errores materiales de las actas del estado civil de las personas a la luz del Proyecto de Ley Orgánica de Registro Civil*. En “Anuario de Derecho Público”, número 2. Universidad Monteávila. Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila. Caracas 2009, pp. 161-167.

¹² Vid. DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Ensayos...*, pp. 490-492; y VARELA CÁCERES, *La modificación...*, pp. 81 y ss.

¹³ “Nella legislazione italiana non si trova un complesso organico di disposizioni relativamente al modo di denotare le persone, ma del complesso delle disposizioni sparse nelle varie leggi è dato rilevare che i modi, nei quali si designano verbalmente le persone, vanno designate in modo assoluto, oppure in modo relativo” (cfr. PIOLA, Giuseppe, Voz “Patronimico”. En AA. VV., *Il Digesto Italiano. Enciclopedia metodica e alfabetica di legislazione, dottrina e giurisprudenza*. Vol. XVIII, Parte prima, p. 1022).

alta, gordo, feliz, etc. Asimismo puede hacerse, de modo absoluto, utilizando una o más voces en principio vaciadas de su sentido –aunque en el lenguaje tengan algún significado¹⁴, como es el caso del nombre, en sentido amplio –incluido el seudónimo y el sobrenombre–, que individualiza a la persona¹⁵, bien sea porque la designa exclusivamente (nombre propio, nombre de pila o pre-nombre, esto es, que precede al nombre patronímico) o al grupo de procedencia o pertenencia (apellido, nombre familiar o nombre patronímico).

Sólo en el segundo caso, se insiste, nos encontramos frente al nombre.

De allí que podamos afirmar que: i) per se, el nombre es tal en tanto in-significante, a no ser por el valor de la persona en particular, por encontrarse indisolublemente unidos¹⁶; y ii) cuando la palabra usada como nombre mantiene o adquiere un sentido propio más allá de la persona que designa, como ocurriría en el caso de palabras cuyo significado en el lenguaje común atenten contra la dignidad del ser humano¹⁷, deja de ser una referencia absoluta de la persona y pierde su naturaleza de nombre.

En el último supuesto, necesariamente procedería el cambio –o la escogencia, para ser exactos– de un nombre (prenombre y aún apellido) que designe a la persona.

En contra de lo afirmado, parecería apuntar la tradición de los antiguos indios, que escogían nombre entre los de lugares, virtudes, cualidades físicas o circunstancias astrológicas (Gauri significa «dorada», Kalaratri, «noche oscura»)¹⁸; o, a decir de Heródoto de los persas, que usaban de nombres significativos (Darío, según el Historiador, equival-

¹⁴ Al respecto, la profesora María Candelaria Domínguez, caracterizando al nombre como símbolo artificial, señala: “*Refiere Luces Gil que ‘El nombre ha sido creado y existe exclusivamente con el fin de individualizar a las personas ...el nombre es, pura y simplemente, un signo distintivo, un símbolo artificial o convencional especialmente creado con esa finalidad’*” (*Ensayos...*, pp. 461-462).

¹⁵ Principal función del nombre, a decir de María Candelaria Domínguez, para quien *...el nombre se presenta como el elemento diferenciador e individualizador por excelencia (ibidem, p. 451).*

¹⁶ Cfr. DOMÍNGUEZ GUILLEN, *Ensayos...*, p. 463.

¹⁷ *Ibidem*, p. 491.

¹⁸ Según memoria presentada por el rajah Kali Krisma Bahadon a la Sociedad Asiática de Londres en 1840, “...*gli astrologi tengono uno scacchiere di cento case, in ciascuna delle quali vi è una costellazione lunare in un particolare aspetto accompagnata da una sillaba in sanscrito, e quando un fanciullo nasce gli astrologi appuntano l’ascendente sidereo, e gli applicano un nome che comincia con la sillaba inserita nel quadrato che vi corrisponde, nome però che si usa solo in determinate cerimonie, per gli usi comuni della vita servendosi di altri*” (PIOLA, Giuseppe, Op. cit., p. 1020).

dría a «represor»¹⁹), o los mismos griegos, quienes adoptaban palabras brillantes, sonoras y de significado conocido (Demóstenes significa «fuerza del pueblo»), a las que añadían indicaciones sobre el padre (Aquiles el Pelida, o hijo de Peleo).

A favor, el pasaje de *Instituciones*, II, 20, § 29: “*Si quis in nomine, cognomine, praenomine legatarii erraverit, si de persona constat, nihilominus valet legatum; idemque in heredibus servatur; et recte: nomina enim significatorum hominum gratia reperta sunt, qui si quolibet alio modo intellengantur, nihil interest*” [Si alguno se hubiere equivocado el nombre, sobrenombre o prenombre del legatario, si consta la existencia de la persona, es válido sin embargo el legado; y lo mismo se observa, y con razón, respecto de los herederos: pues los nombres se han inventado para designar a los hombres, los cuales nada importa que sean conocidos de otro cualquier modo]²⁰. Porque, no con poco ingenio, “*Rerum enim vocabula immutabilia sunt, hominum mutabilia*” [Los nombres de las cosas son inmutables, y variables los de los hombres]²¹.

Esto es, el hombre antecede en importancia al nombre, o el nombre es a la persona como la cosa accesoria es a la principal.

En este punto resulta interesante subrayar no sólo la posibilidad, sino la facilidad con que los romanos cambiaban sus nombres²². Un rescripto de Diocleciano y Maximiano, estableció la libertad en el cambio de nombre²³.

No obstante unas y otras posiciones, no negamos que siendo el nombre palabra, y la palabra convencionalismo social, con su genio, su fisonomía y sus giros²⁴, tienda a llenarse de significados lisonjeros o peyorativos que, en definitiva, inclinan en un momento dado a los padres o a cualquier otra persona a quien corresponda designar a un recién nacido

¹⁹ Fuentes modernas, sin embargo, lo hacen derivar del persa *Darayaraus*, «activo» (cfr. BAS, Jordi, *Diccionario de nombres de persona*. Editorial De Vecchi, S. A. U. Barcelona 2006, p. 92).

²⁰ Cfr. JUSTINIANO, *Cuerpo del Derecho Civil Romano*. Traducción de Ildefonso L. García del Corral. Editorial Lex Nova. Valladolid 2004.

²¹ D., XXX, 4.

²² *Vid.* C., IX, 25; D., XXVIII, 1, 21, § 1; D., XXXVII, 11, 8, § 2; D., XL, 4, 54; D., XLV, 1, 32, 65, § 1; C., VI, 37, 7, § 1; y, C., VI, 23, 4. Similares disposiciones se pueden encontrar en las Siete Partidas.

²³ Cfr. PUIG PEÑA, Federico, *Introducción al Derecho Civil Español y Foral*. Editorial Bosch, segunda edición. Barcelona 1942, pp. 319-320.

²⁴ Cfr. BELLO, Andrés, *Obras completas*. Tomo IV. *Gramática*. Fundación La Casa de Bello. Tercera edición facsimilar. Caracas 1995, p. 6.

(artículo 466 del Código Civil²⁵), por uno u otro nombre. Pero ello, lejos de contradecir la necesaria in-significancia del nombre, lo afirma, pues es verificable que los gustos en cuestión de nombre varían en función de las personas que los llevan o han llevado.

2. Evolución del nombre: Del prenombre al apellido²⁶

En Roma los hombres²⁷ siervos o esclavos, al no ser parte integrante –sino sometida– a la gente o la familia, eran llamados por un solo nombre, tal como Sticus; mientras los hombres libres respondían a tres: según el ejemplo de Marquardt²⁸, i) el prenombre (*praenomen*), Publius, referido al individuo; ii) el nombre gentilicio (*nomen gentilitium*), Cornelius; y, iii) el nombre familiar (*cognomen*), Scipio. También se indicaban sobrenombres (*agnomen*), tal como Africanus, y apodos (*signum*). Con el transcurrir del tiempo serán frecuentes infracciones al uso de sólo tres nombres (v. g. Teodosio Aurelio Macrobio Sicitino y Flavio Anicio Manlio Torcuato Severino Boezio).

En la Roma evangelizada, crecerá el gusto por el uso de nombres hebreos de origen bíblico o de los apóstoles, santos, mártires, etc. En efecto, San Juan Crisóstomo predica esta práctica como posible causa de emulación de las virtudes cristianas:

... en un principio resultaba natural dar a los niños los nombres de los antepasados. Era un consuelo de la muerte, para que pareciera que el que se había ido continuaba viviendo a través de su nombre. Pero ahora ya no. Vemos más bien que los justos no llaman así a sus hijos. Abraham engendró a Isaac. Jacob y Moisés no recibieron el nombre de sus antepasados y no encontraremos a ninguno de los justos llamado según esta manera.

²⁵ Publicado en Gaceta Oficial número 2.990, Extraordinaria, del 26 de julio de 1982.

²⁶ Vid. DOMÍNGUEZ GUILLEN, *Ensayos...*, pp. 446 y 447; PLINER, *Op. cit.*, pp. 19 y ss; LUCES GIL, *Op. cit.*, pp. 21 y ss.

²⁷ “Homines. È questa la nozione principale del titolo V (De statu hominum) del libro I dei Digesta di Giustiniano, titolo che, terminata l’esposizione delle fonti normative, dà inizio ad una sintesi sulle materie private e pubbliche. Alla concreta nozione di homines sono connesse quelle, anche concrete, di liberi, servi, cives Romani, ingenui, libertini, qui in utero sunt, etc. Il passo di Ermogeniano, che dà il motivo di fondo dell’ordine sistematico («Cum igitur hominum causa omne ius constitutum sit»), non fa riferimento alla «società» (come alcuni hanno erroneamente ritenuto in anni recenti), bensì ai singoli homines nella loro concreta pluralità” (CATALANO, Pierangelo, *Diritto e Persone* I. G. Giappichelli Editore. Torino 1990, p. 167).

²⁸ Citado por ENNIS, Humberto María, Voz “Nombre”. En AA. VV., *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Tomo XX. Editorial Jurídica Argentina. Buenos Aires 1964, pp. 303-306.

¡Qué gran ejemplo de virtud y qué estímulo es el nombre! Pues no encontraremos otro motivo para el cambio de nombre que éste: el ser un recuerdo de la virtud. Tú –dice– serás llamado Cefas, que significa Piedra. ¿por qué? Porque me has confesado. Y tú serás llamado Abraham. ¿Por qué? Porque serás padre de pueblos...²⁹

Las palabras del Santo fueron acogidas como directrices, y en tal sentido el canon 761 del Código de Derecho Canónico de 1917 señalaba: *Procuren los párrocos que se imponga nombre cristiano al bautizado; y si no pudieren conseguirlo, añadan al dado por los padres el nombre de algún Santo y consignent ambos en el libro de bautizados³⁰*; y el canon 855 del Código de Derecho Canónico de 1983 establece: *Procuren los padres, los padrinos y el párroco que no se imponga un nombre ajeno al sentir cristiano³¹*.

Invasión de la parte occidental del Imperio, empezó a llevarse un único nombre –sólo en Venecia se conservó el uso de más de uno–, bien porque la población romana subsistente fuera mayoritariamente esclava, o bien porque fuera costumbre de los conquistadores germánicos. Es este tiempo, por distorsión del latín y por la variedad de lenguas y dialectos usados, proliferaron variantes de un mismo nombre (Atela, Adela, Adeligia, Adelagida, Adalasia, Athalasia y Aldia son formas de Adelaida, emperatriz³²).

Las palabras indicativas del feudo o señorío (organización militar), empresa guerrera o facción, se identificaron con los apellidos, esto es, a decir de la Partida II, 26, 24, “...boz de llamamiento que fazen los omes para ayuntarse, e defender lo suyo quando reciben daño o fuerça”. De allí habrían surgido apellidos como de Braganza, de Saboyan o de la Cruz (en recuerdo de algún cruzado).

Paralelo al *cognomen* romano, apellido también será la palabra que indica la condición de hijo de una persona determinada (nombres pa-

²⁹ JUAN CRISÓSTOMO, *La educación de los hijos y el matrimonio*. Editorial Ciudad Nueva. Biblioteca de Patrística, número 39. Madrid 1997, p. 61.

³⁰ “*Curet (parochus) ne obscaena, fabulosa aut ridicula vel inanium deorum, vel impiorum ethnicorum hominum nomina imponantur, sed potius quatenus fieri potest. Sanctorum, quorum exemplis fideles ad pie vivendum excitentur et patrociniis protegantur*” (Ritual Romano, tit. II, cap. I, p. 54. Citado en CANCE, Adriano y Miguel DE ARQUER, *El Código de Derecho Canónico. Comentario completo y práctico de todos sus cánones para uso de eclesiásticos y hombres de leyes*. Tomo I. Editorial Litúrgica Española, S. A. Barcelona 1934, p. 482).

³¹ Cfr. http://www.vatican.va/archive/ESL0020/_P2T.HTM, 29 de mayo de 2009.

³² Cfr. PIOLA, Giuseppe, *Op. cit.*, p. 1021.

tronímicos). Así, en castellano, las terminaciones *az*, *ez* e *iz* señalan a Rodrígu-ez como hijo de Rodrigo o a Pelá-ez de Pelayo³³; del mismo modo, en escocés, hijo es mach (Mac Arthur es lo mismo que hijo de Arturo); en inglés, *son* (Richard-son significa hijo de Ricardo); en holandés, el sufijo *sen* (Clar-sen o hijo de Nicolás); o, entre los eslavos meridionales, la partícula *vich* (Petro-vich, Ivano-vich).

Aunado a la dificultad de distinguir entre personas homónimas, en el medioevo europeo, los burgueses –a imitación del apellido de los nobles– agregaron a su nombre el sobrenombre (nombres apódicos) deducido del fenotipo (Rubio, Blanco, Prieto, Cano, etc.), de la profesión, oficio o título (Alcalde, Verdugo, Bachiller, Herrero, Zapatero, Gaudí³⁴), del lugar de nacimiento (nombres lugareños o solariegos, como Aragón, Oviedo, Salamanca, Zamora, etc.). Entre los campesinos, al nombre de pila se adiciona el de su ubicación geográfica o cultivo agrícola (Villa, Campos, Del Monte, Manzanero, Olivero).

3. La regulación del nombre

La libertad que rodeó la materia del nombre entre los romanos, continuó en Europa bajo la influencia de su Derecho; no obstante, en 1555, Enrique II de Francia dictó una ordenanza limitando la posibilidad de cambiar el nombre.

Durante la Revolución Francesa –racionalizadora del Derecho–, el Decreto del 6 de fructidor del año II, estableció que *...ningún ciudadano podrá usar otros apellidos ni nombres que los indicados en su acta de nacimiento*³⁵; y la Ley del 11 de germinal del año XI, prescribió que el nombre se eligiera de *los diferentes calendarios en uso o entre los nombres de los personajes conocidos de la historia antigua* (artículo primero)³⁶; asimismo, reguló lo relativo al cambio de nombre y apellido, sometiéndolo a la autorización de la administración; inaugurando la tendencia, cada vez más creciente, de considerar el nombre una institución de policía civil.

³³ *Vid.*, voz “Apellido”. En, AA. VV., *Enciclopedia Jurídica Española*. Tomo II. Francisco Seix, Editor, Barcelona s/f, pp. 882-884.

³⁴ «El que goza», antiguo tratamiento vitalicio dado por los nobles catalanes a sus colaboradores o personas distinguidas (*cf.* ARMENGOL Y DE PEREYRA, Alejandro, *Heráldica*. Editorial Labor. Biblioteca de Iniciación Cultural, Sección VI “Ciencias Históricas”, número 320. Barcelona 1933, p. 142).

³⁵ PLANIOL y RIPERT, *Op. cit.*, p. 96.

³⁶ *Ibidem*, p. 124.

Con la secularización del Registro del Estado Civil –como era de esperarse– tomó particular interés el instituto o atributo del nombre, dada la regularidad en la transmisión de los apellidos por vía familiar y la selección del nombre de pila por parte del presentante.

En tal sentido, aunque el Código Civil francés (1804), seguido por los italianos y el alemán, no señalaran nada al respecto³⁷, han sido abundantes las normas dirigidas a los funcionarios del Registro civil relativas a los nombres que se pueden inscribir en el momento de levantar las actas o partidas de nacimiento y los excepcionalísimos supuestos de corrección de las mismas.

Así por ejemplo, Puig Peña, dando cuenta de la situación española, refiere que: *El artículo 3 del Reglamento para la ejecución de las leyes del Registro civil ordenaba al encargado del Registro no consintiera la imposición a los recién nacidos de nombres extravagantes o impropios de personas*³⁸; y Messineo, de la italiana, que: *Está prohibido imponer al recién nacido el mismo nombre de pila del padre (si vive), de un hermano o una hermana (si viven); y, si el recién nacido tiene ciudadanía italiana, nombres de pila extranjeros (art. 1 de la ley de 8 de marzo de 1928, n. 383, y art. 72 del R. D. cit. [de 9 de julio de 1939])*³⁹.

Sólo una Ley especial rumana de marzo de 1895 y el Código civil suizo de 1907 se mencionan como contentivos de normas que desarrollan la institución del nombre civil.

Entre nosotros, como en muchas otras legislaciones, la referencia al nombre se encuentra en el Código, en la parte relativa a las partidas o actas del estado civil. Así, en el Código de 1862 –el primer Código venezolano–, inspirado en el Proyecto español de Florencio García Goyena (1852), se establecía que *Las partidas de bautismo deben expresar: [...]. 3º El nombre que ha recibido en el bautismo*⁴⁰; del mismo tenor es

³⁷ *El Código civil no contiene ninguna reglamentación del nombre; y, apenas, si en el título de los actos del estado civil, y en el del matrimonio, se hallan algunas indicaciones relativas a la atribución del nombre. El derecho aplicable en este caso resulta de los usos y de la jurisprudencia (Ibidem, p. 90); y ...extraña grandemente la falta casi general de una reglamentación de este problema, sobre todo en pueblos tan cuidadosos de sus leyes como el alemán y el italiano (PUIG PEÑA, Federico, Op. cit., p. 320).*

³⁸ *Ibidem*, p. 323.

³⁹ MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Tomo III. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires 1954, p. 10.

⁴⁰ El Registro civil fue secularizado bajo el gobierno de Antonio Guzmán Blanco, a partir del

el artículo 311 del Código de 1867; y desde los Códigos de 1873, 1880, 1896, 1904, 1916, 1922 y 1942⁴¹, hasta la reforma parcial de 1982, se señala que *La partida de nacimiento contendrá [...], el nombre del recién nacido. Si el declarante no le da nombre, lo hará la autoridad civil ante quien se haga la declaración*⁴².

Con ocasión de comentar el artículo 421 del Código Civil venezolano reformado en 1896, relativo al contenido de la partida de nacimiento, curiosamente Domínici refiere que: *La legislación francesa determina que al niño no se le puede dar por nombre, sino alguno comprendido en los distintos almanaques ó de cualquier personaje de la historia antigua*⁴³.

La determinación actual del nombre civil supone distinguir en nuestro ordenamiento entre nombre de pila y apellido, la selección del primero está orientada —a falta de regulación expresa— por criterios de libertad (aunque el término no debe vulnerar la dignidad de la persona⁴⁴ y la aludida insignificancia del nombre); la determinación del segundo viene dada por lo dispuesto en los artículos 235 al 239 del Código Civil reformado en 1982⁴⁵ y que a decir la doctrina tales normas no quedaron afectadas por la Ley de Protección a la Familia, la maternidad y la paternidad⁴⁶. En la actualidad, prenombre y apellido están ubicados en un mismo nivel de importancia a los efectos de la individualización jurídica⁴⁷. La utilización potestativa del apellido del

1º de enero de 1873 (vid. HUNG VAILLANT, Francisco, *Derecho Civil I*. Vadell Hermanos Editores. 3ª edición puesta al día y aumentada. Caracas-Valencia 2007, p. 109).

⁴¹ Sobre la evolución de la codificación civil venezolana, vid. MUCI ABRAHAM, José, *Esquema de la Codificación Civil Venezolana*. Revista de la Facultad de Derecho, número 8. Universidad Central de Venezuela, Caracas 1956, pp. 269-272.

⁴² Sobre el artículo citado, vid. AA.VV., *Código Civil de Venezuela*, artículos 464 al 473. Universidad Central de Venezuela. Caracas 1978, pp. 81-105.

⁴³ DOMÍNICI, Aníbal, *Comentarios al Código Civil Venezolano*. Reformado en 1896. Tomo I. Editorial Rea. Edición facsimilar de la 1ª edición de 1897. Caracas 1962, p. 552.

⁴⁴ Vid. DOMINGUEZ GUILLÉN, *Ensayos...*, pp. 467-473.

⁴⁵ A objeto de evitar la estigmatización y permitir que todo sujeto presente dos apellidos. Vid. *Ibidem*, pp. 473-484.

⁴⁶ Vid. DOMINGUEZ GUILLÉN, María Candelaria, *Manual de Derecho de Familia*. Colección Estudios Jurídicos, número 20. Tribunal Supremo de Justicia, Caracas 2008, pp. 336 y ss.

⁴⁷ Vid. DOMINGUEZ GUILLÉN, María Candelaria, *Algunos aspectos de la personalidad jurídica del ser humano en la Constitución de 1999*. En, *El Derecho Constitucional y Público en Venezuela. Homenaje a Gustavo Planchart Manrique*. Tomo I. Universidad Católica Andrés Bello y Tinoco, Travieso, Planchart & Núñez, Abogados, Caracas 2003, p. 218.

esposo por parte de la mujer casada está consagrada en el artículo 137 del Código Civil⁴⁸. La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 56, dispone que toda persona tiene derecho a un nombre propio, al apellido del padre y al de la madre (...). Otros instrumentos jurídicos también consagran el atributo en estudio⁴⁹. Así el derecho de toda persona a tener un nombre civil completo integrado por nombre de pila y dos apellidos es claro en nuestro ordenamiento jurídico.

A modo de conclusión

La evolución del atributo del nombre nos demuestra la trascendencia que éste ha tenido en la necesaria identificación del ser como una necesidad del lenguaje. Pero la función de dicho atributo va más allá: Hombre y nombre se identifican, al punto que los nombres han sido considerados relevantes en el desarrollo de la personalidad. En tal sentido, es relevante el significado de las palabras que se usan como nombres, pero al mismo tiempo, el carácter absoluto del nombre determina cierto grado de in-significancia lingüística del mismo. La aludida in-significancia de la palabra usada como nombre debería permitir la identificación de la persona con su nombre, sin llegar a relacionar –mucho menos sustituir– al hombre con el significado en el lenguaje común de la palabra con que es llamado.

Ahora bien, no es desconocida la absoluta libertad –creatividad, dirían algunos– que entre nosotros impera a la hora nombrar. Lo cual resulta coherente con la referida noción de nombre en sentido absoluto. En nuestro medio el hombre labra el significado de su nombre y no al contrario. Pero en este contexto, resulta entonces indispensable corregir los inevitables casos de palabras que, por la fuerza del lenguaje, más allá de la acción individual de las personas que designan, se llenan de contenido e interfieren en la primera labor del hombre: llamar a sus semejantes y a sí mismo⁵⁰.

⁴⁸ Vid. DOMINGUEZ GUILLÉN, *Ensayos...*, pp. 484-489.

⁴⁹ Vid. Artículo 16 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes; artículo 7, numeral 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño; y, artículo 18 de la Convención Americana de Derecho Humanos.

⁵⁰ *El hombre puso nombres a todos los ganados, a las aves del cielo y a todos los animales del campo, mas para el hombre no encontró una ayuda adecuada* (Génesis, 2:20).

Del mandato celestial al partido comunista

Aproximación al desarrollo del Ordenamiento Jurídico de la República Popular China

*Jorge Octaviano Castro Urdaneta**

Sumario:

I. Consideraciones preliminares - II. Contexto histórico jurídico

1. El sistema jurídico de la China ancestral: **i.** La escuela de los legistas

ii. El Confucianismo - **iii.** El Taoísmo

2. La Occidentalización del Sistema Jurídico chino y la redefinición en el Sistema Jurídico Socialista

III. Consideraciones finales - **IV.** Bibliografía

I.- Consideraciones preliminares

Al abordar el estudio de la tradición jurídica de la República Popular China –en adelante China–, se emprende un análisis general que versará sobre los fundamentos y elementos característicos que informan el régimen normativo que regula directamente la vida de un quinto de la totalidad de la población mundial y afecta directa o indirectamente a casi la totalidad de los agentes económicos y financieros internacionales e incide en diversos ámbitos de la geopolítica mundial.

La posición económica de China a nivel mundial, resulta en términos generales objeto de un creciente interés por parte de sectores públicos y privados de todas partes del mundo¹ y particularmente de la República Bolivariana de Venezuela –Venezuela–.

* Abogado Auxiliar II de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia

¹ En los últimos años, China ha consolidado su posición en la economía mundial, en tanto que

Ciertamente, desde que China y Venezuela establecieron relaciones diplomáticas el 28 de junio de 1974, se ha registrado un considerable aumento en el comercio bilateral, desde 1.4 millones de dólares americanos para 1974, pasando por los 2.141,8 millones de dólares americanos en 2005, hasta alcanzar por ejemplo en 2011 un intercambio comercial por el orden de los 18 mil millones de dólares americanos, convirtiéndose así, en el primer país destino de las inversiones chinas en Latinoamérica y el Caribe.

En el marco de la Comisión Mixta de Alto nivel entre los dos países, se han suscrito diversos convenios que permiten el desarrollo conjunto de diversos proyectos y el apoyo a los programas sociales que se ejecutan en Venezuela como la Gran Misión Vivienda, el lanzamiento de los satélites Simón Bolívar y Francisco de Miranda o la implantación de estructuras financieras como el Fondo Conjunto Chino-Venezolano, creado en 2007, con el cual se han financiado más de doscientos proyectos en áreas como el petróleo, la minería, la producción agrícola y salud, entre otros, mientras el Fondo de Gran Volumen y Largo Plazo, acordado en 2009, tiene un aporte de 20 mil millones de dólares para diversos proyectos².

No existe duda alguna, respecto al lugar prominente que ocupa China en la economía internacional, con un protagonismo en la producción o el comercio, así como en las finanzas internacionales, a la par de otros ámbitos como el poderío militar, que la han convertido en un actor internacional fundamental, en la medida que sus decisiones y acciones inciden en los mercados internacionales resultan particularmente determinantes.

en términos del Producto Interno Bruto (PIB) “medido a precios corrientes, la economía china se convirtió en la segunda del mundo en 2010, después de los Estados Unidos, y logró superar al Japón, Alemania, el Reino Unido y Francia. Si la medición del PIB se hace en moneda de paridad de poder adquisitivo (PPA), el país también aparece como la segunda economía mundial detrás de los Estados Unidos. La economía china representa más e un 8,6% y un 12,6% del PIB mundial en 2009, en términos de precios corrientes y de PPA, respectivamente. China ocupa la mitad del tamaño del PIB combinado de los cuatro países denominados BRIC (el Brasil, la Federación de Rusia, la India y China). El tamaño de la economía china, de más de 5 billones de dólares, ya supera el PIB combinado de todas las economías de América Latina y el Caribe” (Cfr. OSVALDO ROSALES y MIKIO KUWAYAMA. *China y América Latina y el Caribe. Hacia una relación económica y comercial estratégica*. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Santiago, marzo de 2012, consultado el 22 de febrero de 2013, en la página web: http://www.eclac.org/publicaciones/xml/9/46259/China_America_Latina_relacion_economica_comercial.pdf.

² Cfr. En la página web: <http://www.minci.gob.ve/2012/11/china-y-venezuela-acuerdan-8-nuevos-convenios-bilaterales/>, consultada el 11 de diciembre de 2012.

Frente a tales circunstancias, se emprende un estudio fundamentalmente desde la perspectiva del sistema jurídico chino, más que de su ordenamiento, y en ese sentido, acogemos las precisiones formuladas por PIERANGELO CATALANO, a fin de evitar cualquier confusión de los conceptos jurídicos al emplear indistintamente las palabras “ordenamiento” y “sistema”, ya que los ordenamientos estatales y nacionales, se insertan en sistemas jurídicos –“fundados en realidades étnicas ideológicas, económicas y también, evidentemente, en características jurídico-formales comunes”– que los contienen y sobrepasan, sin perder de vista, la diversa cantidad de calificaciones formuladas en esta materia, resulta particularmente útil la determinación de cuatro sistemas jurídicos de particular relevancia a nivel mundial, a saber, el sistema romanista –en el cual se ubican numerosos ordenamientos de Estados latino-americanos, como Venezuela–, el sistema anglosajón –*vgr.* El ordenamiento norteamericano–, el sistema socialista –en el cual podemos ubicar a China y Cuba– y el sistema musulmán –en el cual cabe mencionar Irán–³.

Sin embargo, frente a esta calificación debe tenerse en cuenta que desde el punto de vista histórico, China antes de la llegada del comunismo, llegó a ser ubicada por parte de la doctrina como un sistema autónomo, tal como lo destacó JAMES BRYCE –citado por CATALANO–, al señalar que al margen de los dos sistemas jurídicos preponderantes a principios del siglo pasado –el sistema romano y el sistema inglés– se erigían dos excepciones vinculadas a las “considerables masas de población” sobre las cuales incidían: los musulmanes orientales y la China, dadas las características propias de este último.

En todo caso, el correcto entendimiento del actual ordenamiento jurídico de China, sólo es posible si se aborda desde una visión general del sistema jurídico que lo precedió y que informa sus actuales instituciones, más aun si se toma en consideración las importantes influencias externas a las cuales fue sometido, en el cual se ha verificado un verdadero proceso de aculturación que se ha concretado en diversas formas de penetración, recepción o resistencia, entre los diferentes ordenamientos y sistemas jurídicos que definen la realidad jurídica de la China.

³ CATALANO, PIERANGELO. *Sistema y Ordenamientos: el ejemplo de América Latina*. Estratto da “*Roma e America Dritto Romano Comune*”; atti del Congresso Internazionale “*Mundus Novus. America Latina. Sistema Giuridico Latinoamericano*”. 18/2004, Mucchi Editore, p. 19-25.

También debe tenerse presente, el hecho que China y sus líderes desde la época de las llamadas “dinastías imperiales”, la nacionalista bajo el *Kuomintang* o los comunistas, persiste una visión en la que se conciben a sí mismos como cardinales en el contexto mundial –tal vez como herencia directa del sinocentrismo– lo que en muchos aspectos a lo largo de la extensa e ininterrumpida historia ha signado muchas de sus políticas internas e internacionales.

Desde esa perspectiva, podría encontrarse a lo largo de la historia de China, algunas similitudes con lo que significó para el mundo occidental Roma, respecto de la cual es común el aserto *roma caput mundi, regis orbi frena rotundi*, así en muchos aspectos el desarrollo del derecho en la China ancestral, influenció significativamente a los sistemas legales de Asia, como en caso del ordenamiento jurídico Coreano, Japonés de lo que hoy es Vietnam, entre otros estados actuales o ya desaparecidos como el Reino de *Ryukyu*.

Como se destacará más adelante, la experiencia que China ha vivido fundamentalmente respecto a la redefinición de su sistema económico en las últimas décadas, ha generado importantes desigualdades sociales, la milagrosa economía China se sustenta en un ingente costo humano y social–vgr. Derechos fundamentales de la clase trabajadora, como las condiciones de trabajo– lo cual puede repercutir en su estabilidad política, en tanto que:

*El empeoramiento de las condiciones de las clases trabajadoras está empujando rápidamente a éstas en una dirección más radical y militante. No sólo en las filas de trabajadores y campesinos, sino también entre muchos intelectuales e incluso algunos sectores, al menos, de la nueva y más amplia clase media, hay una comprensión cada vez mayor y más profunda de que el capitalismo global no tiene respuesta para su situación y que el socialismo revolucionario que construyeron bajo Mao ofrece como mínimo el esbozo de otra manera de salir hoy adelante. En las fábricas y en las granjas, los obreros y los campesinos de China no sólo resisten las nuevas formas de explotación capitalista, sino que tienen recuerdos de otro mundo que ya saben que es posible. Por su vida durante la era socialista antes de las reformas, son conscientes de que existen alternativas viables al ascenso incontrolado del capitalismo global*⁴.

⁴ WEIL, ROBERT. *Las condiciones de la clase trabajadora en China*. En *Poderes emergentes en Asia: rupturas y continuidades en la economía-mundo*, (volumen II): Monthly Review, selecciones en castellano. Hacer Editorial, España, 2006, p. 135. En ese sentido, véase: OBSERVATO-

El Partido Comunista Chino consciente de tal circunstancia, se debate entre la necesidad de aplicar reformas políticas estructurales y no desdibujar el sistema actual en tal grado que modifique la titularidad y el ejercicio del Poder Político, en su momento postulados como el mandato celestial justificaban cambios en la titularidad del poder, hoy la perspectiva parece centrarse en desentrañar el momento político, partiendo de la fidelidad del proyecto socialista original y lograr mantener un crecimiento económico con la actuación indispensable sobre los principales factores de descontento cívico que permitan la estabilidad o armonía de la sociedad china, en lo cual las instituciones jurídicas juegan un papel fundamental.

Tal cometido, tiene como elemento cardinal la implementación de reformas y la revisión del ordenamiento jurídico y su efectiva vigencia, que permita a la par de una actualización del marco legal para favorecer el intercambio económico, una mayor protección de los derechos fundamentales. La comprensión de la forma en la cual China afronta estos retos, sólo es posible a través de la contextualización histórica del desarrollo del sistema jurídico de esa nación.

II.- Contexto Histórico Jurídico

A los fines del presente trabajo, resulta relevante destacar que antes de las dinastías *Xia*, *Shang* y *Zhou* sobre parte del territorio de lo que hoy conocemos como China, existió una sucesión del control del poder entre varias tribus que ocupaban la zona y los orígenes de la civilización en esa área pueden remontarse hasta más de cuatro mil años aproximadamente⁵, sin embargo, es a partir de éstas que podemos identificar el proceso de unificación de autoridad y disgregación del poder a lo largo de la historia china, que influyó sustancialmente en el pensamiento político de esa nación.

RIO DE LA POLÍTICA CHINA. *Política China 2013: Informe Anual*, consultado el 1/3/2012, en la Página web: http://www.politica-china.org/imxd/noticias/doc/1358876999politica_china_2013_informe_anual.pdf.

⁵ Así, la doctrina ha señalado “*Discoveries at thousands of Neolithic sites show a beginning of settled agriculture below the southern bend of the Yellow River, on a border between wooded highlands and swampy lowlands. For example, the villagers of Banpo (now in the city of Xi’an) about 4000 bc lived on millet supplemented by hunting and fishing*”, en JOHN KING FAIRBANK and MERLE GOLDMAN. *China: A New History*. Second Edition. The Belknap Press of Harvard University Press. Cambridge, Massachusetts, London, England, 2006, p. 2.

1.- El sistema jurídico de la China Ancestral

La dinastía Xia, se estableció aproximadamente desde 2100 hasta 1600 a.C., en los cuales se señala que gobernaron diecisiete soberanos, los cuales se cree establecieron sus respectivas sedes de gobierno en lo que hoy abarca el sur de la provincia de *Shanxi* y el oeste de la provincia de *Henan* ocupando el curso medio del río Amarillo⁶, en ella se han destacado desde el punto de vista jurídico-político, la transición de un sistema de abdicación a uno hereditario, según la tradición con anterioridad a Si *Wen Ming* o *Yu* el Grande a quien se le considera como el fundador de esta dinastía, el título de emperador correspondía a la persona considerada con mayor capacidad, tradición que fue rota con su hijo *Qi* que heredó el trono y dio paso a esta dinastía china⁷. A la dinastía *Xia* la sucedió la *Shang* –1600-1050 a.C. aproximadamente–, la cual al igual que su predecesora hizo uso de diversos rituales religiosos para confirmar su poder, los cuales en muchas ocasiones eran precedidos por el propio gobernante, a los fines de comunicarse con los espíritus de sus ancestros los cuales consideraban sustentaban la legitimidad de su gobierno y prestaban su ayuda y guía. Según relata *LI LIN* las normas jurídicas eran fundamentalmente consuetudinarias⁸. Posteriormente, en la dinastía *Zhou* –1050-770 a.C. aproximadamente– se consolidó un proceso de aculturación –o recepción y asimilación de elementos culturales de un grupo humano por parte de otro– de las comunidades sometidas bajo el dominio de los *Zhou* y al igual que en la dinastía *Shang* se sirve del parentesco como el principal elemento de transmisión del ejercicio del poder, pero se incorpora la teoría del mandato celestial.

⁶ Se ha destacado que la cultura Xia desde el punto de vista arqueológico no corresponde exactamente con las referencias a esa dinastía en documentos históricos (Cfr. *BU XIANQUN. Some Features of Contemporary Research on Ancient Chinese History. Session I: The Ancient History of China. Symposium sur l'historiographie chinoise, Pékin - Septembre 2007. Académie chinoise des Sciences sociales/L'Association des historiens chinois/Comité international des sciences historiques-The Chinese Academy of Social Sciences/The Association of Chinese Historians /The International Committee of Historical Sciences. September 16, 2007*, consultado en la página web, <http://www.cish.org/congres/Session%20I-ancien-china.pdf>, el 20/2/13).

⁷ Sobre el sistema de abdicación véase a PINE, YURI. *Disputers of Abdication: Zhanguo Egalitarianism and the Sovereign's Power*, *Journal T'oung Pao* 91. 4-5 (2005), p. 243-300, quien propone un estudio que distingue entre la abdicación como leyenda –fundamentalmente referida a la transmisión de poder Yao-Shun y Shun-Yu– y la abdicación como doctrina que postula argumentos a favor de este sistema de transferencia del poder.

⁸ LIN LI. *Historia del Derecho Chino y su Sistema Jurídico Contemporáneo*, p. 1. Consultada el 26/2/13 en la página web: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3020/5.pdf>.

La dinastía *Zhou*, afirmaba que el fundamento de su gobierno residía en lo que se podría llamar una “deidad impersonal esencial”, conocida como el cielo o *tian* y cuyo mandato o *tianming*, se podría otorgar a cualquier familia que moralmente fuese digna de asumir dicha responsabilidad ⁹.

Bajo el concepto de mandato celestial o del cielo, se pueden explicar muchos de los cambios políticos en la historia de China, ya que su invocación permitía a dirigentes con suficiente poder, deponer a los gobernantes de turno en momentos de crisis, bajo el argumento que éstos habían “perdido el Mandato del Cielo”, el cual se constituía en un concepto no sometido a limitaciones temporales -vgr. Un período máximo o mínimo en el ejercicio del poder para aplicarlo- por lo que se podía perder en cualquier momento, además ese precepto no tenía en principio limitaciones como el pertenecer a familias aristocráticas, en tanto existía la posibilidad que cualquier hombre íntegro o virtuoso pudiese recibirlo.

La cosmovisión China clásica, afirmaba un orden en el cual el cielo -tian- se refleja en el mundo humano a través de la paz -an- o armonía de la sociedad, siendo el emperador intermediario entre esos universos -celestial y terrenal-, por lo que cuando éste perdía el mandato celestial, su derrocamiento no era visto -si era exitoso claro está- como un crimen, sino como una acción justificada por el propio “orden” que sustentó el anterior gobierno.

Sobre los regímenes políticos fundados en la identificación del gobernante con las fuerzas naturales, GARCÍA PELAYO comenta que:

La debilitación del vigor del rey plantea un grave problema, pues ella es índice o de que el rey ha perdido su vínculo con las fuerzas cósmicas o de que éstas decaen, de manera que o bien el rey no puede cumplir sus funciones, o bien su pérdida de energía anuncia una catástrofe cósmica. Ante esta eventualidad los pueblos han dado distintas soluciones, por ejemplo, los incas, partiendo del supuesto de que el Inca y el sol eran idénticos y dependían mutuamente, llegaron a la conclusión de que, si las fuerzas del Inca disminuían, el sol podía perder su poder, en vista de lo cual

⁹ Cfr. JOHN KING FAIRBANK AND MERLE GOLDMAN. *China: A New History*. Ob. Cit. p. 40.

*procedían a hacer sacrificios humanos para revivificar la sangre del sol con la sangre de las víctimas; otros pueblos consideraron más lógico matar al decrepito rey y transferir su espíritu al nuevo rey más vigoroso; otros decidieron nombrar un sustituto del rey cuando había un mal presagio y si las cosas iban mal procedían a matar al sustituto*¹⁰.

Si bien algunos autores pretenden distinguir la ascensión de los gobernantes a través de la doctrina del derecho divino de los reyes “que dependía solamente del nacimiento, [de] la teoría China del Mandato Celestial, [que] establecía criterios morales para la posesión del poder”¹¹, no debe olvidarse que en Occidente se abrió una corriente de pensamiento similar, desde PLATÓN en *La República* a JENOFONTE en el *Hierón*, se ha desarrollado una conceptualización de la tiranía como algo pernicioso para la sociedad, en tal sentido, cabe mencionar la obra de CICERÓN, que desarrolló su teoría del tiranicidio cívico, concebida “como el servicio supremo que todo buen ciudadano romano debía ofrecer en caso necesario a la *civitas* para su salvación”¹² y posteriormente entre otros, en SAN AGUSTÍN, al pronunciarse sobre la contraposición entre el derecho natural y el derecho positivo, que justifica el derecho de resistencia a la autoridad injusta, al igual que TOMÁS DE AQUINO, al precisar que quien asume el poder con el engaño y violencia no es un rey sino un tirano porque su poder no procede de la voluntad de los súbditos.

¹⁰ GARCÍA PELAYO, MANUEL. *Historia de las Formas Políticas Parte II, Antiguo Oriente*. Institutos de Estudios Políticos, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, 1959, p. 94.

¹¹ Cfr. JOHN KING FAIRBANK y MERLE GOLDMAN. *Ob. Cit.* p. 40.

¹² Señala FRANCISCO PINA POLO, que “Él fue el primero, que sepamos, que se esforzó por convertir el tiranicidio preventivo en una doctrina tradicional en Roma sobre base filosófica y que presentó al tiranicida como un evergeta salvador de la *civitas* Puesto que en Roma la tiranía no era tanto una forma de gobierno, como una actitud moralmente reprobable según el modelo de Tarquinio el Soberbio, aquéllos que mostraran cualquier atisbo de poder poner en peligro el Estado con un comportamiento presuntamente tiránico debían ser eliminados sin esperar a que pudieran transformar su iniquidad en mal gobierno. Desde esa perspectiva, que asume en sus discursos y escritos Cicerón, era tan peligroso y susceptible de ser eliminado el aspirante a tirano que ocupaba un cargo público (los Gracos y Saturnino como tribunos de la plebe, César como cónsul o dictador), como el *privatus* sedicioso (Catilina o Clodio como principales ejemplos). Desde su punto de vista, compartido por los que él consideraba *optimates*, el tirano debía morir” (Cfr. PINA POLO, FRANCISCO. *El tirano debe morir: el tiranicidio preventivo en el pensamiento político romano*. Revista electrónica: Actas y Comunicaciones Instituto de Historia Antigua y Medieval. Facultad de Filosofía y Letras Universidad de Buenos Aires. Volumen 2 – 2006, en la página web consultada el 10/2/13: <http://www.filo.uba.ar/contenidos/investigacion/institutos/historiaantiguaymedieval/publicaciones.html>).

Posterior a la dinastía de los *Zhou*, sobrevienen las llamadas épocas de la primavera y el otoño (770 al 475 a.C.) y de los reinos combatientes (475 al 221 a.C.), en las cuales se desarrolla el fundamento del pensamiento filosófico-político en China, en la medida que la división del territorio chino en diversos Estados o en un sistema feudal y las constantes controversias entre éstos, genera un grupo de pensadores particularmente preocupados por la anárquica situación política que agobiaba China, entre los cuales se pueden mencionar a *Confucio*, *Mozi*, *Lao-Tsé*, *Zhuangzi*, *Mencio* o *Han Fei*, entre otros¹³.

Las principales escuelas filosóficas, que surgen de este período son la de los legistas, el taoísmo y el confucionismo, las cuales han marcado el Derecho Chino, a la par de corrientes doctrinarias en escuelas filosóficas “minoritarias”, como el mohismo¹⁴, las cuales no se difunden ampliamente o inciden de forma aislada en la formación del sistema jurídico Chino, pero caracterizan la constante hibridación de éstas, con nuevas concepciones que resultaron de la occidentalización del derecho chino, hasta la actual reformulación del actual de su sistema jurídico.

¹³ Muestra de los avances en la codificación en tal período, es que en el 536 a.C., Zi Chan “inscribió las reglas penales en una caldera de bronce instituyéndolas como derecho del Estado, como consecuencia apareció un código sistemático escrito de leyes” (Cfr. LIN LI. *Historia del Derecho Chino y su Sistema Jurídico Contemporáneo.*, p. 1. Consultado el 26/2/13 en la página web: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3020/5.pdf>).

¹⁴ Durante el período de las Primaveras y los Otoños el mohismo, fue fundado por “Mozi (479-372 a. C.), quien comenzó por adherirse al confucionismo antes de desmarcarse significativamente y crear su propia escuela de pensamiento, cuyas tesis se revelarían críticas a la vez con las enseñanzas confucionistas y taoístas, y partidarias de una sociedad igualitaria basada en el utilitarismo estricto y el amor recíproco entre las personas. Para algunos, su sistema no era más que una clase de confucionismo degenerado que junto a las ideas sobre el amor universal pacifista, propugnaba la organización de unidades paramilitares, el abandono de los ritos ancestrales y la dedicación absoluta al bien común. Lejos de limitarse a la investigación doctrinal, esta escuela se organizaría durante los siglos III y IV a.C. como un movimiento religioso-militarista (aunque antimilitar), compuesto de justicieros y ardientes partidarios de la paz, con la creación de brigadas iniciadas en las artes marciales con el único objetivo de interposición. Para Mozi y sus discípulos, el único criterio que debía servir de base para juzgar una doctrina es el bien que aporta al pueblo. Este punto de vista les situaba en las antípodas de Confucio, defensor a ultranza del punto de vista ético. Para los mohistas no había excepción al valorar a los gobernantes: los gastos suntuarios de la nobleza, las prestaciones personales, los impuestos y, sobre todo, las guerras debían desterrarse, puesto que son contraproducentes y conducen a la ruina de los estados y a la miseria del pueblo. El utilitarismo mohista llevado al extremo conduciría a cuestionarse el principio mismo del placer: obrar es obrar con un objetivo determinado”, para el poder establecido, las dinastías, esta constituía doctrina absolutamente contraria a sus intereses, en la medida que era capaz de sostener un concepto de justicia propio, que se concretaba en una fuerza militar que llegaría a funcionar al margen de los poderes regionales (Cfr. DOVAL, GREGORIO. *China Milenaria: breve historia*. Nowtilus, p. 118).

i.- La escuela de los legistas

Ahora bien, debemos comenzar por hacer referencia a la escuela de los legistas que tuvieron su apogeo inicialmente en la dinastía *Qin* (221-206 a.C.) y bajo la influencia de *Shang Yang*, sostuvo que el medio a través del cual se podía lograr la armonía social era con el sometimiento de la población al *fa* –vale decir a lo que en Occidente consideraríamos el ordenamiento jurídico positivo propiamente– como un ejercicio propio del poder político, el cual comportaba el establecimiento de un régimen legal cuyo desconocimiento acarrearba severos castigos.

Para los legistas, el emperador es concebido como el “Hijo del Cielo” y su función primordial era armonizar el orden social con el orden cósmico, por lo que detenta lo que hoy denominaríamos el Poder Público, el cual ejerce a través de un cuerpo de funcionarios a los cuales en principio, sin perjuicio de su plena y originaria autoridad, debe dejar el cumplimiento de ciertas tareas, como señala GARCÍA PELAYO, las ideas primordiales de este “Estado burocrático” ya habían sido expuestas por *Shen Tao*, quien afirma que:

“Si la persona del príncipe toma en sus manos los negocios y se ocupa personalmente de ellos, de forma que los funcionarios no tienen nada que hacer, hay una alteración de funciones entre el príncipe y los funcionarios. Esto se llama subversión. La subversión conduce a la confusión. Pero si la persona del príncipe delega en los funcionarios y no actúa personalmente, los funcionarios atenderán a todos sus negocios. Con ello se hace necesariamente clara la relación entre el príncipe y los funcionarios y la separación entre el orden y el caos”. Y, en otro lugar, mantiene esta opinión tan “innoble” como “tecnocrática”: “Las dificultades se resuelven por los funcionarios aptos y experimentados, no por la lealtad. Si la inteligencia llena el mundo, entonces el soberano obtiene utilidad de ella; si domina la lealtad el Imperio sólo tiene daños”¹⁵.

La norma escrita si bien se asemeja en algunos aspectos al positivismo jurídico inspirado en el estado de naturaleza de HOBBS, en la medida que la legislación se concebía como un freno a la arbitrariedad, pero no advirtió que la ley como orden dictada por la persona que en-

¹⁵ GARCÍA PELAYO, MANUEL. *Tipología de las estructuras sociopolíticas: estudio sobre las formas históricas de los campos de selección de la clase política*. Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Vol: 1, Nro: 32, 1965 p. 50 y 51.

carna la potestad, termina siendo la materialización de sus virtudes o sus defectos, por lo que la exaltación de la *fa*, constituyó un medio para la institucionalización jurídica de la arbitrariedad, un régimen dictatorial de draconiana severidad, en el cual lo que dicta el emperador es lo correcto y lo que no quiere es lo incorrecto, pero las concepciones legalistas no fueron abandonadas del todo, ya que en posteriores dinastías a la *Qin* se utilizaron códigos de leyes escritas, como ocurrió en la dinastía de los Tang, por ejemplo, con el Código Tang, que contenía básicamente regulaciones de naturaleza penal.

Dentro de las regulaciones, se puede destacar que se propugnaba una organización de la sociedad en grupos “mutuamente responsables”, para los cuales existía una obligación de informar de la comisión de hechos ilícitos o violaciones a la ley y cuyo incumplimiento era sancionable incluso como el mismo infractor.

La obligatoriedad de la ley, reside primordialmente en que el mayor incentivo para su cumplimiento es el castigo ejemplarizante de su violación, por lo que la ley aplicada con éxito, fortalece al gobernante por más “débil” que sea este.

Según enseña *LI LIN*, se elaboró el *Fa Jin* o Derecho Clásico que constituía un conjunto de códigos de todas las áreas del Derecho con especial ahínco en la de naturaleza civil y penal, con lo que se regularon temas como la violación de la propiedad privada y pública (*Dao Fa*), daño a la estabilidad del Estado y a la seguridad personal (*Zeí Fa*) entre otros, el cual fue objeto de revisión después de la dinastía *Qin*, regulándose aspectos de la vida política, económica o cultural hasta temas de la vida cotidiana, como la tenencia sobre la tierra (*Tian Lu*), a la designación y nombramiento de funcionarios públicos (*Zihili Lu*), las prácticas agrícolas como lo relativo a los cultivos (*Cang Lu*) o la administración del dinero y de los recursos minerales (*Jinbu Lu*)¹⁶.

ii.- El Confucianismo

La dinastía *Han* (206 A.C. al 220 D.C.) asumió el sistema de Derecho *Qin*, pero sostuvo la idea de *Dong Zhongshu* de valorar primordialmente al confucianismo, el emperador *Kao Tsu*, fundador de la dinastía *Han*, tributó honores religiosos a Confucio y posteriormente el empe-

¹⁶ LIN LI. *Historia del Derecho Chino y su Sistema Jurídico Contemporáneo.*, p. 2. Consultado el 26/2/13 en la página web: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3020/5.pdf>.

rador *Wu* estableció el confucionismo como la disciplina básica para la formación de los funcionarios de gobierno, a partir de tales eventos, cada nuevo regente profundizó de diversas formas los honores que sus predecesores les habían tributado a Confucio, incluso después de la caída del Imperio¹⁷, si bien el confucianismo recibió un fuerte golpe como se verá más adelante, el gobierno de *Chang Kai Shek* declaró en 1934 fiesta nacional el aniversario del nacimiento de Confucio.

Para Confucio, la armonía social parte de la conformidad de la conducta individual de las normas morales y no de la coerción externa de las leyes, por lo que su énfasis en el orden moral o *li* que por sí mismas logran el orden social, más que en el *fa*.

Las doctrina confucionista, afirmaban la existencia de emperadores santos de dinastías legendarias que habían mantenido unido y en orden el universo, mientras que la escuela legista partía del mundo tal cual es, sin reflexionar sobre un pasado ideal sobre el cual fundamentarse.

El sistema confuciano responde a la época de conflictos en la que viven sus fundadores y resuelve los problemas de un Imperio eminentemente burocratizado, en el cual resultaba necesaria la unificación social y política –al ser el núcleo de la ética confucianista la formulación de las cinco relaciones (vgr. entre el señor y el súbdito, padre e hijo, esposo y esposa, hermano mayor y hermano menor, amigo mayor y menor) y de la cual se desarrollaron posteriormente, las diez maneras de comportarse (vgr. Amor del padre, respeto filial del hijo; afabilidad del hermano mayor, humildad y respeto del hermano menor; equidad del esposo, obediencia de la esposa; consideración humana de los ancianos, respeto de los jóvenes; benevolencia de los señores y fidelidad de los súbditos)– los postulados del confucianismo resultaron bastante adecuados, ya que impregnaron toda la mentalidad china, particularmente con su concepción de la familia, en la cual se llegó a identificar el Imperio con una gran familia, en la que el emperador debía ser un padre bondadoso y los súbditos respetuosos y fieles sus hijos.

¹⁷ Sobre el alcance y contenido del término imperio en el contexto jurídico romanista y su desambiguación otras voces como imperialismo, véase CATALANO, PIERANGELO: *Impero: Un concetto dimenticato del Diritto Pubblico. En. Cristianità ed Europa. Miscellanea di Studi in Onore di Luigi Prosdocimi*. Volumen II. Al cuidado de Cesare Alzati. Herder. Roma-Friburgo-Viena, 2000 y *Apertura dei lavori: alcuni sviluppi del concetto giuridico di imperium populi Romani*. Estratto da Studi Sassaesi VIII, Serie III – Anno Acc. 1980-81.

El anterior símil no es gratuito, debido a que la familia es el sustrato más fundamental sobre el que se edifica la sociedad china, ya que ha sido la base de la organización social y administrativa, en la medida que sobre las bases del confucianismo adquiere unas dimensiones que caracterizan la sociedad tradicional china.

Confucio tiene la virtud de ser un extraordinario compilador, que sistematizó la tradición clásica china, que permitió a la escuela de los letrados confucianos, estructurar todo el mundo chino tradicional, desde la organización social como al gobierno y la educación. Su pensamiento es eminentemente práctico y básicamente moral, vinculado a la relación del hombre con otros, que en las cinco relaciones básicas que acabamos de mencionar deben concretar la virtud básica del ren, habitualmente traducida como “humanidad” o “benevolencia”, y que consiste en “amar a los hombres”.

Ahora bien, ese amor es jerarquizado, en tanto se ajusta a las cinco relaciones básicas, que se concreta en que la relación entre el soberano y sus súbditos sea similar a la que existe entre un padre y sus hijos, el primero debe procurar el bienestar del pueblo, y el pueblo debe obedecerlo como a un padre. Esa idea con ciertos matices se mantiene vigente parcialmente en la actualidad, concretamente en la relación entre la China comunista –paternalismo estatal chino– y los ciudadanos.

Como señala GARCÍA PELAYO, respecto de la idea tradicional de la sociedad y sus implicaciones para la selección y formación de la sociedad china:

La sociedad china se ordenaba con arreglo a los siguientes principios, que arrancan del pensamiento confuciano: a) Los hombres no son iguales ni en sus capacidades físicas ni en sus capacidades intelectuales y, por consiguiente, la ordenación racional de la sociedad no puede ser otra cosa que la racionalización de estas desigualdades naturales; b) El único criterio de selección social y política es el mérito personal, debiéndose dar a todos las mismas posibilidades para que lo demuestren; en consecuencia, si bien la estratificación es inmutable, en virtudes y normas inherentes a ella, así como a no interferirse en las funciones ajenas: "Deja al gobernante ser gobernante, al ministro, ministro; deja al padre ser padre, al hijo, hijo"; lo contrario sería el caos, dice un texto de Confucio; d) La sociedad necesita dos clases de trabajo: del trabajo intelectual, que es el que más contribuye al desarrollo social,

y del trabajo corporal; e) Los hombres de superior mérito son los únicos capaces del trabajo intelectual, son los "hombres grandes", mientras que los trabajadores manuales son los "hombres pequeños", no acreedores a ningún respeto especial y que deben subordinarse a los hombres superiores. La relación entre ambos fue fijada en unos famosos textos de Mencio (s. III/IV) que muestran al mismo tiempo el nudo entre la estructura social y la política:

"Unos trabajan con su pensamiento, otros con su fuerza. Los que trabajan con su pensamiento gobiernan; los que trabajan con su fuerza son gobernados. Los que son gobernados, sirven; los que gobiernan, son servidos. Tal es el principio universalmente reconocido".

"Si no hubiera hombres de rango superior no habría nadie para gobernar a los campesinos. Si no hubiera campesinos no habría nadie para sustentar a los hombres de rango superior".-

De acuerdo con estos supuestos, el gobierno es misión de un grupo de gentes dotadas de condiciones –contrastadas a través de un concurso de méritos– que los hacen idóneos para gobernar; se seleccionan entre todo el pueblo, pero el pueblo no tiene nada que opinar respecto a sus medidas, a las que ni siquiera está en condiciones de comprender: "El pueblo –dice Confucio– está hecho para seguirlos (a los decretos superiores) pero no puede entenderlos".

Los funcionarios constituían, así, un estamento privilegiado rigurosamente destacado del "pueblo común": estaban exentos de las prestaciones personales, no podían ser detenidos ni procesados sin autorización del Gobierno Imperial, la injuria a ellos tenía una penalidad superior a la inferida a un hombre del común. A fin de conservar el prestigio estamental minimizando o limitando la adquisición de prestigio social por dinero, las leyes suntuarias les daban el monopolio del uso y consumo de determinados bienes (cierta clase de vestidos, carruajes, etc.) que estaban vedados a las gentes comunes aunque contaran con medios económicos para adquirirlos: "Una familia –dice el Kuantzu (siglo IX)– puede ser rica, pero no puede gastar su dinero si no recibe un sueldo oficial"¹⁸.

¹⁸ GARCÍA PELAYO, MANUEL. *Tipología de las estructuras sociopolíticas: estudio sobre las formas históricas de los campos de selección de la clase política*. Ob. Cit., p. 51-52.

Todas las corrientes que se inscriben en el confucianismo, destacan la necesidad de seleccionar al margen de sus antecedentes sociales y económicos, a personas virtuosas, lo cual se concretó en llamado sistema de examen competitivo chino para el servicio civil, que en forma alguna trastocó el carácter de China como una sociedad organizada y estrictamente diferenciada, lo cual se consideraba como un elemento necesario para la armonía en la sociedad¹⁹.

Los anteriores elementos, se mantuvieron a lo largo de la historia china hasta la época de la República, así la dinastía *Tang* (618-907 d.C.), como se señaló con anterioridad elaboró el Código Tang o *Tang Lü Shu Yi*, reconocido como el código más distintivo de la Familia del Derecho Chino, que sirvió como modelo para otros países asiáticos, como Japón y Corea; mientras que durante el periodo de las dinastías *Song* (960-1279 d.C.), *Yuan* (1271-1368 d.C.), *Ming* (1368-1644 d.C.) y *Qing* (1644-1912 d.C.), se desarrollaron diversas normas codificadas como el *Da Qing Hui Dian* o la gran ley administrativa de *Qing*.

iii.- El Taoísmo

La tercera corriente de pensamiento que influyó en la concepción del sistema jurídico chino, es el taoísmo o daoísmo²⁰, desarrollado entre

¹⁹ Muestra de ello es la afirmación de XUNZI, conforme a la cual, “aunque ellos sean descendientes de reyes y duques, o caballeros e ilustres funcionarios, si son incapaces de observar devotamente los requerimientos del ritual y los principios morales, deberían ser relegados a la posición de los inferiores. Aunque ellos sean los descendientes de los inferiores, si acumulan cultura y estudio, rectifican su carácter y conducta, y son capaces de observar devotamente los requerimientos de los principios rituales y la justicia, deberían ser llevados a los rangos de un primer ministro, caballero o ilustre funcionario” (Cfr. CHAN, JOSEPH. *Producción del sentido de justicia confuciana*. Consultado el 1/3/13, en la página web: <http://them.polylog.org/3/fcj-es.htm#f7>).

²⁰ Destaca ISABELLE DUCEUX que “el hecho de que los primeros estudiosos del daoísmo, por una parte se formaban dentro de la escuela confuciana, y por otra parte no conocían los textos del Daozang, que afirmaron la diferencia entre el daoísmo filosófico, representado por los textos más antiguos de este pensamiento –principalmente el *Daode jing* (...) y el *Zhuangzi* (...)– y el daoísmo religioso que consideraban degeneración del pensamiento original, influido por prácticas populares supersticiosas. Los estudiosos contemporáneos del daoísmo ya no aceptan esta división entre un daoísmo filosófico y otro religioso. En vez de pensar el daoísmo como tradición de pensamiento marcada por la ruptura, la ven como tradición continua cuyo desarrollo se halla en su origen. Isabelle Robinet menciona al respecto: ‘Se trata de un falso problema nacido de una aparente diferencia, común a todas las religiones y a todas las místicas, entre la ascesis –los procedimientos, el entrenamiento– por una parte, y por otra parte ya sea el desenlace de esta ascesis, ya sean las especulaciones que pueden acompañar o coronar esta ascesis. Que haya diferencia entre el que sube una montaña y el que está en su cima es evidente; como es evidente que a veces el aprendiz se queda a medio camino o se regresa. Pero que se hayan

otros por filósofos *Lao Tsé* y *Zhuang Zi*, se opone a las instituciones y organizaciones, así como a las leyes morales y los gobiernos en general al considerarlos como artificios humanos que obstruyen el *Tao*, bajo la práctica del *wua wei*, se materializa una pasividad política en la cual la sociedad y las personas aceptan sin lucha las experiencias de la vida, conforme a la forma natural de las cosas, por lo cual se termina sosteniendo que la mejor forma de “gobernar el mundo no es gobernarlo”, el gobierno terminaría siendo una guía y no un poder que gobierna.

No es difícil entender entonces, por qué el taoísmo se ha señalado como la "otra manera" e incluso como una repuesta al confucianismo y a los legistas –aunque la idea del *Tao*, sea parte igualmente de estas otras corrientes de pensamiento–, por lo que no puede considerarse radicalmente diferente a la concepción de la vida confuciana. Mientras que del confucianismo se puede afirmar fue la escuela de la élite, el Taoísmo prosperó entre la gente común. El Confucianismo denunció el principio de *wua wei* y creían en una forma más activa del gobierno y social rígida control, en tanto que el taoísmo se enfocaba fundamentalmente en promover la paz interior de las personas y armonía con el entorno.

Aunque el Taoísmo puede ser diferente del confucianismo, no es contradictorio, tanto confucianismo, taoísmo y los legistas desempeñaron un papel en la caracterización del sistema jurídico chino, para el confucianismo la clase dirigente estaría controlada por la virtud en lugar de la ley, pero los legistas confería a la ley positiva la importancia necesaria para que esa clase ejerciera la represión necesaria de la disidencia o en general de las leyes que ellos dictaban –sin alejarse ambas corrientes del objetivo de alcanzar el mundo ideal, el tao– en tanto el taoísmo igualmente era útil a los fines de mantener el estatus establecido –el taoísta se aleja del activismo social–.

De ello resulta pues, que el estado de derecho –*fazhi*– en la antigua China se caracteriza por ser fundamentalmente una regla moral –*renzhi*–, diseñado para el beneficio de aquellos que gobiernan, y la ley se erige como un instrumento de represión. Como señala ZHANG

concebido dos corrientes distintas nos parece una posición que proviene de que en Occidente no estamos acostumbrados a las técnicas que llevan a la experiencia mística, y en consecuencia los occidentales conciben mal la relación entre lo que les parece son procedimientos prosaicos y la meta última de éstos' (...)" (Cfr. DUCEUX, ISABELLE. *Formas de la Trascendencia en el Daoísmo Temprano*. En Estudios de Asia y África, mayo-agosto, año/vol. XL, número 002. El colegio México, distrito Federal, México, p. 270.).

JINPAN, el sistema jurídico chino incorporó la moral como parte del Derecho:

No solo reconocía los valores orientados a la familia, sino también la influencia ética de estos valores en el cumplimiento de la ley; del mismo modo ponía hincapié en las normas de carácter penal más que en aquellas de naturaleza civil; así mismo imponía una serie de reglas a sus funcionarios públicos, delimitando sus responsabilidades y estableciendo los castigos que debían imponerse en caso de que no se condujeran con propiedad; igualmente aplicaba tanto ordenamientos como leyes, y analizaba las ofensas de conformidad con el Derecho, ya fuera de manera directa o deductiva, cuando no existían reglas accesibles por las cuales guiarse; también prefería la mediación frente al litigio como forma de solucionar conflictos; finalmente incluía todas las áreas del Derecho y distinguía el Derecho Civil y Penal ²¹.

Así, desde el punto de vista jurisdiccional, las diferencias entre personas se resolvían en términos generales de acuerdo a los principios del *li*, lo que tal vez explique la tradición china contemporánea de defender la conciliación directa o los medios alternativos de resolución de conflictos, como principal vía de solución de controversias.

2.- La Occidentalización del Sistema Jurídico Chino y la redefinición en el Sistema Jurídico Socialista

Posteriormente, con la derrota de la China en las Guerras del Opio (1834-1860) se liberaliza el comercio y el capitalismo se impone en los puertos del Imperio celestial, momento en el cual se evidencia un desfase jurídico entre el ordenamiento jurídico Chino y Occidente.

La derrota China en las Guerras del Opio, abonaron el camino para la “occidentalización” de la estructura política y fundamentalmente económica de China, lo cual se concreta entre otros eventos con los tratados de *Nanjing*, *Tientsin*, *Wangxia*, *Jangsu*, *Aigun* y *Shimonoseki*, a través de los cuales se concretó una liberalización forzada del mercado.

Con la aplicación de estos tratados y en el marco de un gobierno central debilitado para ejercer plena y eficazmente su poder en China,

²¹ LIN LI. *Ob. cit.*, p. 4.

se desarrollaron una serie de movimientos sociales y políticos, como la Rebelión Taiping (1850-1864), de los Boxer (1899- 1901), los Nien (1853-1868) y los Musulmanes en Yunnan (1855-1873) y en el noreste (1862-1873) en contra del decadente régimen *Qing*, pero a la par se desarrollaron otros como el de Auto-fortalecimiento (1861-1895) a favor de esa dinastía.

El gobierno *Qing* en esas circunstancias, no fijó su principal interés en contrarrestar a las potencias extranjeras sino a resolver fundamentalmente sus problemas internos y sin embargo, se dedicó a fortalecer una industria militar inocua sin atender al desarrollo de una economía moderna.

En ese período se desarrolló la restauración *Tongzhi* (1860-1874), como un intento de frenar la decadencia dinástica *Qing*, a través de la restitución del orden tradicional pero bajo la aplicación de una perspectiva modernizadora que rechazaba el aislamiento y propendía a una mayor apertura a Occidente, como en el estudio de las ciencias y la asunción de modelos europeos –vgr. diplomacia–, así como el llamado movimiento de Auto-fortalecimiento, conforme al cual China debería defender sus tradiciones y la influencia de occidente con los recursos y tecnologías occidentales.

En ese contexto, una decadente dinastía *Qing* comisionó a *Shen Jia-ben* para la reforma del sistema jurídico imperial, lo que permitió que académicos japoneses –cuya renovación jurídica comenzó con anterioridad con la llamada restauración *Meiji*– fueran invitados para asesorar el proceso de modernización, en el cual se comienza a delinear Códigos en materia Civil y Comercial, bajo el esquema de las escuelas de Derecho europeas e influenciados por la legislación capitalista.

Sin embargo, los intentos de la dinastía *Qing* de aplicar instituciones foráneas a su realidad socio económica, no sólo fueron infructuosos, sino que además las reformas legales que se implementaron no se ajustaron a la realidad del antiguo régimen, lo que aunado a otros factores aceleró la debacle del imperio.

Con el advenimiento de la República (1911-1949), el gobierno se inclinó igualmente por el modelo de derecho japonés y alemán, así por ejemplo, el Derecho Civil tradicional chino se había mantenido primordialmente bajo la forma de derecho consuetudinario, hasta la promulgación del Código Civil de la República de China de 1929,

influenciado principalmente por el Código Civil alemán –*Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB)– y el Código Suizo de las Obligaciones de 1911²².

Sin embargo, la mayor parte de las leyes de la reforma republicana no serían implementadas por la invasión japonesa, las guerras mundiales y, finalmente, la guerra civil.

La caída del Imperio Manchú, la revolución nacionalista de 1925 a 1927, la guerra contra el imperialismo japonés en los años treinta del siglo XX y la llegada al poder del Ejército Popular de Liberación en 1949, estuvieron enmarcados en dos importantes acontecimientos mundiales que influenciaron el proceso de formación de la actual China, a saber la primera guerra mundial (1914-1918) y la Revolución Rusa de 1917, en los cuales se conjugaron las disputas por las colonias entre las potencias imperialistas, las aspiraciones expansionistas de Alemania y Japón, aunado a una nueva concepción del sistema socio económico, la implantación del socialismo en el país capitalista más atrasado de Europa (Rusia), que moldearon los movimientos anticoloniales y de autodeterminación nacional.

Para 1948, China estaba sumida en una enorme crisis económica y política, el *Kuomintang* entra en colapso y el 1 de octubre de 1949, MAO TSE-TUNG declaró la fundación de la República Popular de China²³ al formarse el “Gobierno Central Popular” de coalición con otros 14 partidos políticos y Mao como presidente, siendo Pekín designada como capital del país.

El 29 de septiembre de 1949, la Primera Sesión Plenaria de la Conferencia Popular China sobre Política Consultiva, adoptó el llamado “Programa Común”, que sirvió como constitución temporal para el inicio de la nueva China. Así, el Programa Común delineó:

²² Señala LIHONG ZHANG, que tras el establecimiento de la República Popular de China en 1949, ese primer Código Civil fue abolido en la zona continental y sólo mantuvo vigencia en Taiwán.

²³ Según afirmaría el propio Mao, el pueblo de toda China había sido sometido a aflicciones y a un amargo sufrimiento desde que el gobierno reaccionario del *Kuomintang de Chiang Kai-shek* traicionó al país conspirando con los imperialistas y emprendiendo la guerra contrarrevolucionaria. Ahora, la guerra popular de liberación está prácticamente ganada y la mayoría de la población del país fue liberada. En representación de la voluntad de toda la nación, el primer período de sesiones de la Conferencia Consultiva Política del Pueblo de China, aprobó la Ley Orgánica del Gobierno Central de la República Popular de China. (Cfr. TSE-TUNG, MAO. *Proclamation of the Central People's Government of the PRC*. Consultado en la página web: http://www.marxists.org/reference/archive/mao/selected-works/volume-7/mswv7_003.htm, el 11/10/12).

A manera de Carta Magna, la naturaleza y función del nuevo país. La propuesta legislativa establecía que claramente se “abrogarían todas las normas del gobierno antirrevolucionario del Kuomintang, las cuales tenían la finalidad de oprimir a las personas”.

Durante el nacimiento de la nueva China en 1954, el Programa Común fungió como norma jurídica constitucional, convirtiéndose en el fundamento legal del nuevo país. El Gobierno Central Popular, tomando como referencia este programa, impulsó una serie de medidas efectivas para la restauración de la economía nacional, eliminando todas las fuerzas antirrevolucionarias y salvaguardando la integridad y soberanía de la nueva nación²⁴.

El gobierno de Mao afirma una libertad plena salvo a los llamados “reaccionarios políticos” y comienza un proceso de abolición del sistema jurídico de la era republicana, apuntada como reaccionaria y contraria los intereses del pueblo chino, a la par que se rechazan en principio las ideas de confucianismo.

Según LIN YUTANG, la decadencia del confucianismo se inició antes de la llegada del comunismo, solo se aceleró a comienzos del siglo XX, donde el espíritu general podía resumirse en la consigna “si la China no cambia y se olvida del pasado ¡perecerá!”²⁵.

Se privilegia como patrón a seguir, el ordenamiento jurídico de entonces Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, a los fines de lograr la “construcción legal”, de un sistema jurídico que definiera el modelo comunista que consolidara la revolución socialista, por lo que el ordenamiento jurídico en este primer momento, se centro fundamentalmente en viabilizar la instauración de la propiedad pública de los medios de producción y el desarrollo de la economía planificada, el fortalecimiento del Partido Comunista Chino y la interiorización de la doctrina marxista, a los fines de extinguir la explotación capitalista.

La propiedad y el capital privado son marginados, así como las normas que los regulaban, se emprende una reforma agraria, en la que propiedad privada es descartada, y se establecieron comunas popula-

²⁴ MO JIHONG. *Derecho Constitucional en China*, p.1 y 2. Consultado el 28/2/13, en la página web: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3020/8.pdf>.

²⁵ LIN YUTANG, *Confucio y Marx*. En Las Grandes Religiones. Time Inc., 1960, p. 88.

res²⁶, en general se centraliza la economía de forma similar al modelo soviético.

En 1953, en el marco de la nacionalización de la industria privada, se permiten sólo dos formas de organización industrial, la estatal y la mixta estatal-privada, se afirma que la transformación del sector privado, se lograría procurando siempre el “equilibrio” entre las clases:

Algunos capitalistas mantienen una gran distancia del Estado y no cambian su mentalidad de ganancia por encima de todo. Algunos trabajadores avanzan muy rápido y no permiten que los capitalistas tengan cualquier ganancia. Tenemos que educar a estos trabajadores y capitalistas y ayudarlos a adaptarse gradualmente a la política de Estado (...) rumbo al capitalismo de Estado²⁷.

Si bien el Partido Comunista Chino, se estructuró a partir de una concepción militar y estalinista, es independiente del imperialismo y la burocracia soviética, con la cual tiene roces continuamente, hasta la ruptura completa de relaciones en 1963.

Tras cinco años con el Partido Comunista Chino en el poder, en septiembre de 1954, la primera Asamblea Popular Nacional aprobó la Constitución de la República Popular China, la cual había sido precedida por la Ley del Matrimonio y la Ley de Reforma Agraria, con lo que se había consolidado una relativa estabilidad política interna.

La Asamblea Popular es el órgano supremo del poder político, ejerce el poder legislativo y nombra al resto de los poderes del estado, se elige por cuatro años, nombra y remueve al resto de los poderes del Estado, puede reformar total o parcialmente la Constitución, se garantizan elecciones directas para los diputados a las asambleas populares de los municipios no divididos en distritos, de los distritos urbanos, cantones, entre otros. Además, conforme al artículo 73, la actividad jurisdiccional es ejercida por el Tribunal Popular Supremo, los tribunales locales y los tribunales especiales, que son nombrados por las asambleas de los diferentes niveles.

²⁶ CHUN LI y TIEN CHIE-YUN. *¿Cómo es la comuna Popular?* Ediciones en Lenguas Extranjeras, Pekín 1976.

²⁷ TSE-TUNG, MAO. *The only road for the transformation of capitalist industry and commerce*. Discurso del 7/9/1953. Consultado en la página web: http://www.marxists.org/reference/archive/mao/selected-works/volume-5/mswv5_33.htm, el 11/10/12).

Acota ROMER CORNEJO, que la Constitución de 1954, si bien se mantuvo en vigencia por diecinueve años no se cumplió en lo fundamental:

*Dadas las circunstancias del país, prevaleció el Partido o los grupos políticos que se estaban estableciendo mientras el nuevo régimen se consolidaba. La nueva élite política no tenía confianza en los funcionarios a cargo de los órganos del Estado. De hecho durante la década de 1950, algunas de las campañas en contra la corrupción tuvieron que llevarlas a cabo grupos de militantes del partido al margen de los miembros de las instituciones de justicia o de los poderes ejecutivos locales, dada la enorme corrupción de éstos. Esta Constitución fue un intento de ordenamiento del Estado, a su vez constituyó un instrumento para la estructuración del país y para fundamentar la institucionalidad del mismo ante el exterior*²⁸.

No sólo la Constitución fue desconocida en sus principios fundamentales, sino “todos los ordenamientos surgidos de la Carta Magna de 1954 fueron destruidos. Así, *Liu Saoqi*, el presidente nacional de aquel entonces, no pudo hacer uso de las disposiciones relacionadas con su investidura para proteger sus propios derechos”²⁹.

Otro dato histórico a considerar, es que en 1958 se lanzó el llamado “Gran Salto Adelante” durante el Segundo Plan Quinquenal, en orden a convertir a China en un gran país industrial, el cual se desarrollaría sobre conceptos como el desarrollo de industrias rurales, constituidas por las Comunas, en orden a satisfacer las necesidades de la población.

El Gran Salto Adelante fue un intento de lograr una renovación industrial, mediante la consolidación de los valores del marxismo-leninismo bajo la perspectiva maoísta, que se fundamentaba esencialmente en la colectivización forzosa que emprendió STALIN a principios de los años treinta del siglo pasado.

Según relata JOHN SWIFT, se pretendía por ejemplo que las comunas fabricaran acero en hornos caseros, ya que según se pensaba con el peso demográfico del país, la producción de acero crecería exponencialmente, pero en cambio se obtuvo fue un producto de muy baja cali-

²⁸ CORNEJO, ROMER. *Las Constituciones en China en Contexto*, p. 360. Consultada el 27/2/13, en la página web: biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2702/18.pdf.

²⁹ MO JIHONG. *Derecho constitucional en China. Ob. Cit.*, p.3.

dad sin las necesarias propiedades estandarizadas que le dieran utilidad social o comercial, lo que supuso un enorme gasto de materias primas, energía y trabajo³⁰.

La colectivización forzada tuvo un efecto devastador al igual que la experiencia de la Unión de República Socialistas Soviéticas –a pesar del cumplimiento de algunas metas como la producción de carbón que llegó a superar a la Inglaterra– un sistema de gestión planificada, en el cual el sector agrícola se vio terriblemente afectado, por circunstancias tales como el sostenimiento de los productores a unas cuotas de producción que eran en muchos casos falseadas por parte de la burocracia local, aunado a desastres climáticos, generó la conocida gran hambruna de China, en la cual perdieron la vida más de quince millones de personas. El Gran Salto Adelante que castigó a China desde 1958 a 1961, dejó como saldo un inmenso fracaso, como lo manifestó *Deng Xiaopin* a principios de los años sesenta del siglo pasado, cuando sostuvo que "no importa que el gato sea blanco o negro, lo importante es que cace ratones", anunciando la necesidad de iniciar el proceso de reforma y apertura de la economía, pero además de abandonar toda concepción ideológica extrema y fundarse más bien en una visión práctica, que es el logro de la armonía, del principio del Justo Medio o *he xie*.

En 1966, se inicia la Revolución Cultural en China una de las fases más controversiales en la historia comunista de China, desde ciertas perspectivas lo resaltante de esa Revolución, es haber sido el acontecimiento histórico que permitió establecer el sistema comunista chino y sin lugar a dudas fue un movimiento sin precedentes en la historia contemporánea, para transformar aún mediante los medios más extremos, las relaciones económicas, instituciones políticas, sociales y culturales de un estado multicultural como China. Pero también una gran parte de los estudiosos del tema destacan, la violencia y los abusos que en dicho período se cometieron, Mao emplazó a la movilización de la juventud y sumió al país en una purga social y política que duró aproximadamente una década³¹.

La movilización de masas –en particular de la juventud estudiantil– protagonizada por los Guardias Rojos, es empleada de forma sis-

³⁰ SWIFT, JOHN. *Atlas histórico de la Guerra Fría*. Editorial Akal, 2008, p. 62.

³¹ En principio, la Revolución Cultural en sí finalizó con el IX Congreso del Partido Comunista de China en abril de 1969, pero comúnmente se extiende a las controversias por el control del poder hasta 1976, cuando muere *Mao* y cae la Banda de los Cuatro.

temática para consolidar la estructura de poder del ala radical del partido comunista –Mao y la Banda de los cuatro, entre los que se pueden mencionar a *Jiang Qing*, *Zhang Chunqiao*, *Yao Wenyuan* y *Wang Hongwen*– que se materializa en hechos como la destrucción generalizada del patrimonio cultural en el territorio chino, detenciones y reclusión en centros de reeducación hasta en algunos casos, la ejecución de integrantes de todos los estratos sociales –intelectuales, artesanos, ministros religiosos y políticos, entre otros–.

En este período el ordenamiento jurídico se radicaliza, con la Constitución de 1975, el Estado se define como “socialista de dictadura del proletariado, dirigido por la clase obrera y basado en la alianza obrero-campesina” (artículo 1), siendo el marxismo-leninismo, y el pensamiento Mao, “la base teórica que guía el pensamiento de nuestro país” (artículo 2), además se establece que “El proletariado debe ejercer una dictadura omnimoda sobre la burguesía” (Artículo 12), así como en el artículo 14 dispone que el “Estado, de acuerdo con la ley, priva de los derechos políticos por determinado plazo a los terratenientes, campesinos ricos, capitalistas reaccionarios y demás elementos nocivos, dándoles al mismo tiempo una salida para ganarse la vida, de modo que en el trabajo manual sean transformados en ciudadanos que acaten la ley y vivan de su propio trabajo”, en definitiva, la Constitución sistematizó:

La situación que ya se vivía de hecho en el país, es decir, una dictadura de partido que erigía su autoridad a nombre de una clase social y que se reservaba el derecho a la propia definición de los límites de clase y por tanto de su particular concepción de ciudadanía. Estos límites de clase marcaron de una manera aún más precisa una diferenciación de los individuos ante las leyes³².

La ley se subordinó entonces a las directivas del Partido, las instituciones constitucionales y el ordenamiento jurídico en general era concebido como flexible e irrelevante frente al logro de los cometidos del Estado.

Zhou Enlai y *Mao Tse-tung* mueren en 1976, se desatan manifestaciones masivas en Pekín por la precaria situación social, a la par de una lucha interna en el Partido Comunista Chino vinculados a la toma de control del poder de dos corrientes ideológicas los más ortodoxos y

³² CORNEJO, ROMER. *Las Constituciones en China en Contexto. Ob. Cit.*, p. 361.

herederos de *Mao*, frente a los “liberales”, representados por dos importantes personajes, *Hua Guofeng* y *Deng Xiaoping*.

En diciembre de 1978, la Tercera Sesión Plenaria del XI Congreso del Comité Central del Partido Comunista de China, *Deng Xiaoping* asumió el poder y anunció las primeras reformas económicas, conocidas como las Cuatro Modernizaciones, de ámbitos de la economía, la agricultura, el desarrollo científico y tecnológico y la defensa nacional, con lo que se emprendió un plan de apertura y liberalización de la economía.

Para el 5 de marzo de 1978, en la primera sesión de la Asamblea Popular Nacional se aprueba una nueva Constitución, en la cual no se reflejan los cambios políticos, sociales y económicos, que implementaría *Deng Xiaoping* en tanto es el resultado de una negociación entre las corrientes ideológicas del Partido Comunista Chino, se sostiene un discurso radical y se incorporan cambios sutiles que apuntaban a las reformas por venir y que se concretarían en la Constitución de 1982, la cual está vigente con cuatro enmiendas.

Desde el punto de vista político, su contenido se acerca a la Constitución de 1954, se define al país como un "Estado socialista de dictadura democrática popular, dirigido por la clase obrera y basado en la alianza obrero-campesina", pero las sucesivas enmiendas se han destacado cambios sustanciales –al menos desde una perspectiva formal– en muchos temas como la propiedad y los derechos fundamentales, así las enmiendas más importantes han versado sobre:

1. La inclusión de la teoría de las tres representatividades de Jiang Zeinín (sin mencionar su nombre) entre las guías ideológicas del país, junto al marxismo leninismo, el pensamiento de Mao Zedong y la teoría de Deng Xiaoping. Ello constituyó una muestra del pacto tácito con la vieja dirigencia, así como el reconocimiento de que el Estado tiende a dejar de representar a una sola clase.
2. En el párrafo 7 del preámbulo se agregó a las cuatro modernizaciones "promover el desarrollo coordinado de las civilizaciones material, política y espiritual". Esto significa la sanción a la proposición central de los nuevos dirigentes, que es la búsqueda del equilibrio en la propuesta de desarrollo, y que se ha llamado el concepto científico del desarrollo.

3. En el tercer párrafo del Artículo 10 donde decía "El Estado puede, por interés público, requisar la tierra para su uso de acuerdo a la ley" ahora dice "El Estado puede, por el interés público y de acuerdo a la ley, expropiar o requisar la tierra para su uso y compensará por la tierra expropiada o requisada". Asimismo, el Artículo 13 que habla de la protección estatal de las ganancias y propiedades de los ciudadanos, fue modificado para estipular "La propiedad privada legal de los ciudadanos es inviolable. El Estado puede, por el interés público y de acuerdo a la ley, expropiar o requisar la propiedad privada para su uso y compensará por la propiedad privada expropiada o requisada". Lo interesante de esta reforma es la precisión de las compensaciones por las posibles expropiaciones, ello constituye un importante reconocimiento a los derechos individuales frente al Estado.
4. En el segundo párrafo del artículo 11 se amplía la economía privada e individual a "sector no público de la economía". Con esta reforma, bajo el rubro de "sector no público" se agrupa una gran cantidad de posibilidades de formas de propiedad.
5. Al artículo 14 se le agregó un cuarto párrafo que dice "El Estado establece un sistema de seguridad social compatible con el nivel de desarrollo socioeconómico". Con esta reforma se intenta el establecimiento paulatino de un sistema de seguridad social.
6. Al artículo 33 se le agregó un tercer párrafo que dice: "El Estado respeta y preserva los derechos humanos". Esta inclusión abre la posibilidad de nuevas legislaciones que tiendan a la protección de los derechos individuales y a la ampliación de éstos. Sin disminuir el avance que esta escueta oración significa, es necesario reconocer también que su parquedad deja el espacio necesario para que su cumplimiento sea tan parcial como lo requiera el grupo en el poder.
7. En el párrafo 20 del artículo 67, en el artículo 80 y en el párrafo 16 del artículo 89 se cambió la expresión ley marcial por la de estado de emergencia. Esta reforma adecúa la Constitución a la concepción actual de paz social y fin de la lucha de clases.
8. En el artículo 98 se amplía el término de los congresos populares de municipios, municipios de nacionalidad y poblados de tres a cinco años. Con esta reforma se homogeneizan los períodos de los diversos órganos colegiados de gobierno, con lo que se re-

fuerza la tendencia hacia un sistema político de "congresos", como ha afirmado el presidente Hu en diversas oportunidades³³.

Con *Deng Xiaoping* se marcó el inicio un proceso de reforma política y económica bajo la consigna de “un país, dos sistemas”, en el cual se abandona las decaídas nociones del manejo económico maoísta, por un proyecto en el cual socialismo y el capitalismo, que lógicamente ha desatado importantes cambios en el actual ordenamiento jurídico Chino, en el cual parece volver la búsqueda de la armonía entre el *li* y el *fa*.

En el desarrollo de esa tarea, se han tomado en consideración lecciones históricas como la utilidad de contar con un sistema de derecho positivo fuerte –retomando conceptos de la escuela legista–, reconocer e incorporar las costumbres y tradiciones sociales que benefician la unidad y la paz de las naciones que integran China –lo que encuentra una clara referencia en el confucianismo– y tomar soluciones y esquemas de derecho comparado, sin que ello comporte un desconocimiento de la realidad China –una enseñanza del fallido intento de occidentalización del derecho Chino–.

Sin embargo, esa transformación socio económica no ha sido ajena a las controversias ni a las contradicciones, tal como lo demostraron los eventos de mayo de 1989 en la Plaza Tian’anmen en Pekín.

La cultura jurídica china no parte de un ideal en el cual se postula un gobierno de las leyes, no existe una evidente elección entre la cicutu y la desobediencia de la ley, cuando se aborda el desarrollo del ordenamiento jurídico en China la concepción “angloamericana de los derechos (derivada de LOCKE y MILL) que está popularmente asociada con individuos y con la frecuencia ligada a desafiar a la autoridad del Estado o la comunidad. En China sin embargo, los derechos son más comúnmente asociados con colectividades y peticiones hechas a la membresía de la comunidad más que a negación de las libertades *vis-á-vis* por el Estado”³⁴.

³³ Véase a CORNEJO, ROMER. *Las Constituciones en China en Contexto. Ob. Cit.*, p. 367-368, quien además apunta que “Estas reformas tienden a ofrecer las bases legales de la reivindicación de los derechos individuales, fundamentalmente económicos, frente al Estado, asimismo se establecen las bases para una concepción del sistema alejada del predominio de una clase social específica y se introducen reformas tendentes a mejorar la representación en las organizaciones colegiadas de base”.

³⁴ NEIL J. DIAMANT; B. LUBMAN, STANLEY y O'BRIEN. KEVIN J. *Law and Society in the People's Republic of China*, en NEIL J. DIAMANT; B. LUBMAN, STANLEY y O'BRIEN. KEVIN J. (eds.). *Engaging the Law in China. State, Society, and Possibilities for Justice*. Stanford. Stanford University Press, 2005, p. 14.

Ahora bien, China le ha dado gran prioridad al desarrollo de un sistema jurídico propio en la medida que reconoce que la economía de mercado requiere fundarse en el Estado de Derecho, por lo que se han promulgado o reformado una gran cantidad de leyes –en 1994 entró en vigencia por ejemplo, la Ley de Indemnizaciones Estatales que fija los derechos de los ciudadanos y organizaciones a ser indemnizados cuando el gobierno o su personal lesionen sus derechos e intereses– o en la reforma constitucional de 1999, cuando se incluyó en el artículo 5 que “La República Popular China practica el gobierno del país de acuerdo a la ley y a la construcción de un país socialista de leyes”, pero la materialización de estos conceptos según WANG ZHENMIN, encuentran muchas dificultades, tales como la concientización o empoderamiento de la población de los derechos fundamentales, aunado a una escasa formación en ese sentido a nivel académico y a una precaria estructura jurisdiccional, propensa a la corrupción³⁵. Pero a pesar de las anteriores afirmaciones, no debe desconocerse que en ámbitos particulares del derecho como en materia civil, se evidencia la preocupación que ha surgido desde ámbitos académicos en China, sobre la codificación del Derecho Civil –en China como en Italia, el Derecho Civil y el Derecho Comercial fueron unificados legislativamente en los Principios Generales de Derecho Civil (PGDC) de 1986– necesarios para la concreción del Imperio del Derecho³⁶.

³⁵ CORNEJO, ROMER. *Las Constituciones en China en Contexto. Ob. Cit.*, p. 374.

³⁶ LIHONG ZHANG, señala que “los conceptos fundamentales y principales del Derecho Civil chino se originan en las tradiciones del Derecho Romano y del Derecho continental moderno, y algunas veces son mezcladas con el pensamiento jurídico tradicional y/o socialista. Las normas actuales del Derecho Civil chino provienen de los PGDC de 1986, como un marco de interpretación para el Derecho Civil; al igual que de varias distintas leyes especiales y de interpretaciones judiciales. Probablemente por su flexibilidad, este modelo legislativo esté empezando a ser una tendencia del Derecho Civil codificado moderno en el mundo. La codificación del Derecho Civil chino está programada por el legislador de la siguiente forma: primero, la promulgación de varias leyes civiles especiales, tales como la Ley de Contratación, la Ley sobre Derechos Reales, Ley de Daños y, eventualmente, una Ley de Derechos de la Personalidad y una Ley Unificada de Propiedad Intelectual; segundo, la revisión de los PGDC y su conversión a la Parte General del Código Civil; y, finalmente, la combinación de la Parte General con las leyes especiales de Derecho Civil. En 2007, China promulgó su Ley sobre Derechos Reales, y actualmente está redactando su Ley de Daños, cuya promulgación se espera para el 2010. En la redacción de los PGDC y de todas las leyes civiles especiales –en particular, la Ley sobre Derechos Reales y la Ley de Daños–, el legislador chino adoptó muchas instituciones legales y conceptos del common law. Como resultado, la influencia del common law se está haciendo cada vez más patente en el Derecho Civil de China, tal como en el Código Civil de Louisiana en Estados Unidos. En realidad, el Derecho Civil chino también se presenta como una mixtura, no solo por la gran difusión de los estudios del common law, sino también por el muy especial e im-

Desde *Jian Zeming*, pasando por *Hu Jintao*, hasta *Xi Jinping* el poder político institucional en China no ha sufrido importantes modificaciones, en el cual el Partido Comunista de China es el actor principal y único gobernante del país, independientemente que formalmente éste se encuentre sometido a la autoridad del Estado, ya que el Partido Comunista de China controla los representantes elegidos para la Asamblea Popular Nacional y en la práctica las estructuras gubernamentales están fusionadas con el partido. Conforme a la Constitución, máximo órgano de poder de China, es la Asamblea Popular Nacional, que es competente para designar al Presidente de la República, al Presidente de la Comisión Militar Central, al Presidente del Tribunal Popular Supremo y al Fiscal General, no existiendo una división de poderes en el sentido occidental, en la medida que se conocible la unidad del poder que pertenece al pueblo, quien lo ejerce a través de la Asamblea Popular Nacional.

La China de hoy es un país con grandes retos, signados por los intereses económicos del gigante asiático, los retos de la revisión de su ordenamiento, estará desde el punto de vista internacional a su adecuación y consolidación de instituciones jurídicas a los requerimientos de los mercados internacionales para la expansión de su economía, pero desde el punto de vista interno, deberá afrontar los problemas derivados de los contrastes sociales, entre la China urbana y rural, así como la lucha contra la corrupción de muchas de las élites políticas locales y nacionales, que entre otros problemas dejan a un gran porcentaje de la población fuera del “sueño económico chino”.

III.- Consideraciones finales

Al situarse en el actual sistema jurídico socialista que define el ordenamiento de la República Popular China, se debe tener presente que el mismo es constantemente objeto de un proceso de aculturación, en

portante papel que juega la interpretación judicial en la actual práctica jurídica. El Derecho Civil chino de hoy está basado en el Derecho Romano y el Pandectenrecht. Sin embargo, al incorporar las experiencias del common law en la redacción del Código Civil, los académicos de Derecho chino y el legislador están tratando de superarlos y construir un nuevo y moderno modelo de codificación en el mundo, en el cual se equilibran todas las tradiciones jurídicas en conjunto” (Cfr. LIHONG ZHANG. *Los Últimos Avances en la Codificación del Derecho Civil Chino*. Rev. Chil. Derecho [online]. 2009, vol. 36, n. 3 [cited 2013-03-01], pp. 467-503. Available from: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372009000300002&lng=en&nrm=iso>. ISSN 0718-3437. doi: 10.4067/S0718-34372009000300002).

el cual existe un importante “occidentalización” de sus instituciones jurídicas, el desarrollo económico y la posición como un sujeto de incontestable relevancia en el ámbito político internacional, han dejado atrás las pretensiones de relativo aislamiento o control de sus relaciones con estados foráneos, que en muchas ocasiones dominó en algunos países de oriente en sus relaciones con occidente y que en diversos casos desembocaban en una crisis social, económica o política, tal como ocurrió tras las guerras del opio en China o con el final del Shogunato *Tokugawa* y del *sakoku* en Japón.

A diferencia de la fracasada experiencia de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y los países tras la cortina de hierro, el “socialismo chino” bajo un enfoque pragmático no exento de lamentables errores como el llamado “gran salto adelante”, ha logrado avanzar y adaptarse a las exigencias que a lo interno del Estado y que el contexto internacional le han impuesto –aunque ello en muchos casos haya sido alcanzado a través de medidas cuestionadas por diversos sectores de la comunidad internacional, como la represión de la protestas de acaecida en la Plaza *Tian’anmen* en 1989–.

Para autores como MARTÍN HART-LANDSBERG y PAUL BURKETT, el proceso de reformas económicas en China “ha llevado al país, no hacía una nueva forma de socialismo, sino más bien a una forma más jerárquica y brutal de capitalismo”³⁷, en tanto la posición oficial de China sostiene la coexistencia de los dos sistemas, pero independientemente de ambas posiciones, lo cierto es que el ordenamiento jurídico chino se ha constituido en el instrumento fundamental para la consolidación del poder establecido y de la políticas del Partido Comunista Chino, signado por el pensamiento de la Triple Representatividad, que *Jiang Zemin* dio a conocer en febrero de 2000 –conforme al cual el Partido debe representar las exigencias para el desarrollo de las fuerzas productivas avanzadas de China; el rumbo por el que ha de marchar su cultura; y los intereses fundamentales de las masas populares más amplias– que ha permitido delinear el actual desarrollo del sistema jurídico del cual forma parte China.

En la consecución de los fines que se plantea China, la asunción de instituciones de sistema tanto romanista como anglosajón en diversos

³⁷ HART-LANDSBERG, MARTÍN y BURKETT, PAUL. *China, entre el Socialismo Real y el Capitalismo. Reformas de Mercado y Luchas de Clases*. Centro Internacional Miranda, Caracas, 2007, p. 38.

ámbitos de su ordenamiento jurídico responde a requerimientos circunstanciales para la satisfacción o resolución de determinadas necesidades y adaptarse a los cambios del mundo actual.

Así como con el legismo, confucionismo y el taoísmo, el movimiento del Auto-fortalecimiento en el siglo XIX o en las reformas emprendidas por *Deng Xiaoping* en el siglo pasado, los procesos de revisión del sistema jurídico Chino no se inclinaron hacia el rompimiento *status quo* sino de un fortalecimiento del mismo, tomando las instituciones jurídicas propias o foráneas para el logro de la “armonía social”.

En ese sentido, la posición que asuman las reformas del ordenamiento jurídico chino, tal vez puedan ilustrarse con el relato de *Cheng-Yung* un alto funcionario chino en el año 497 D.C., el cual fue enterrado con los escritos de *Confucio* y de *Lao-Tsé* en la mano izquierda y los Sutas del Loto budista en la diestra, por lo que murió, se dice, como un típico chino, así China se terminará por definir partiendo de la realidad, para avanzar con los tiempos y a los cambios para satisfacer sus necesidades, aunque ello signifique en algunos casos importantes sacrificios sociales.

Frente al descontento popular o de la inconformidad de diversos factores de la sociedad, China ha tendido a lo largo de su historia diversos puentes que permiten justificar al menos teóricamente las transiciones políticas, bien partiendo de la concepción del mandato celestial, o a través del logro de esa inspiradora idea de la sociedad armoniosa tributaria de la historia política China, en la cual el mejorar las condiciones de vida de la nación, sólo puede alcanzarse no mediante la remoción de los líderes o el gobierno del partido, sino a través de la “necesaria inclusión en el sistema”, como legado de *Jiang Zemin* cuando abrió la puerta a la militancia a los poderosos empresarios chinos, conformando de esta forma los ejes sobre la base de los cuales se debería desarrollar el “socialismo con características chinas” en el siglo XXI.

Ilustran el breve recorrido histórico antes expuesto, las vigentes afirmaciones atribuidas a NAPOLEÓN BONAPARTE, que hace doscientos años aproximadamente, cuando le preguntaron su opinión con relación a China, frente a lo cual respondió: *ici repose un géant endormi, laissez le dormir, car quand il s'éveillera, il étonnera le monde*³⁸;

³⁸ Tomado de KNÖRLE, CHRISTIAN. *Markenloyalität in China - Kulturelle und markenbeziehungstheoretische Determinanten*. Logos, Berlin, 2011, p. 1.

así como de JOHN F. KENNEDY, conforme a la cual: *The Chinese use two brush strokes to write the word 'crisis.' One brush stroke stands for danger; the other for opportunity. In a crisis, be aware of the danger - but recognize the opportunity*³⁹; transcurrida una década del siglo XXI, China es un motor fundamental de la economía mundial y al parecer reconocieron la oportunidad de posicionarse como uno de los principales actores políticos en el concierto de las naciones.

IV.- Bibliografía

BU XIANQUN. *Some Features of Contemporary Research on Ancient Chinese History*. Session I: The Ancient History of China. Symposium sur l'historiographie chinoise, Pékin - Septembre 2007. Académie chinoise des Sciences sociales/L'Association des historiens chinois/Comité international des sciences historiques-The Chinese Academy of Social Sciences/The Association of Chinese Historians /The International Committee of Historical Sciences. September 16, 2007, consultado en la página web, <http://www.cish.org/congres/Session%20I-ancien-china.pdf>, el 20/2/13.

CATALANO, PIERANGELO. *Sistema y Ordenamientos: el ejemplo de América Latina*. Estratto da "Roma e America Dritto Romano Comune"; atti del Congresso Internazionale "Mundus Novus. America Latina. Sistema Giuridico Latinoamericano". 18/2004, Mucchi Editore.

. *Impero: Un concetto dimenticato del Diritto Pubblico. En. Cristianità ed Europa. Miscellanea di Studi in Onore di Luigi Prosdocimi*. Volumen II. Al cuidado de Cesare Alzati. Herder. Roma-Friburgo-Viena, 2000.

. *Apertura dei lavori: alcuni sviluppi del concetto giuridico di imperium populi Romani*. Estratto da Studi Sassaressi VIII, Serie III – Anno Acc. 1980-81.

CHAN, JOSEPH. *Producción del sentido de justicia confuciana*. Consultado el 1/3/13, en la página web: <http://them.polylog.org/3/fcj-es.htm#f7>.

CHUN LI y TIEN CHIE-YUN. *¿Cómo es la comuna Popular?*. Ediciones en Lenguas Extranjeras, Pekín 1976.

³⁹ KENNEDY, JOHN F. *Convocation of the United Negro College Fund, Indianapolis, Indiana, April 12, 1959*. Consultado el 14/0/2013, en la Página web: <http://www.jfklibrary.org/Asset-Viewer/To6xnVCeNUSecmWECy7Fpw.aspx>

- CORNEJO, ROMER. *Las Constituciones en China en Contexto*. Consultada el 27/2/13, en la página web: biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2702/18.pdf.
- DOVAL, GREGORIO. *China Milenaria: breve historia*. Nowtilus.
- DUCEUX, ISABELLE. *Formas de la Trascendencia en el Daoísmo Temprano*. En Estudios de Asia y África, mayo-agosto, año/vol. XL, número 002. El colegio México, Distrito Federal, México.
- GARCÍA PELAYO, MANUEL. *Tipología de las estructuras sociopolíticas: estudio sobre las formas históricas de los campos de selección de la clase política*. Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Vol: 1, Nro: 32, 1965.
- _____. *Historia de las Formas Políticas Parte II, Antiguo Oriente*. Institutos de Estudios Políticos, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, 1959.
- HART-LANDSBERG, MARTÍN y BURKETT, PAUL. *China, entre el Socialismo Real y el Capitalismo. Reformas de Mercado y Luchas de Clases*. Centro Internacional Miranda, Caracas, 2007.
- JOHN KING FAIRBANK and MERLE GOLDMAN. *China: A New History*. Second Edition. The Belknap Press of Harvard University Press. Cambridge, Massachusetts, London, England, 2006.
- KENNEDY, JOHN F. *Convocation of the United Negro College Fund, Indianapolis, Indiana*, April 12, 1959. Consultado el 14/0/2013, en la Página web: <http://www.jfklibrary.org/Asset-Viewer/To6xnVCeNUSecmWECy7Fpw.aspx>.
- KNÖRLE, CHRISTIAN. *Markenloyalität in China - Kulturelle und markenbeziehungstheoretische Determinanten*. Logos, Berlin, 2011.
- LIHONG ZHANG. *Los Últimos Avances en la Codificación del Derecho Civil Chino*. Rev. Chil. Derecho [online]. 2009, vol. 36, n. 3 [cited 2013-03-01], pp. 467-503. Available from: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372009000300002&lng=en&nrm=iso>. ISSN 0718-3437. doi: 10.4067/S0718-34372009000300002.
- LIN LI. *Historia del Derecho Chino y su Sistema Jurídico Contemporáneo*. Consultado el 26/2/13 en la página web: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3020/5.pdf>.
- LIN YUTANG. “Confucio y Marx”. *En Las Grandes Religiones*. Time Inc., 1960.
- MO JIHONG. *Derecho constitucional en China*. Consultado el 28/2/13, en la página web: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3020/8.pdf>.

- NEIL J. DIAMANT; B. LUBMAN, STANLEY y O'BRIEN. KEVIN J. *Law and Society in the People's Republic of China*, en NEIL J. DIAMANT; B. LUBMAN, STANLEY y O'BRIEN. KEVIN J. (eds.). *Engaging the Law in China. State, Society, and Possibilities for Justice*. Stanford. Stanford University Press, 2005.
- OBSERVATORIO DE LA POLÍTICA CHINA. *Política China 2013: Informe Anual*, consultado el 1/3/2012, en la Página web: http://www.politica-china.org/imxd/noticias/doc/1358876999politica_china_2013_informe_anual.pdf.
- OROPEZA GARCÍA, ARTURO (coord.). *China-América Latina. Una visión sobre el Nuevo Papel de China en la Región*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México/Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008.
- OSVALDO ROSALES y MIKIO KUWAYAMA. *China y América Latina y el Caribe. Hacia una relación económica y comercial estratégica*. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Santiago, marzo de 2012, consultado el 22 de febrero de 2013, en la página web: http://www.eclac.org/publicaciones/xml/9/46259/China_America_Latina_relacion_economica_comercial.pdf.
- PINA POLO, FRANCISCO. *El tirano debe morir: el tiranicidio preventivo en el pensamiento político romano*. Revista electrónica: Actas y Comunicaciones Instituto de Historia Antigua y Medieval. Facultad de Filosofía y Letras Universidad de Buenos Aires. Volumen 2 – 2006, en la página web consultada el 10/2/13: <http://www.filo.uba.ar/contenidos/investigacion/institutos/historiaantiguaymedieval/publicaciones.htm>.
- PINE, YURI. *Disputers of Abdication: Zhanguo Egalitarianism and the Sovereign's Power*, *Journal T'oung Pao* 91. 4-5 (2005).
- SWIFT, JOHN. *Atlas histórico de la Guerra Fría*. Editorial Akal, 2008.
- TSE-TUNG, MAO. *Proclamation of the Central People's Government of the PRC*. Consultado en la página web: http://www.marxists.org/reference/archive/mao/selected-works/volume-7/mswv7_003.htm, el 11/10/12.
- _____. *The only road for the transformation of capitalist industry and commerce*. Discurso del 7/9/1953. Consultado en la página web: http://www.marxists.org/reference/archive/mao/selected-works/volume-5/mswv5_33.htm, el 11/10/12.

WEIL, ROBERT. *Las condiciones de la clase trabajadora en China. En Poderes emergentes en Asia: rupturas y continuidades en la economía-mundo*, (volumen II): Monthly Review, selecciones en castellano. Hacer Editorial, España, 2006.

Las pirañas y el robo de pelo

Adecuación de una nueva modalidad delictiva

Ciro Fernando Camerlingo*

Sumario:

1. Los hechos - 2. ¿Es o no un delito? - 3. Sujetos y Objetos del delito
4. ¿Que es el cabello dentro de este hecho? - 5. Tráfico ilegal de órganos
6. Sobre el delito de Robo - 7. Conclusiones

En los últimos días han circulado las noticias sobre la nueva modalidad delictiva de *robo de cabello*. En estos casos se ha indicado que mujeres han sido sometidas bajo diferentes formas de coacción y constreñidas a dejarse cortar el cabello. Tras los últimos casos que se han suscitado, principalmente en el estado de Zulia; pero ha surgido una polémica por este tipo de acción cometido por las llamadas “Pirañas” por la falta de legislación que tipifique este novedoso delito.

Es casi normal observar como la delincuencia se va adaptando a los tiempos y las necesidades, ello es así pues se orienta de acuerdo a “negocios rentables”. Por ello, ha causado verdadera preocupación y han surgidos varios debates por la formación de bandas dedicadas a “robar cabello”, esta nueva modalidad que llega a nuestro país desde Colombia se alimenta de los elevados precios en que se cotizan en el mercado las pelucas de cabello natural, así como las extensiones de cabello, las cuales son cada día más demandadas en estéticas y salones de belleza.

Uno de los problemas que ha traído esta nueva modalidad delictiva, es la adecuación de la conducta a un tipo penal, a los fines de la persecución penal de sus perpetradores y el presente trabajo, consiste en obtener una

* Abogado auxiliar de la Sala de Casación Penal.

visión general de lo que es el tipo y la tipicidad, dentro de este delito, elementos esenciales del mismo, así como la coincidencia de la conducta con la descripción del tipo del delito descrito pues es necesario realizar una disertación sobre la subsunción del referido acto, ya que no existe en nuestro ordenamiento jurídico, una previsión penal específica que se refiera a esta nueva actividad, por lo que a la hora de calificarlo se están presentando opiniones encontradas.

Los hechos

Es el caso, que las llamadas “pirañas” (maleantes que asaltan en grupo) se dedican a robar, hurtar y arrebatar objetos de valor a las personas que transitan por las calles de la ciudad, especialmente en la de Maracaibo, pero, desde hace unos meses, son señalados de someter y cortar cabellos para posteriormente venderlos en el mercado de la estética y la belleza, donde son utilizados para colocar extensiones.

En este sentido, desde la aparición de esta nueva modalidad delictiva, se viene discutiendo sobre la tipicidad o no del “robo de cabello”. ¿Qué delito imputamos? esa ha sido la pregunta y la discusión de la comunidad estudiosa de la materia penal, han sido muchas las opiniones, ¿hurto?, ¿lesiones leves?, ¿robo?, ¿violencia física?, pero esta pregunta desde la perspectiva del derecho penal es difícil de responder; pues se parten de varios supuestos como lo sería si la persona (hombre o mujer) vive de su físico o belleza.

Se han presentado en nuestra geografía nacional, varios casos de “robo de cabello” y no solo en la ciudad de Maracaibo sino también en otras como Puerto Ordaz y Caracas, en los medios se ha descrito la forma como estas personas para abordar y someter a la víctima para cortar el cabello, desde el sometimiento con un arma de fuego, hasta el asalto físico por parte de varias personas que después de golpearla le cortan el cabello con una tijera o cuchillo y escapan del lugar; es así como han descrito la acción del fenómeno delictivo.

¿Es o no un delito?

Aunque el robo de cabello como tal no se encuentra descrito o tipificado como un delito en las leyes venezolanas, se debe partir en primer lugar en la forma en cómo se despoja a la víctima del cabello, pues el acto de someter y amenazar a una persona para cortárselo debe partir del modo así como de los sujetos intervinientes (pasivo y activo) pues han sido varios los artículos jurídicos como opiniones al respecto; así lo han señalado

varios expertos tanto en el área de violencia de género como en materia penal. Estos expertos al ser consultados indicaron, cada uno en su opinión personal, que se podría estar ante un delito de lesiones, o de privación ilegítima de libertad y de violencia física y psicológica (en caso de víctima mujer), estos son algunos de los delitos señalados y que pudieran cometerse durante el acto de robarle el cabello a una persona.

Como se ha señalado en el párrafo anterior, muchos especialistas han comenzado a preconizar que en estos casos el delito que se adecua más y el que se debe imputar a los autores, y parece el acogido por el Ministerio Público, es el de lesiones personales por causar una deformidad física que en estos casos debe ser considerada transitoria, tal y como está tipificado en el artículo 417 del Código Penal, el cual dispone que en los casos en que se ha causado un daño a una persona (cualquier daño) pero ésta no necesita asistencia, ni queda incapacitada de ejercer su oficio habitual, la pena será de arresto de diez a cuarenta y cinco días.

Con respecto al delito de lesiones tenemos que, las lesiones se clasifican según el elemento subjetivo que tiene que ver con la intencionalidad y según el elemento objetivo que tiene que ver con el resultado tangible y que debe ser determinado para clasificar la lesión; con respecto a la segunda clasificación este se basa en relación al resultado, el cual deviene con el tipo de la lesión infringida al sujeto pasivo, la gravedad de la misma; por tal situación el legislador previó y estableció diferentes tipos de lesiones a saber: menos graves, gravísimas, graves, leves y levisimas.

Por otro lado tenemos lo contemplado en el artículo 5 de la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, que define a la violencia física como toda acción u omisión que directa o indirectamente está dirigida a ocasionar un daño o sufrimiento físico a la mujer, tales como: Lesiones internas o externas, heridas, hematomas, quemaduras, empujones o cualquier otro maltrato que afecte su integridad física; en este particular se debe entender que esta ley califica los sujetos (activo y pasivo) por lo cual si la víctima fuese un hombre o el sujeto activo fuese una mujer se presentaría un grave problema de adecuación al tipo.

Asimismo podríamos señalar lo referido al robo agravado, en los casos en que las víctimas son atacadas por más de tres personas o con la utilización de un arma como medio de comisión. En este sentido tenemos que el delito de robo, tipificado en el artículo 455 del Código Penal indica:

“Quien por medio de violencia o amenazas de graves daños inminentes contra personas o cosas, haya constreñido al detentor o a otra persona presente en el lugar del delito a que le entregue un objeto mueble o a tolerar que se apodere de éste, será castigado con prisión de seis años a doce años...”.

Sujetos y Objetos del delito

Ahora bien, precisado lo anterior, en el presente caso podrá haber diferentes opiniones, con respecto al objeto material podríamos encontrar que es la persona contra quien recae la acción delictiva, pero también el criterio que es sobre el cabello.

| | |
|--------------------|--|
| Sujetos del delito | <p>Sujeto pasivo: es la persona sobre la cual recae la acción; a quien despojan del cabello. (Sufre los efectos)</p> <p>Sujeto Activo: Quien o quienes realizan la acción (quien despoja del cabello a la persona)</p> |
| Objeto del delito | <p>Objeto material del delito: Es la cosa, bien, persona sobre la cual recae el delito; en este caso sobre la persona y el cabello.</p> <p>Objeto jurídico. Es el interés jurídicamente tutelado por la ley. Ej. La propiedad, la integridad física...etc.</p> |

Asimismo en relación al bien jurídico tutelado, y partiendo de lo anterior tendríamos dos supuestos, el primero el bien jurídico protegido es la integridad física de la persona y el segundo que es un delito contra la propiedad por el robo del cabello.

Esto es fundamental para poder encuadrar la acción dentro de un tipo penal de alguna de nuestras leyes sustantivas, pues si bien es cierto que la agresión está dirigida a la persona y que dentro de la acción delictiva pudiera esta sufrir heridas, la acción principal del agresor es la desposesión del cabello, el cual posteriormente será comercializado como una mercancía.

¿Qué es el cabello dentro de este hecho?

En el delito bajo estudio es lo que origina la agresión o asalto de la víctima para su desposesión.

En este orden de ideas debe precisarse previamente que el pelo o cabello es una parte de la piel, es un tejido complejo, cuya biología y fisiología no están completamente comprendidas, es una continuación del cuero cabelludo, formada por una fibra de queratina y constituida por una raíz y un tallo.

Lo anterior resulta fundamental, debido a que los derechos de la personalidad sobre el cuerpo se manifiestan en el derecho a la vida, el derecho a la integridad física y por supuesto el derecho de disponer del propio cuerpo; con relación al derecho de disponer del propio cuerpo, pues la persona puede disponer de su cuerpo con una finalidad de utilidad propia y además pudiera hacerlo de motivos altruistas, como la donación de órganos; pero esta disposición tiene sus limitaciones pues no se puede disponer de este en actos que atente contra la integridad física que pudieran causar lesiones o limitaciones permanentes y tampoco se pueden realizar actos de disposición contrario a la ley, las buenas costumbres y el orden público.

En relación al cabello, este es una parte del cuerpo como ya se dijo, y como tal se debe partir que la persona goza de un derecho de disposición sobre él; la gente por lo general lo corta como forma estética para su apariencia física, puede aceptar cortarlo por un precio para venderlo para la realización de extensiones y pelucas, pero en estos supuestos, ha existido una voluntad y consentimiento de la persona.

Pero podemos indicar que el cabello luego de ser cortado, éste puede ser considerado un objeto o bien mueble que puede estar sujeto a transacciones jurídicas, pues pareciera que sí, pues como se dijo antes la propia persona puede vender y comercializar su cabello de forma voluntaria y como estamos analizando, se está sometiendo a la persona de forma violenta para despojarla (cortarle) de esta y venderlo.

El tipo aplicable

Ahora bien, pretender afirmar en atribuir el llamado "robo de cabello" como solo desvalor de acción, sería irracional, porque con la simple acción que desplegó el sujeto activo de someter para cortar el cabello del sujeto pasivo y además lo corta, con esto vulnera el bien jurídico tutelado y al cumplir estos requisitos dentro del injusto ¿nos encontramos frente a un delito?, la pregunta sería: ¿Qué delito se le imputaría?.

En este orden de ideas se observa palmariamente que la acción en cuestión es una mutilación violenta y no consentida de una parte del

cuerpo humano, y ante esto lo primero que se podría indicar es el delito de lesiones, el cual se encuentra previsto y reprimido en los artículos 413 y siguientes del Código Penal; pero véase bien que en el tipo penal de lesiones personales el atentado es contra la integridad personal porque se causa una lesión o ponen en peligro a la persona. Por consiguiente debemos entender por lesiones, a todo daño exterior o interior, perceptible o no de forma inmediata por los sentidos, en el cuerpo, en la salud o en la mente de una persona.

Pero de una revisión estricta de esta noma, se puede observar que cortar el cabello no supone, de forma imperativa, un sufrimiento físico, un daño a la salud, o una perturbación de las facultades intelectuales, razón por la cual se podría indicar que no existe una adecuación típica del sujeto activo “roba cabellos” al delito de lesiones.

Ahora bien trasladadas las consideraciones anteriores debemos también señalar que se tiene por deformidad física a todo defecto que pueda alterar la constitución y naturaleza estética de la persona, la integridad o la proporción anatómica que guardan entre sí las diferentes partes que constituyen el cuerpo humano y cuando se realiza una que atenta contra esta armonía “belleza” se puede decir que se produce un acto que genera deformidad. Pues sobre la base de lo anterior, estamos indicando una conceptualización sobre la apariencia física o corporal de la persona, es decir su armonía constitutiva normal, pues como agente que altera esta armonía una cicatriz, cojera, pérdida de un ojo o la nariz, se podría también señalar ¿el robo de cabello? Los anteriores ejemplos, clásicos en el derecho penal, que se acreditan a una lesión personal que cause una deformidad o sufrimiento físico pueden ser permanente, transitorios y que produzcan o dejen una secuela en la víctima; "el robo del cabello" sin duda alguna no causa un sufrimiento físico, tiene secuela y no es permanente, es algo transitorio pues puede volver a crecer.

Si partimos de este razonamiento, estaríamos ante un daño moral, una lesión a la parte psicológica de la víctima ante la lesión a su armonía física con lo cual podríamos indicar y partiendo que las víctimas de esta práctica son mujeres, en analizar lo dispuesto en la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia; esta ley protege todo tipo de acción que atente contra la integridad física exclusivamente de las mujeres y como dije anteriormente que las víctimas de estos hechos son mujeres (hasta ahora) el acto de someterla por medio de violencia para robarle su cabello puede ser considerado violencia física, la cual se define como *“toda acción u omisión que directa o indirectamente está*

dirigida a ocasionar un daño o sufrimiento físico a la mujer; tales como, lesiones internas y/o externas, heridas, hematomas, quemaduras, empujones o cualquier otro maltrato que afecte su integridad física”, pues en estos casos la acción de el o los sujetos activos ocasionan un daño o sufrimiento durante la acción por un empujón o que halen el cabello, además, las amenazas a la vida y por supuesto la pérdida del cabello.

En este sentido el artículo 42 de la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, dispone: *“El que mediante el empleo de la fuerza física cause un daño o sufrimiento físico a una mujer, hematomas, cachetadas, empujones o lesiones de carácter leve o levisimo, será sancionado con prisión de seis a dieciocho meses.”*

En ese sentido, se observa que el transcrito artículo tiene una adecuación acorde con los hechos que se están estudiando, pero para la aplicación de esta norma, deberá entenderse que el “roba cabello” habrá incurrido en este delito siempre y cuando sea un hombre, pues como es sabido, esta ley presenta en la gran mayoría de sus tipos penales, sujetos calificados y en este caso podríamos indicar que ello es así, y por tal condición en los casos que el "roba cabello" no sea un hombre sino una o varias mujeres no sería aplicable esta ley.

Se aprecia igualmente, que para algunos especialistas al referirse al caso, indican que el acto de cortar el cabello sin autorización de su dueño constituye, al contrario de otros, **el delito de violencia privada**, tipificado en el artículo 175 del Código Penal:

Artículo 175

Cualquiera que, sin autoridad o derecho para ello, por medio de amenazas, violencias u otros apremios ilegítimos, forzare a una persona a ejecutar un acto a que la ley no la obliga a tolerarlo o le impidiere ejecutar alguno que no le está prohibido por la misma, será penado con prisión de quince días a treinta meses. Si el hecho ha sido con abuso de autoridad pública, o contra algún ascendiente o cónyuge, o contra algún funcionario público por razón de sus funciones, o si del hecho ha resultado algún perjuicio grave para la persona, la salud o los bienes del agraviado, la pena será de prisión de treinta meses a cinco años. El que, fuera de los casos indicados y de otros que prevea la ley, amenazare a alguno con causarle un daño grave e injusto, será castigado con relegación a colonia penitenciaria por tiempo de uno a diez meses o arresto de quince días a tres meses, previa la querrela del amenazado...”

Con relación a lo dispuesto en el artículo anterior, podemos señalar que en estos casos efectivamente el sujeto activo utiliza una amenaza y la violencia, tanto física como psicológica contra la víctima y de ello deviene un perjuicio, que es la pérdida del cabello, pero, podríamos adecuar este daño a lo indicado en el artículo “perjuicio grave para la persona, la salud o los bienes del agraviado”, en mi opinión el busilis del asunto no recae sobre la gravedad que significa o no el cabello, pues para algunos defensores consultados esto en primer lugar no es un órgano fundamental en la persona, y además manifiestan que el único perjuicio sería estético y transitorio, pues sobre la base de esto, indican que si en el homicidio se protege la vida, en el robo se protege el patrimonio, las lesiones protegen la salud de las personas, la violación protege la libertad sexual de la persona, el corte del cabello más que el dolor que produce lo que podría es quebrantar la dignidad de la persona ofendida y no otra cosa.

En este sentido ya visto las opiniones al respecto, y partiendo de la acción en sí para la desposesión y posterior comercialización del cabello como objeto de la acción debo pasar a ofrecer un análisis propio de esta modalidad.

Cuando alguna persona despoja a otra de su cabello, por medio de violencia o amenaza, en efecto, estamos en presencia de un **robo, strictu sensu**, el robo es una lesión contra la propiedad y un ataque a la persona, es un delito contra el patrimonio consistente en el apoderamiento de bienes ajenos, con intención de lucrarse, empleando para ello fuerza en las cosas o bien la violencia o la intimidación en las personas, ahora bien dispone el artículo 455 del Código Penal lo siguiente: “*El que por medio de violencia o amenazas de graves daños inminentes contra personas o cosas, haya constreñido al detentor o a otra persona presente en el lugar del delito a que le entregue un objeto mueble o a tolerar que se apodere de éste, será castigado con prisión de seis años a doce años*”.

Tráfico ilegal de órganos

El artículo 43 de la ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada y el Financiamiento al Terrorismo dispone:

Artículo 43. Tráfico ilegal de órganos

Quien como parte integrante de un grupo de delincuencia organizada trafique, trasplante o disponga ilegalmente de órganos, sangre, concentrado globular, concentrado plaquetario, plasma u otros tejidos derivados o materiales anatómicos provenientes de un ser

humano, será penado o penada con prisión de veinticinco a treinta años. (Subrayado nuestro).

Acorde con lo anterior, tenemos que en esta norma, se hace referencia a tejidos derivados o materiales anatómicos provenientes de un ser humano”, ahora bien como se dijo anteriormente el pelo o cabello es parte de la piel, es un tejido el cual es la continuación del cuero cabelludo, por lo cual el objeto material descrito en este tipo penal como lo son los “tejidos”, se adecua a lo que es el objeto material de esta nueva modalidad; lo discutible sería, y como en efecto será, lo relativo a poder demostrar que existe un grupo de delincuencia organizada, y de ser comprobable, no solo estaría incurso el o las personas que someten y despojan del cabello a la víctima, sino que además las personas que los compran para su comercialización, así como los que los colocan en las estéticas y hasta las personas a quien se les coloque; pues de la lectura del artículo, este engloba como grupo de delincuencia organizada a los que “trafiquen, trasplanten o dispongan”, con lo cual el grado de participación, por más que sea individualizado, acarreará una pena de prisión entre 25 a 30 años, pues la misma ley define como delincuencia organizada a la acción u omisión de tres o más personas asociadas por un tiempo y que tengan la intención de cometer delitos que se tipifiquen en la ley.

Sobre el delito de Robo

Estructura básica del tipo

Sujeto: Tanto el sujeto activo cuanto el pasivo son indiferentes es decir indeterminados.

Acción: La acción consiste en constreñir al sujeto pasivo (la persona a la cual se le corta el cabello), por medio de violencia física o psíquica, a entregar una cosa mueble, o a permitir que el agente se apodere de dicha cosa.

Violencia física: Consiste en vulnerar o dejar sin efecto la resistencia que pudiera oponer la víctima. Puede ser física o psicológica.

Objeto material: Como señala el texto del artículo, una cosa mueble.

Objeto jurídico tutelado: El bien jurídico que protege es la propiedad, en sentido penal, y el bien jurídico de la libertad personal. Mas la ofensa a la libertad es solo el medio empleado para lesionar la propiedad.

Culpabilidad: El robo es un delito doloso; la voluntad de emplear violencia o amenaza, es decir, violencia física o violencia psíquica o moral.

Momento Consumativo: El robo se consuma con el apoderamiento violento de la cosa mueble ajena. Por ello, admite el grado de tentativa, pero no el de frustración.

Conclusiones

Analizado lo referente a varios tipos penales de diferentes leyes sustantivas, es al abordar la estructura del delito de robo, así como al observar la forma de actuar de estas mafias que se dedican a someter y cortar el pelo de las personas, parece viable aplicar imputar el delito de robo tomando en consideración la forma o modo de la ejecución del hecho, pues si partimos que una persona somete con la fuerza física a otra (la golpea) y le logra cortar el pelo podríamos decir que es un robo propio, pero si la persona es sometida por tres o más personas o por una portando un arma, es despojada del cabello contra su voluntad y bajo amenaza de un grave daño o hasta la muerte podríamos ¿adecuar la conducta a un robo agravado? Sobre esto tendríamos un posible obstáculo el cual sería el objeto mueble, y decir que el cabello no sería tomado como un bien mueble y que sería la ley contra la Delincuencia Organizada y el Financiamiento al Terrorismo, la que debería aplicarse pues es en ella, específicamente en el artículo 43, donde se describe el objeto material de este delito; pero en relación al contenido de esto se debe partir que el cabello efectivamente es una parte de la piel, es un tejido y que ha sido catalogado como tejido muerto después de ser cortado o arrancado, pero ahora bien si tomamos en consideración el origen de esta nueva modalidad, podremos observar que el robo de cabello es con fines lucrativos, es decir que ese cabello el cual es el objeto buscado por el agresor es fuente de comercialización y se da el caso que existen personas que se cortan el cabello de forma voluntaria y consentida para venderlo, de allí que el cabello pasa a ser un objeto comercial, un bien, que por voluntad de la un persona podría ser un activo de su patrimonio si este considera la venta o comercialización de este.

Bibliografía

- GRISANTI Aveledo, Hernando y GRISANTI Franceschi, Andrés (2006). *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. Caracas: Vadell Hermanos.
- MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- Código Penal*, de la República Bolivariana de Venezuela.
- Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada y el Financiamiento al Terrorismo*.
- Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia*.

El allanamiento

*Ciro Fernando Camerlingo**

Sumario

- 1- Introducción
- 2- Sobre lo que es un Allanamiento
 - 2.1 Ingreso y registro
- 3- Fundamentación de la solicitud de orden de allanamiento
 - 3.1.- Sospecha razonable
 - 3.2.- Causa probable
 - 3.3.- Diferencia entre ambas
 - 3.4.- Presunción razonable, para allanar o para registrar a un individuo
 - 3.5.- Sospecha razonada e indicio
- 4- Sobre la motivación de la solicitud y los requerimientos
 - 4.1 Argumento y Fundamentación
 - 4.2.- De los requerimientos
 - 4.3.- Elementos que debe contener la solicitud fundada al Juez
- 5- Conclusiones

1.- Introducción

Al respecto es harto conocido que la posibilidad de allanar un domi-

* Abogado auxiliar de la Sala de Casación Penal.

lilio constituye una excepción al principio de inviolabilidad del hogar contenido en el artículo 47 de la Constitución Nacional, por lo que, la solicitud que realice el Ministerio Público para que se autorice el allanar un domicilio deberá ser tramitada y analizada con suma prudencia por el Juez de control, pues esta solicitud debe tener palmarios argumentos que la motiven y que sean lo suficientemente contundentes para el juzgado.

2.- Sobre lo que es un allanamiento

Se debe partir que el allanamiento es una autorización jurisdiccional a la solicitud de un órgano de investigación, para ingresar, registrar e incautar cosas u objetos en el interior de un inmueble. En este sentido Claria Olmedo, en ocasión a este punto ha señalado en su obra *Derecho Procesal Penal*, lo siguiente:

El allanamiento de domicilio es el acto de coerción real consistente en el franqueamiento compulsivo de un lugar cerrado. Importa una limitación a la garantía constitucional de la inviolabilidad de domicilio, y presupone la falta de autorización de quien está protegido por esa garantía. De aquí que solo está legitimado cuando se han satisfecho las formalidades impuestas por la Ley. Es un acto policial con orden del Juez, y excepcionalmente sin ella, que recae sobre el obstáculo material que cierra el ambiente a transponer compulsivamente sin consentimiento del morador. Cuando hay resistencia, se autoriza el uso de la fuerza pública. Los fines perseguidos son generalmente procesales, atento a la naturaleza de los actos que deben cumplirse inmediatamente después de la penetración: inspección, registro, secuestro, embargo, captura, sofocación o reducción del siniestro. Esto demuestra su carácter subsidiario.

De allí precisamente que se puede indicar que la orden para un allanamiento, es una autorización que solicita el Ministerio Público a un Juez de Control para el Ingreso y revisión a una vivienda para la búsqueda de objetos ilegales o personas requeridas, en virtud y apartando que las excepciones se encuentran expresamente descritas en el artículo 196 del Código Orgánico Procesal Penal.

2.1. Ingreso y registro

Según nuestra Constitución Nacional el Hogar Domestico es inviolable, ningún ingreso podrá realizarse sin el consentimiento del propie-

tario o sin resolución u orden judicial o en caso de flagrancia. (Artículo 47 de la Constitución de la república Bolivariana de Venezuela).

Como se indicó, la Constitución, salvo el supuesto de flagrancia, únicamente permite el ingreso y registro a un domicilio sin media resolución judicial (orden de allanamiento), así pues nuestra ley adjetiva penal regula lo relativo a esto.

De lo dispuesto en la norma adjetiva y tomando en cuenta los motivos de viabilidad del proceso, se establece que la orden de ingreso y registro debe emanar de un juez de control, previa solicitud del Ministerio Público, expedida mediante escrito debidamente fundado y motivado. Esto, claro está, salvo las excepciones recogidas taxativamente en el penúltimo aparte, numerales 1 y 2, del citado artículo 196.

Ahora bien, precisado lo anterior es necesario puntualizar que la falta de una actividad investigativa, previa a la solicitud de orden de allanamiento, tendiente a demostrar los elementos de probabilidad en que se fundamenta, así como la determinación precisa, específica e indubitable del lugar a ser registrado, el motivo fundado del allanamiento, “con indicación exacta de los objetos y personas buscadas” (artículo 197, numeral 4 “eiusdem”), son exigencias legales tendientes a obviar la discrecionalidad y subjetividad en la práctica de la medida y a evitar procedimientos de registro realizados en forma arbitrarios e irracionales que conllevan la violación de garantías constitucionales, tales como la inviolabilidad del hogar doméstico (artículo 47), el debido proceso y el derecho de defensa (artículo 49) e, incluso, llegar a constituir delito (artículo 184 del Código Penal).

Del contexto de lo anteriormente señalado se infiere la necesidad del examen y valoración previa de los elementos de convicción que justifiquen la solicitud y el otorgamiento de la orden de allanamiento decretado contra la persona previamente individualizada en la investigación.

El referido **Artículo 196** del Código Orgánico Procesal Penal, establece que es el ingreso, registro e incautación dentro de un domicilio, el cual tiene unas excepciones como lo es para impedir un delito o para detener al sospechoso en fuga lo cual por reglas lógicas lo realiza el órgano policial que fortuitamente conoce del hecho actual que se está cometiendo y no por regla el CICPC como se ha querido imponer en algunas jurisdicciones.

*La Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia con ponencia del Magistrado **Rafael Pérez Perdomo** ha dicho: (...) la*

*institución del allanamiento de morada, si bien inserta dentro de las actuaciones propias de la etapa preparatoria del proceso, no se corresponde con los actos de mero impulso procesal sino con los de investigación propiamente dicha. Vale decir, los orientados al descubrimiento de los hechos delictivos y a la participación de las personas que hayan intervenido en su ejecución con el carácter de autores o partícipes. En estos casos, en los términos del artículo 124 del Código Orgánico Procesal Penal, es entonces cuando ya puede hablarse de imputado, o sea, la persona que presente una relación inferencial con los hechos punibles objeto de la investigación. De allí surge el requerimiento legal de que, en el allanamiento, la persona objeto del mismo sea provista de la asistencia de abogado. Así lo reconoce expresamente el artículo 210 **ejusdem** al admitir en el acto la presencia del imputado y su defensor.*

La disposición últimamente señalada, tomando en cuenta los motivos de viabilidad del proceso, establece que la orden de registro debe emanar de un juez de control, previa solicitud del Ministerio Público, expedida mediante escrito debidamente fundado y motivado. Esto, claro está, salvo las excepciones recogidas taxativamente en el penúltimo aparte, numerales 1 y 2, del citado artículo.

Es verdad que corresponde al Ministerio Público, por mandato constitucional, ordenar y dirigir la investigación penal de la perpetración de los hechos punibles para hacer constar su comisión con todas las circunstancias que puedan influir en la calificación y responsabilidad de los autores o las autoras y demás participantes, así como el aseguramiento de los objetos activos y pasivos relacionados con la perpetración (artículo 285, numeral 3)(...).

3.- Fundamentación de la solicitud de orden de allanamiento

3.1.- Sospecha razonable

Como punto previo, se debe establecer la etimología de la palabra sospecha, que se encuentra definida en el Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales, como: *Suposición acerca de la verdad o falsedad de algo. Conjetura acerca de la culpabilidad, o participación al menos de una persona en un delito o falta, aunque no confiese y aun*

*cuando no se halle detenida ni procesada. Desconfianza. Duda. Presunción desfavorable*¹.

Con respecto al tema bajo estudio, podría decirse que, la sospecha es una creencia que se pueda alterar el orden público y que determinada vivienda o inmueble, se encuentre relacionada con esta creencia. ¿Es la razón para realizar la solicitud?

Ahora bien, en tal sentido conviene precisar ¿Qué debe entenderse por sospecha razonable?, su aplicación en el artículo analizado y como se conjuga esta con la llamada causa probable.

Al respecto, como antecedente sobre el punto, conviene citar a la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica, en una sentencia que data de 1.925, (sentencia N° 268) caso *Dumbra vs. EE.UU.*, en donde se indicó que la causa probable es: *La existencia aparente de hechos que mediante ciertos mecanismos probatorios hacen que un hombre razonable discreto y prudente, llegue a creer que existe la comisión de un delito.*

De igual forma fue analizado en la referida Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica, en el caso "Illinois vs. Gates", donde se estableció que el Magistrado debe determinar si hay una *justa probabilidad* de que pudiera existir la evidencia de la comisión de un delito.

Por su parte, el jurista italiano FRANCESCO CARNELUTTI indicó que: (...) *el germen del proceso no es el delito, debe ser un hecho, del cual nace la duda de si es o no un delito. Tal duda se llama sospecha*².

Además, el mismo Carnelutti, manifestó: *De unos hechos se construye una presunción.*

Existen autores que en materia de Derecho Penal abominan las presunciones. Al respecto es oportuno recordar lo que al respecto indicó el llamado "maestro de Pisa", Carrara, el cual manifestó: (...) *pues la ciencia no admite el predominio de las presunciones en materias penales*³.

En relación al artículo analizado, podría decirse que, existe una facultad que tiene el estado a través de sus órganos de prevención e inves-

¹ Osorio Manuel, Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales, Editorial Heliaste, Buenos Aires, Argentina.

² Carnelutti Francesco, Derecho Procesal Civil y Penal, Pág. 326 .

³ (CARRARA, Programa de Derecho Criminal, Parte Especial, vol.II, pág.186, Temis, Bogotá).

tigación de ingresar y registrar un inmueble, siempre y cuando se tenga la presunción razonable de que se realizó o se realizará un evento que ponga en peligro el orden público.

3.2.- Causa probable

La causa probable significa que razonablemente se puede creer que un crimen va a ser cometido o estaba siendo cometido. La causa probable debe ser suficiente para poder solicitar y ordenar un registro en un inmueble o un arresto de un individuo.

Para lograr interpretarlo mejor, se debe graficar con un ejemplo: Pongamos el caso que cuando un funcionario policial advierte una *conducta extraña* que de forma razonada lo lleva a concluir, sobre la base de su *experiencia*, que se pudiera estar preparando alguna actividad criminal y que dentro de un inmueble se está cometiendo, o se encuentran en su interior elementos propios de alguna actividad criminal y que además de una investigación, que pudiera ser tanto mediata como inmediata, esta no contribuya a disipar la sospecha o por el contrario la aumente, deberá trasladar estas (la totalidad de las circunstancias) a un acta que servirá de base al Ministerio Público para fundar su solicitud de allanamiento ante el juzgado de control.

Pero es el caso, que muchas actuaciones policiales de investigación, en las cuales el Ministerio Público funda su solicitud, establecen que son personas anónimas, las cuales no se identifican “por temor a futuras represalias”, las que proporcionan la información sobre actividades ilícitas en el interior de los inmuebles; de allí precisamente que:

“Así se pronunció en *United States vs. Cortez* 449, U.S., 411, 417 (1981) y en *Alabama vs. White*, en los que dijo que en supuestos como los nombrados deben examinarse todas las circunstancias en las que se desarrolló el hecho y que, basadas en aquellas, la detención por parte de las fuerzas policiales debe tener por fundamento la premisa de que el sospechoso se halla relacionado con el hecho ilícito.

La consideración de la *totalidad de las circunstancias* tuvo especial relevancia en el caso *Illinois v. Gates* 462, U.S, 213 (1983) en donde se cuestionaba **la información proveniente de un anónimo**, en el que la Suprema Corte manifestó que si bien el anónimo considerado en forma exclusiva no proporcionaba fundamento suficiente para que el juez pueda determinar que

existe *causa probable* para creer que podía hallarse contrabando en la vivienda y en el automóvil de los acusados, sin embargo, puntualizó, es necesario ponderar algo más que es “la totalidad de las circunstancias”, ello debido a que éste es un criterio más consistente que el anterior tratamiento de la existencia de una *causa probable*, desarrollada en los casos *Aguilar vs. Texas* 378, U.S., 108 (1964) y *Spinelli vs. United States* 393, U.S. 410 (1969) en los que se descalificó la noticia proveniente de un informante debido a que no se establecían las razones para poder afirmar que aquel era *creíble* y que su información era *confiable* (...).”

3.3.- Diferencia entre ambas

La sospecha razonable es un paso antes de la causa probable. En el punto de la sospecha razonable, parece que un crimen pudiera haber sido cometido. La situación escala a causa probable cuando se vuelve obvio que el crimen hubiera sido seguramente cometido

3.4.- Presunción razonable y causa probable, para solicitar allanar o para registrar a un individuo

Ahora bien, cuando nos referimos a una *sospecha* nos referimos a una circunstancia eminentemente subjetiva, la cual se internaliza en cada individuo de manera diferente, pues lo que para una persona es una conducta sumamente sospechosa para otro no lo es tanto y para otros tantos quizás esa misma conducta no revista el carácter de sospechosa.

Ahora bien, precisado lo anterior se debe entender que la solicitud de allanamiento debe tener basamento en algún hecho congruente y concordante y no en un prejuicio o corazonada; esto deriva de un juicio de valor (subjetivo) basado en su experiencia, así como una vigilancia o investigación previa realizada por los funcionarios sobre la vivienda o una persona la cual se requiere ser revisada o detenida; cuando el órgano del Estado, realiza la detención y revisión de una persona o el caso bajo estudio solicita al juzgado de control la orden de allanamiento, requiere una causa probable o suficientes razones en cuanto a creer que la revisión develará una actividad contra el orden público o una actividad criminal.

De allí precisamente que, no exige, que tal creencia sea correcta o más bien verdadera sino que se presume o se tenga la creencia razonable (cuando observe conductas inusuales en la persona o nazca de una vigilancia o investigación previa) la probabilidad cierta de que habría evidencia incriminatoria dentro del inmueble o en poder de la persona.

Los elementos deben ser: El hecho presumido por la sospecha y la consecuencia que trae. Hay momentos en el cual esa sospecha conduce a conocer de un hecho.

En relación a la sospecha razonada la Sala Constitucional de nuestro Máximo Tribunal ha dicho:

(...) Ahora bien, existen delitos cuya ejecución se caracterizan por la simulación de situaciones, por lo oculto de las intenciones, por lo subrepticio de la actividad, y en estos casos la situación de flagrancia sólo se conoce mediante indicios que despiertan sospechas en el aprehensor del supuesto delincuente.

Si la sola sospecha permite aprehender al perseguido, como lo previene el artículo 248 del Código Orgánico Procesal Penal, y considerar la aprehensión de dicho sospechoso como legítima a pesar que no se le vio cometer el delito, con mayor razón la sola sospecha de que se está perpetrando un delito, califica de flagrante a la situación.

No debe causar confusión el que tal detención resulte errada, ya que no se cometía delito alguno. Ello originará responsabilidades en el aprehensor si causare daños al aprehendido, como producto de una actividad injustificable por quien calificó la flagrancia.

También es necesario que la Sala apunte, que a pesar que el artículo 248 del Código Orgánico Procesal Penal no lo contemple, el aprehensor -como prueba de la flagrancia- podrá requisar las armas e instrumentos con los cuales aparezca que se ha cometido el delito o que fueren conducentes a su esclarecimiento, tal como lo contemplaba el artículo 185 del derogado Código de Enjuiciamiento Criminal, el cual era una sabia norma, ya que en muchos casos la sola aprehensión de una persona no basta, si no puede vincularse a ésta con el delito que se dice se estaba cometiendo o acababa de cometerse; o si no puede justificarse la detención de quien se encontraba cerca del lugar de los hechos, si no se presentan las armas, instrumentos u objetos que de alguna manera hicieron presumir con fundamento al aprehensor, que el detenido es el delincuente.

De acuerdo a la diversidad de los delitos, la sospecha de que se está cometiendo y la necesidad de probar tal hecho, obliga

a quien presume la flagrancia a recabar las pruebas que consiga en el lugar de los hechos, o a instar a las autoridades competentes a llevar a los registros e inspecciones contempladas en los artículos 202 y siguientes del Código Orgánico Procesal Penal.

(...) Ahora bien, en el caso objeto de la presente decisión, las autoridades públicas respectivas privaron la libertad de un individuo, en virtud de que por la actitud nerviosa de dicho individuo existía una sospecha fundada de que el mismo transportaba sustancias estupefacientes ilegales dentro de su organismo. Es decir, los funcionarios policiales percibieron una situación que implicaba que un delito flagrante que se caracteriza por su ocultamiento, se estaba produciendo por parte del sospechoso; y como corolario de sus sospechas, trataron de valorar los elementos que probaban el delito y justificaban sus presunciones. Posteriormente, en un centro médico asistencial, se comprueba que efectivamente dicho individuo transportaba dentro de su organismo dediles que contenían una sustancia estupefaciente prohibida, y con ello la flagrancia quedaba totalmente establecida. (Sentencia N° 2580 del 11 de diciembre de 2001, con Ponencia del Magistrado Doctor Jesús Eduardo Cabrera Romero).

Acorde con lo anterior el artículo 115 del Código Orgánico Procesal Penal, el cual indica:

(...) Las informaciones que obtengan los órganos de policía, acerca de la perpetración de hechos delictivos y de la identidad de sus autores o autoras, y demás partícipes, deberá constar en acta que suscribirá el funcionario o funcionaría actuante, para que sirvan al Ministerio Público a los fines de fundar la acusación, sin menoscabo del derecho de defensa del imputado o imputada (...).

En el ámbito Penal el valor probatorio lo tendrá, durante la celebración del juicio, (oportunidad donde se evacúan las pruebas) el dicho del funcionario actuante, en donde éste indicará las circunstancias de modo, tiempo y lugar como fueron localizados e incautos los elementos u objetos, y como fue la aprehensión de los individuos que realizaban la actividad cuestionada; pero es en esa acta policial donde plasma-

ra y argumentara motivadamente la sospecha fundada y razonada que servirá al representante del Ministerio Público para solicitar al Juzgado la orden de allanamiento del inmueble.

3.5.- Sospecha razonada e indicio

Se aprecia igualmente que, existe una diferencia material entre sospecha razonada e indicio, la cual consiste en: en primer lugar se puede indicar que un indicio es un hecho que indica algo, que por sí solo no prueba nada.

Para el Ex Magistrado de la Sala Constitucional, Doctor José Manuel Delgado Ocando, *las presunciones difieren de los indicios, en éstos son hechos demostrados en el proceso; y las presunciones son las consecuencias de que tales hechos se deducen respecto de otro hecho no demostrado directamente*⁴. Continúa diciendo el Doctor Delgado Ocando que: *los indicios o presunciones son el juicio lógico por el cual, argumentando según el vínculo de causalidad que liga unos con otros los acontecimientos naturales y humanos, permiten inducir la existencia o el modo de ser de un determinado hecho que conocemos*⁵.

Con relación a los indicios, la Sala de Casación Civil dejó establecido lo siguiente:

*Una norma sobre la apreciación de los indicios ha sido introducida por primera vez en el nuevo Código de Procedimiento Civil. En efecto, el artículo 510 expresa: **los jueces apreciarán los indicios que resulten de autos en su conjunto, teniendo en consideración su gravedad, concordancia y convergencia entre sí, y en relación con las demás pruebas de autos.** La regla tradicional en cuanto a la valoración de la prueba de indicios es que los jueces son soberanos en la apreciación de esta prueba, puesto que la ley ha dejado a la prudencia del juzgador ponderar la gravedad, precisión y concordancia de los indicios que resulten de los autos, sin que pueda Casación censurar las razones de hecho en que se funden los jueces de instancia para estimar o rechazar los indicios, salvo infracción de regla legal expresa de valoración, que en el caso concreto de esta denuncia no la ha formulado el recurrente.*

⁴ Delgado Ocando, José Manuel, Ficciones y Presunciones en el Código Civil Venezolano, 4, Colecciones de Estudios Jurídicos. Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2001. P.108.

⁵ Delgado Ocando, José Manuel, Ficciones y Presunciones en el Código Civil Venezolano, 4, Colecciones de Estudios Jurídicos. Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2001. P.126.

*Caben otras consideraciones adicionales. Así, Casación ha establecido que en la formación de la prueba circunstancial –como también se le llama a la de indicios – el juzgador debe guiarse por ciertos principios jurídicos, para que su apreciación no sea censurable en Casación por contraria a derecho o violatoria de ley expresa. Estos principios son tres: a) que el hecho considerado como indicio esté comprobado; b) que esa comprobación conste de autos; y, c) que no debe atribuirse valor probatorio a un solo indicio (CFC. Memoria 1946. Tomo II. Pág. 285). En un fallo relativamente reciente, Casación ha expresado lo siguiente: **...en la aritmética procesal, los indicios son quebrados: aislados, poco o nada valen; pero sumados, forman, y en ocasiones exceden, la unidad probatoria plena, pues la característica de los indicios es que ninguno por sí solo ofrece plena prueba; ellos deben apreciarse en conjunto; su eficacia probatoria debe contemplarse con la suma de todos los que den por probados los jueces y no con algunos aisladamente**⁶. (Resaltado mío).*

El valor probatorio de los indicios en este último caso, afirmando que ellos deben reunir características de asertivos, precisos y convincentes, para que puedan apreciarse como demostrativos, pongamos como ejemplo una vivienda en donde constantemente ingresan personas arto conocidas como consumidoras de “droga”, es una constante en tráfico de estas personas dentro de la vivienda, esta actividad debe ser tomada por el funcionario investigador, sobre la base de sus máximas de experiencia, que en el interior de esa vivienda se comercializa con sustancias prohibidas, pero si se quiere soportar con mayor contundencia la investigación, se podría aprehender a uno o varios de estos “consumidores” a los cuales se les incaute la “droga” o video grabar el continuo transitar de estas personas por la vivienda, lo cual sirve perfectamente al Fiscal del Ministerio Público para solicitar motivadamente la orden de allanamiento de la referida vivienda.

Respecto a los indicios, Francesco Carnelutti explicó lo siguiente:

(...) A diferencia de las fuentes de prueba, las fuentes de presunciones o indicios no se prestan a análisis ni a clasificaciones. No se trata aquí de hechos representativos, en los que, por su propia naturaleza,

⁶ (CFC. Memoria 1945. Tomo II. Pág. 107)” (Ver sentencia de la Sala de Casación Civil, del 5 de febrero de 2002. Exp. n° 99-973).

*la función probatoria es esencial, sino de hechos autónomos, cuya función probatoria es meramente accidental y surge por la eventualidad de una relación suya, indefinible a priori, con el hecho a probar. Por consiguiente, no cabe más que destacar el carácter esencialmente relativo de los indicios: un hecho no es indicio en sí, sino que se convierte en tal cuando una regla de experiencia lo pone con el hecho a probar en una relación lógica, que permita deducir la existencia o no existencia de éste... testimonio, documento e indicio son, pues, hechos de los cuales el juez deduce, mediante la regla de experiencia, el hecho a probar (...)*⁷. (Negritas mías).

En ese mismo orden de ideas, Lluís Muñoz Sabaté dice lo siguiente:

*(...) el indicio es la cosa o el suceso conocidos (probatum) de los cuales se infiere otra cosa u otro suceso desconocidos (probandi). Jurídicamente es el hecho-base que activa la presunción para llevarnos al hecho consecuencia (...)*⁸.

Hernando Devis Echandia opina que:

*(...) Se entiende por indicio cualquier hecho conocido (o una circunstancia de hecho conocida), del cual se infiere, por sí solo o conjuntamente con otros, la existencia o inexistencia de otro hecho desconocido, mediante una operación lógica basada en normas generales de la experiencia o en principios científicos o técnicos especiales (...)*⁹.

José Santiago Núñez Aristimuño sostiene lo siguiente:

(...) El Código Civil, las define conjuntamente con las presunciones legales, artículo 1.394 “como las consecuencias que la Ley o el Juez sacan de un hecho conocido para establecer uno desconocido” y en el artículo 1.399 establece:

“Las presunciones que no están establecidas por la Ley quedarán a la prudencia del Juez, quien no debe admitir sino las que sean

⁷ (La prueba civil. Buenos Aires, Ediciones Arayú, 1955, pp. 191, 192 y 202. Traducido al castellano por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo). (Cursivas del autor).

⁸ (Tratado de probática judicial. España, J.M. Bosch Editor S.A., Tomo V, Apéndices Índices, 1996, p. 8).

⁹ (Compendio de derecho procesal. Bogota, Editorial ABC, Tomo II, Pruebas Judiciales, Octava edición, 1984, p. 489).

graves, precisas y concordantes, y solamente en los casos en que la Ley admite la prueba de testigo”.

El Código de Procedimiento Civil, derogado, no hacía ninguna referencia a esa prueba y el actual no las individualiza ni precisa dentro del capítulo “De los Medios de Prueba y de su Promoción y Evacuación”, sino que en el Capítulo X “De la Carga y Apreciación de la Prueba”, artículo final, el 510 dice:

“Los jueces apreciarán los indicios que resulten de autos en su conjunto, teniendo en consideración su gravedad, concordancia y convergencia”.

Es de apreciarse, entonces, que para el legislador de 1985, el indicio no es propiamente un medio de prueba, sino un elemento probatorio que nace de cualquiera otro medio ordinario de prueba que curse en autos y constituye la base para la presunción, la cual, en definitiva, es lo que se resuelve o viene a resultar una prueba indirecta.

Entonces, es de preguntarse: ¿hay un mecanismo mental que a base del indicio surgido de un hecho probado, establece el hecho desconocido sustentado en el conocido? ¿Y todo ese proceso es lo que constituye propiamente la prueba de presunción?

Pensamos que para entender ese proceso mental que hemos insinuado es el que opera para articular la presunción como elemento probatorio, es útil esta fórmula que hemos elaborado, utilizando los conceptos de Alsina, Michelli y Calamandrei, antes expuestos:

Hay un elemento que el juez induce de un hecho que está en los autos demostrado con un medio de prueba ordinaria, lo confronta prudentemente con una regla o máxima de experiencia y de allí ahora por deducción, establece el hecho desconocido” (Las presunciones hominis como medio de prueba y la técnica para su impugnación en casación... ”¹⁰.

¹⁰ Revista de Derecho Probatorio N° 2, Caracas, Editorial Jurídica Alva, SRL., 1993, pp. 226 y 227.

*De la interpretación sistemática de las normas legales transcritas, se colige que las **presunciones** son conclusiones; y concluir, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, en una de sus tantas acepciones, significa: "...3. Inferir, deducir una verdad de otras que se admiten, demuestran o presuponen..."¹¹). Así mismo, la palabra INDICIO significa y de esta forma lo identifica el Diccionario Jurídico Espasa, "...Hecho que permite deducir o inferir la existencia de otro no percibido o conocido que es el jurídicamente relevante..." Por su parte el mismo texto citado define el término PRESUNCIONES, como: "...Operaciones intelectuales y volitivas, imperadas o permitidas por el Derecho positivo o consentidas por el buen sentido de un hombre experimentado, que consisten en tener como cierto un hecho (el hecho presunto) a partir de la fijación como cierto de otro hecho (el hecho indicio o base) (...)".¹² (Negritas mías).*

Para concluir este punto, debo manifestar que la sospecha razonada en el caso bajo estudio deviene de un juicio de valor subjetivo del funcionario investigador o actuante dependiendo del caso, de una opinión, y de este juicio de valor u opinión personal se puede conocer y posteriormente demostrar un hecho y que a su vez puede dar inicio a un proceso judicial. De esto podemos partir que el funcionario actuante parte de un juicio de valor nacido de sus máximas de experiencia para fundar una sospecha razonable de una acción irregular que se está cometiendo o pueda cometerse; presunciones en las cuales son básicas las llamadas máximas de experiencia para deducir algo que pueden llevar a una investigación más detallada o profunda, pero estas presunciones o sospechas no son objeto de prueba durante un proceso judicial, pues como se ha dicho son opiniones o razonamientos que nacen de las llamadas máximas de experiencia, pero sus posteriores consecuencias pueden tener la fuerza tanto probatoria como jurídica para ser llevadas a un debate oral.

4.- Sobre la motivación de la solicitud y los requerimientos

Es común escuchar sobre la inviolabilidad del domicilio, la cual se encuentra resguardada en el artículo 47 de la Constitución Nacional, y

¹¹ (Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Vigésima Segunda Edición. Tomo 3. Pp. 415).

¹² (Diccionario Jurídico Espasa. Editorial Espasa. Madrid. 2001. pp.821, 1.157).

que la vulneración de esta inviolabilidad se concreta a través de la exigencia legal de las órdenes de allanamiento emanadas de un juez y que las resoluciones que las dispongan deban estar siempre debidamente fundadas y motivadas por el tribunal.

Ello es así, por cuanto el examen de un proceso penal exige a los jueces valorar la concatenación de los actos de acuerdo con la sana crítica y atendiendo a las reglas de la lógica, máximas de experiencia y conocimientos técnicos y científicos, que se verían susceptibles de ser anuladas por una presunta falta de fundamentación del auto que ordena un allanamiento de un inmueble; cuando observamos lo dispuesto en la norma adjetiva penal con respecto al allanamiento (art. 196 al 199) se constata de modo palmario que las norma solo reglamenta la fundamentación del juzgado que la ordena, el referido artículo 196 *eiusdem dispone: la resolución por la cual el Juez o jueza ordena la entrada y registro de un domicilio será siempre fundada*. Pareciera que la fundamentación del auto solo es función del tribunal, pues se observa que la norma adjetiva penal no indica que la solicitud que se le realice al tribunal debe de estar debidamente fundada en una sospecha razonada y una causa probable (elementos de indicio) que sean capaces y tengan la suficiente argumentación para por vía de excepción quebrantar la inviolabilidad del hogar, el cual tiene rango constitucional.

4.1.- Argumento y fundamentación

En este orden de ideas, se ha precisado que si bien es cierto el Código Orgánico Procesal Penal no dispone que la solicitud de allanamiento que se realiza a un tribunal debe ser fundada y motivada, pues el juzgado no podrá librar orden de allanamiento o registro sino en virtud de una suficiente y argumentada causa probable que exponga los hechos que sirvan de fundamento para librarla. La ausencia de elementos que permitan reconocer la necesidad de la medida constituirá el argumento central para negar la solicitud.

Si de la motivación y argumentos presentados por el solicitante quedare el juez convencido de que existe causa probable para el allanamiento o registro, librará la orden en la cual se nombrarán o describirán con particularidad la persona o el lugar a ingresar y a ser registrado así como las cosas o propiedad a ocuparse. El tribunal al pronunciarse sobre lo solicitado y planteado deberá indicar en su auto los razonamientos y su análisis sobre lo requerido, cumpliendo la norma de técnica procesal para la elaboración de las decisiones; por tal circunstancia la orden de allanamiento

expresará los fundamentos habidos para expedirla, se ordenará al organismo policial o de investigación a quien fuere dirigida para que realice el registro del sitio que en ella se indique, en busca de lo especificado.

Sobre este punto es importante destacar la opinión del autor Eduardo M. Jauchen, en su obra *Tratado de la Prueba en Materia Penal*:

(...) La necesidad y razonabilidad que hacen procedente un allanamiento domiciliario están directamente relacionadas con la existencia de sospechas fundadas o motivos suficientes de que en determinado lugar existen elementos provenientes del delito o el paradero del imputado, pero estos extremos deben estar objetivamente verificados previamente con un razonable grado de posibilidad, lo que constituirán las razones que convencerán al Juez sobre la necesidad de la diligencia (...).

En este sentido, se debe partir que si bien es cierto que corresponde al Ministerio Público, por mandato constitucional, “ordenar y dirigir la investigación penal de la de la comisión de los hechos punibles para hacer constar su comisión con todas las circunstancias capaces de influir tanto en la calificación como en la responsabilidad de los autores o las autoras y demás participantes, así como el aseguramiento de los objetos activos y pasivos relacionados con la perpetración” (artículo 265 del COPP), también es cierto que esta investigación debe ajustarse a los principios fundamentales del debido proceso establecidos en las leyes y manteniendo incólume los derechos de la persona sea ésta imputada formalmente o simple investigada.

4.2.- De los requerimientos

Para lograr que se expida la orden, no bastará la simple petición, sino que la misma deberá encontrarse fundamentada con datos e indicios arrojados por una pesquisa previa los cuales deben aportarse conjuntamente con el pedido, indicando la necesidad de proceder a ingresar y registrar el inmueble para poder obtener presuntos elementos que se encuentran allí, pero para ello es necesario acreditar que en el lugar que se va a allanar existen cosas concernientes a un delito o, al menos, se presume razonablemente su existencia. Por consiguiente se debe destacar que toda solicitud debe ser acompañada con elementos de investigación previa, a fin de posibilitar que el juez interviniente obtenga la debida fundamentación, no obstante, la misma no impretermitiblemente debe estar caracterizada por un principio de certeza, sino con una

sospecha fundada, acompañada con elementos lo suficientemente solventes sobre la posible existencia de elementos propios de la comisión de un delito, que potencien al juez a dictar la orden de allanamiento. La motivación o fundamentación no puede ser una mera enunciación dogmática, la fiscalía deberá presentar evidencias de sustento, apoyo y fundamento a lo solicitado.

4.3.- Elementos que debe contener la solicitud fundada al Juez

El Fiscal del Ministerio Público o el funcionario de investigaciones si fuera el caso, elaborara y redactará la solicitud al juzgado de control correspondiente, para que este analice el pedimento y de ser ajustado emita la Orden de Allanamiento pertinente.

El escrito de solicitud al Juez deberá ser fundado, exponiendo:

- Los motivos de la necesidad del allanamiento;
- El presunto delito;
 - Las actas previas de investigación realizadas, por los funcionarios de investigación, las cuales pueden ser declaraciones, fijaciones fotográficas o video graficas, experticias técnicas y todo elemento de indicio capaz de comprometer el inmueble al cual se solicita la orden de ingreso y registro.
- La identidad de quienes se sospecha sean los autores;
- Descripción detallada y precisa de lo que se pretende encontrar;
- Dirección exacta y descripción detallada del lugar que permita su identificación individualizada;
- Solicitar autorización para realizar registro video grafico del procedimiento.
- Nombre de todos los funcionarios que podrían participar en el allanamiento.

Lo anterior resulta fundamental pues tal omisión vulnera los derechos constitucionales relativos a la tutela judicial efectiva, derecho a la defensa y al debido proceso.

5.- Conclusiones

En materia de órdenes de allanamiento es insoslayable la exigencia que surge de los artículos 196 y 197 del Código Orgánico Procesal

Penal, los cuales exigen que el Juez evalúe cada petición con suma prudencia y detenimiento, procediendo a ordenarlo cuando haya indicios suficientes para una causa probable de la existencia de elementos incurso en hechos delictivos.

Pero, además, para que sea viable la expedición de la orden, es necesario que la petición que formule el órgano de investigación penal se encuentre debidamente fundamentada, habiendo aportado datos e indicios que determinen la necesidad de proceder a ingresar en el domicilio.

Tal como he sostenido más arriba, no alcanza la mera sospecha del organismo policial para que se ordene el allanamiento, es decir, no es suficiente que el funcionario crea, sino que para que pueda expedirse la orden deben existir indicios serios que justifiquen la adopción de una medida tan extrema.

Es decir, para allanar cualquier domicilio hay que acreditar debidamente que en ese lugar presumiblemente se encuentran pruebas de la comisión de un delito, pues cuando se solicita violar un domicilio ese requisito debe ser evaluado de forma estricta y con especial detenimiento.

Principios sobre inmunidad y ejecución de sentencias y laudos contra entes estatales

*Hernando Díaz-Candia**

Sumario:

Introducción

I) Definiciones básicas: inmunidad de jurisdicción y de ejecución; inmunidad doméstica y extranjera - **II)** Situación de las empresas del Estado y otros entes descentralizados - **III)** La situación de las sentencias judiciales comparada con la de laudos arbitrales - **IV)** Derecho Occidental Romano-Germánico: **IV.1** Alemania - **IV.2** Brasil - **V)** Derecho Occidental Anglosajón: **V.1** Estados Unidos de América - **V.2** Reino Unido - **VI)** Derecho Soviético - **VII)** Derecho Islámico: **VII.1** Emiratos Árabes Unidos - **VII.2** Qatar - **VIII)** Derecho Hindú - **IX)** Derecho Chino - **IX.1** China - **IX.2** Japón - **X)** Aproximación a principios globales - **XI)** Conclusiones

Introducción

Para el Derecho Administrativo Global el tema de la inmunidad soberana es fundamental, pues ésta afecta, en muchos supuestos con inciden-

* Doctor en Ciencias mención Derecho por la Universidad Central de Venezuela; *Magistri in Legibus* por Harvard Law School; abogado *Cum Laude* por la Universidad Católica Andrés Bello; autorizado para ejercer la abogacía en Venezuela y en el Estado de Nueva York; árbitro del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA), del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas, y de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (IACAC).

Ex-profesor en el Posgrado de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello. Socio del escritorio WDA legal, S.C. (www.WDAlegal.com).

cia transnacional, la responsabilidad de personas o entes gubernamentales, en términos materiales y prácticos¹. La inmunidad soberana de entes estatales puede comprender la inmunidad de jurisdicción y la inmunidad de ejecución. Estas no deben ser confundidas, a pesar de estar interrelacionadas. La inmunidad de jurisdicción, cuando se presenta, acarrea e incluye la de ejecución, pero la inmunidad de ejecución puede presentarse aisladamente. La base filosófica general o mediata de la inmunidad soberana es proteger a un gran número de personas –colectivamente consideradas– representadas por una persona estatal; en otras palabras, en el volátil concepto del interés público.

En este trabajo trataremos de descifrar principios o ideas fundamentales, que trasciendan fronteras territoriales, al registrar el pensamiento o la conducta en cuanto a la inmunidad de entes estatales. No era nuestro objeto principal estudiar la inmunidad de jurisdicción sino la de ejecución, es decir, la que exime a los bienes propiedad de personas estatales de procedimientos y órdenes judiciales, que no dan espera ni permiten diferimiento, tales como el embargo y venta de bienes en remate para el pago de deudas. Tendremos, sin embargo, que hacer referencia a la inmunidad de jurisdicción pues en algunos países ésta no es separable de la inmunidad de ejecución.

Buscaremos puntos de coincidencia entre las fuentes de Derecho, para tratar de alcanzar definiciones que no sean extremas ni excesivas, es decir, que sean conocidas por la mayoría de la comunidad jurídica dedicada al Derecho Administrativo sustantivo. A tal efecto, se buscará el mínimo grado de variación para identificar el denominador común compartido por los fundamentos y orígenes legales. Estudiaremos algunas normas de Derecho positivo, pero nuestro enfoque, sin embargo, está influenciado por un *ius-naturalismo* moderado combinado con his-

¹ En el contexto internacional se ha definido al Derecho Administrativo Global como “el que comprende los mecanismos, principios, prácticas y entendimientos sociales subyacentes que promueven o de alguna manera afectan la responsabilidad (“*accountability*”) de entes administrativos globales, en particular asegurando que éstos satisfagan estándares adecuados de transparencia, participación ciudadana, decisiones razonadas, y legalidad, y promoviendo la revisión efectiva de las reglas y decisiones que aquéllos emiten” (Benedict Kingsbury, Nico Krisch et al: *The Emergence of Global Administrative Law*, 68 *Law and Contemporary Problems* 15, Summer/Autumn, 2005, p. 17; consultado en: <http://iilj.org/GAL/documents/TheEmergenceofGlobalAdministrativeLaw.pdf> en octubre de 2011; traducción libre). Para nosotros, el Derecho Administrativo Global se refiere precisamente a la acepción de “global” relacionada con el planeta o globo terráqueo, tratando de descifrar elementos iguales, conformes o semejantes entre disciplinas de Derecho Administrativo usualmente estudiadas con límites nacionales.

toricismo², que no solo atiende a las fuentes formales del Derecho para definir las reglas relevantes en la materia, sino también a su mérito, es decir, a lo que hace que dichas reglas tengan un verdadero valor práctico.

Siguiendo la clasificación de sistemas legales propuesta por el profesor René David sobre la base de las ideologías que los inspiran, analizaremos ejemplos en cada uno de los siguientes grupos: Derecho Occidental (*Western Laws*), subdividido en Romano-Germánico y Anglosajón; Derecho Soviético; Derecho Islámico; Derecho Hindú, y Derecho Chino³. No hemos realizado una investigación exhaustiva a nivel mundial, sino que escogimos varias jurisdicciones por su relevancia cualitativa; por lo tanto, este trabajo no pretende tener proyección estadística ya que no hemos analizado grandes conjuntos de datos cuantitativos para obtener inferencias basadas en el cálculo de probabilidades⁴.

Como hemos dicho, haremos referencia a disposiciones de Derecho positivo en jurisdicciones correspondientes a cada uno de esos grupos. Hasta donde hemos podido investigar con diligencia razonable, tales disposiciones se encuentran vigentes al momento de escribir este trabajo. Sin embargo, no se recomienda confiar en dicha vigencia con base en este trabajo. Reiteramos que no es nuestro objetivo principal describir el estado actual o vigor de normas en sentido formal, sino tomar éstas como base para descifrar, por deducción e incluso por inducción, principios comunes sobre inmunidad de ejecución de entes gubernamentales.

En el análisis sobre inmunidad de jurisdicción y de ejecución –nacional y extranjera– debe prestarse particular atención a decisiones judiciales que hayan interpretado o aplicado leyes formales o principios

² Para contextualizar las definiciones de *ius-naturalismo*, positivismo y formalismo, *cfr.* Tosta, María Luisa: “La Filosofía del Derecho y la doctrina venezolana”. En *Ensayos de Filosofía del Derecho*. Caracas. Universidad Central de Venezuela, 2005, pp. 6-22. En este trabajo la profesora Tosta explica la evolución de la doctrina jurídica venezolana en los períodos clásico y contemporáneo.

³ *Cfr.* en general: René David: *Traité Élémentaire de Droit Civil Comparé Introduction à l'Etude des Droits Etrangers et à la Méthode Comparative*. París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence (LGDJ), 1950, pp. 10-82.

⁴ Dentro de los grupos esbozados por el profesor René David preferimos y seleccionamos, por su relevancia cualitativa en la economía mundial a principios del siglo XXI (aunque debemos admitir que con relativo capricho y arbitrariedad), a: Alemania, Brasil, Estados Unidos de América, Reino Unido, Rusia, Emiratos Árabes Unidos, Qatar, India, China y Japón. Desde un punto de vista geográfico, nuestra selección falla en no incluir jurisdicciones en África ni Oceanía.

generales sobre la materia, pues, de manera uniforme, es al Poder Judicial a quien corresponde dirigir la ejecución forzosa de sentencias judiciales y laudos arbitrales.

I. Definiciones básicas: inmunidad de jurisdicción y de ejecución; inmunidad doméstica y extranjera

La inmunidad de jurisdicción exime a ciertas personas jurídicas del poder de juzgamiento de autoridades gubernamentales o arbitrales. Conforme a la referida inmunidad, los entes estatales están exentos de juicios, investigaciones, oficios, cargos, gravámenes (preventivos o definitivos) o penas. La inmunidad de jurisdicción se refiere a impedir –de raíz– procedimientos o juicios cognoscitivos –judiciales o arbitrales– que pretendan dar certeza o tutelar un derecho contra el ente inmune.

La inmunidad de ejecución, en cambio, se refiere a la exención o impedimento del traslado forzoso, contra la voluntad de la persona ejecutada, de las órdenes contenidas en sentencias judiciales o en laudos arbitrales, al ámbito de lo material. Ejecutar es reconocer fuerza coactiva, y verdadera eficacia práctica y material, a un mandamiento judicial o arbitral; es hacer que el ámbito fáctico se corresponda de manera ineludible con las órdenes jurídicas, pudiendo usarse para ello inclusive la fuerza policial (en sentido amplio) si es necesario. La inmunidad de ejecución impide llevar a la práctica órdenes judiciales o de tribunales de arbitraje de manera forzosa, sin el consentimiento del propietario de los bienes cuya ejecución se pretende. Para analizar la inmunidad de jurisdicción debe revisarse la naturaleza de la actividad (relacionada con el reclamo o demanda) que el ente gubernamental desarrolla. En cambio, lo relevante para la inmunidad de ejecución es el origen, uso o propósito de los bienes cuya ejecución se pretende.

La inmunidad soberana puede descomponerse o segregarse, además de inmunidad de jurisdicción y de ejecución, en inmunidad doméstica e inmunidad extranjera. La inmunidad soberana doméstica se refiere a la de entes que tengan la misma nacionalidad del tribunal (judicial o arbitral) que estaría encargado de emitir una sentencia o laudo y, a la vez, del tribunal encargado de ejecutar dicha sentencia o laudo. La inmunidad soberana extranjera, en cambio, se contrae a la de un ente que tenga presencia jurídica, actividades o bienes en un país, pero que, sin embargo, no tiene la nacionalidad de dicho país y, por tanto, tampoco la de los tribunales que en éste estén encargados de ejecutar forzosamente sentencias o laudos en su contra.

Pueden diferenciarse conceptualmente, según lo anterior, cuatro tipos de inmunidad soberana: (i) inmunidad soberana doméstica de jurisdicción; (ii) inmunidad soberana doméstica de ejecución; (iii) inmunidad soberana extranjera de jurisdicción; y (iv) inmunidad soberana extranjera de ejecución. En el sistema occidental anglosajón, la inmunidad soberana doméstica tiende a denominarse “inmunidad gubernamental” o “inmunidad estatal”, pareciendo reservarse el adjetivo de “soberana” para la inmunidad extranjera⁵.

En la manifestación transnacional de la inmunidad soberana, que atiende a la facultad de un tribunal para juzgar o ejecutar bienes de entes públicos extranjeros, se involucra el concepto de *comity*, bajo el cual las autoridades de una jurisdicción deben extender ciertas cortesías o deferencias legales a las autoridades de otros países, y a la idea de que los tribunales judiciales no deben interferir con las leyes y sentencias extranjeras, salvo en supuestos excepcionales. En cuanto a su fundamentación histórica, se hace referencia al axioma *par in parem imperium non habet* -entre iguales no existe imperio-.

Se dice que históricamente existió, en principio, una inmunidad absoluta o clásica, pero que el transcurso del tiempo aligeró o matizó el asunto, pasando a permitirse ciertas excepciones⁶. El Convenio de las Naciones Unidas Sobre las Inmidades Jurisdiccionales de los Estados y sus Bienes, adoptado por la Asamblea General de esa organización en diciembre de 2004⁷, sistematiza principios generales en materia de inmunidad soberana extranjera, tanto de jurisdicción como de ejecución, pero no es, hasta hoy, jurídicamente vinculante sino meramente persuasivo en las jurisdicciones que hemos investigado. Dicho instrumento acoge el principio de inmunidad restringida y no absoluta, y es menos protector de los Estados que la Convención Europea sobre Inmunidad Estatal de 1972 (aunque ésta última

⁵ La inmunidad de jurisdicción y de ejecución en materia diplomática constituye un antecedente importante de la inmunidad soberana, y fue codificada en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961 (con vigencia a partir de 1964), que, en general, se considera sistematizadora del Derecho consuetudinario internacional. Pudo consultarse en: <http://www.oas.org/legal/spanish/documentos/convencionvienna.htm> en noviembre de 2011.

⁶ Cfr., Rogelio López-Velarde: *Algunas consideraciones en materia de inmunidad soberana a la luz del Derecho Positivo norteamericano*, en: *Jurídica - Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, número 21, México, 1992, p. 294.

⁷ UN General Assembly, United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, 2 December 2004, A/RES/59/38, disponible en: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4280737b4.html>, consultada el 02 de diciembre de 2011.

refleja varias excepciones al privilegio de inmunidad en materia contractual, laboral, mercantil, propiedad intelectual y responsabilidad civil⁸.

Así las cosas, en materia transnacional se presenta un conflicto o tensión entre, por una parte, la limitación de los poderes judiciales nacionales en relaciones internacionales y, por la otra parte, el derecho de partes privadas de acceder a la justicia y obtener soluciones efectivas en sus conflictos con Estados extranjeros. Para lidiar con ese conflicto o tensión y tratar de establecer un balance, algunos países han adoptado leyes formales sobre inmunidad soberana. Esas leyes son nacionales, internas o domésticas en su origen y vigencia territorial y tratan, en específico, la inmunidad (de jurisdicción y de ejecución) de entes extranjeros y no la de entes públicos con respecto a los cuales no exista diversidad de nacionalidad.

Las leyes sobre inmunidad soberana extranjera establecen excepciones bastante significativas a la inmunidad, que normalmente permiten jurisdicción en disputas que no conciernan el *ius imperium* y la ejecución de bienes afectados a actividades *iure gestionis*, entre ellas las estrictamente comerciales o equiparables a las que desarrollan particulares privados. Muchas leyes prevén la posibilidad de renunciar a la inmunidad soberana de jurisdicción y de ejecución, inclusive por adelantado, es decir, al celebrarse un contrato o transacción pero antes de surgir una disputa o conflicto legal, independientemente del involucramiento o ausencia de *ius imperium*.

El análisis con respecto a la inmunidad soberana de entes nacionales o domésticos, centralizados y descentralizados, por su parte, se concentra en la inmunidad de ejecución. En el ámbito nacional o doméstico, la inmunidad de jurisdicción se ha superado de manera universal en su expresión orgánica o personal, es decir, no existen personas jurídicas inmunes de por sí a la jurisdicción judicial o arbitral. Pueden quedar ciertas parcelas que, con base en criterios materiales -y no orgánicos-, excluyan algunas controversias o aspectos de actos formales, pero no a personas, del control judicial o arbitral⁹. En otras palabras, contemporáneamente no existe—hasta donde hemos investigado— la inmunidad soberana doméstica de jurisdicción.

⁸ Consultada en <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/074.htm> en noviembre de 2011.

⁹ Puede consultarse, por ejemplo, el tema de la doctrina de la deferencia con respecto a facultades discrecionales de la Administración Pública, así como lo referente al control judicial de asuntos políticos (Cfr. Parejo Alfonso, Luciano. *Administrar y Juzgar: Dos Funciones Consti-*

II. Situación de las empresas del Estado y otros entes descentralizados

Los entes u órganos del Estado que tienen personalidad jurídica independiente del órgano político-territorial central o principal (república, nación, reino, estado, etc.) cuya nacionalidad comparten representan una situación particular en cuanto a la inmunidad soberana. Entre dichos entes pueden contarse empresas (sociedades mercantiles) del Estado, institutos autónomos, fundaciones, bancos centrales y otras formas jurídicas de Derecho Público o de Derecho Privado que son “instrumentalidades” del Estado¹⁰.

Estos entes deben ser analizados en cada caso, para establecer su grado de separación jurídica y fáctica -autonomía- con respecto al Estado central en cuanto a su creación, funciones, competencias y actividades. El principio general en dicho tema es que los entes descentralizados gozan de inmunidad soberana extranjera si y en cuanto desempeñan actividades soberanas. La Ley de Inmunidad Soberana Extranjera de los Estados Unidos de América de 1976 establece en su sección (artículo) 1610 que los bienes de una agencia o instrumento del Estado que desempeñe actividades comerciales están sujetos a ejecución si el reclamo o demanda se relaciona con actividades no protegidas por inmunidad soberana. Dicha ley estadounidense requiere una conexión entre los bienes a ser ejecutados y la actividad no soberana relacionada con el reclamo o demanda.

A nivel internacional, en todo caso, se tiende a respetar la separación de personalidad y patrimonio de los entes o instrumentos descentraliza-

tucionales Distintas y Complementarias. Editorial Tecnos, Madrid, 1993; *cfr.*, también: Bianchi, Alberto. *El Control Judicial de la Administración Pública bajo la llamada Doctrina de la Deferencia*, en: *El Derecho Público a Comienzos del Siglo XXI*, Estudios en Homenaje al Profesor Allan R. Brewer Carías, Tomo II, Civitas Ediciones, Madrid, 2003. P. 2265-2307). Tales temas, sin embargo, escapan del objeto de este trabajo.

¹⁰ En este contexto, instrumentalidades (derivado del inglés *instrumentality*, y cuya más correcta traslación al castellano puede ser instrumento) equivale al conjunto de diversas personas que son combinadas para que sirva con determinado objeto en el ejercicio de los fines que una constitución ha previsto para el Estado soberano relevante. El Estado tiene interés y es responsable por esas personas, que formalmente gozan de personalidad jurídica propia, es decir, son entes descentralizados de carácter estatal. En Derecho comparado, el concepto de *instrumentalities* parece haberse derivado de lo que en Francia se denominaron *émanations de l'Etat* en varios casos sobre nacionalizaciones en la década de 1970-1979. *Cfr.* en francés: Pierre-Marie Dupuy: *Les émanations engagé-elles la responsabilité des Etats? Etude de droit international des investissements*, citado como: EUI Working Paper LAW n.º 2006/7. Consultado en: <http://cadmus.eui.eu/dspace/bitstream/1814/4294/1/LAW%202006-07.pdf> en julio de 2010.

dos, de modo que la ejecución se contrae a bienes cuyo propietario formal sea el ente ejecutado, no permitiéndose ejecución contra el ente por condenas contra el Estado central¹¹. En general, se considera o al menos se presume que si un ente descentralizado realiza actividades comerciales, sus bienes se utilizan para dichas actividades sin *ius imperium*¹². Pareciera existir respeto por una potencial prohibición de mezclar fondos o bienes soberanos con fondos comerciales¹³.

III. La situación de las sentencias judiciales comparada con la de laudos arbitrales

Es importante sentar como premisa que, a efectos de este trabajo, las sentencias judiciales son equiparables a laudos arbitrales en tanto que ambos tipos de decisiones requieren, de una u otra forma, la intervención de un tribunal judicial con jurisdicción y competencia territorial sobre los bienes o activos que se persiguen para ser ejecutados. Es decir, de tribunales judiciales del lugar de la ejecución de medidas preventivas o definitivas. A esos tribunales puede llegarse por vía principal, cuando el tribunal de ejecución es a su vez el tribunal de la causa, o, alternativamente, por delegación (en sentido lato e impropio) o comisión. La delegación o comisión puede ser nacional o internacional; y específica (para un caso concreto) o genérica (por disposición de una norma legal que permita acudir al tribunal de ejecución sin mediar un oficio dirigido a éste por otra autoridad). La delegación o comisión internacional puede o no requerir de exhortos rogatorios o consulares; o, en otros supuestos, de procedimientos de exequátur¹⁴.

Algunas convenciones internacionales como la Convención de Panamá (Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1976) y la Convención de Nueva York (Convención de las Naciones Unidas sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbí-

¹¹ Véase, sentencia del caso *Isabel Letelier et al. vs. Republic of Chile and Línea Aérea Nacional, emitida por la United States Court of Appeals for the Second Circuit* el 20 de noviembre de 1984, citado como 748 F.2d 790, ó 53 USLW 2286.

¹² Una decisión seminal en esta material la constituye la emitida por el Tribunal Constitucional Federal de Alemania ("*Bundesverfassungsgericht*") el 12 de abril de 1983 en el caso *National Iranian Oil Company*, cuya cita oficial es: VerfGE 64. En dicho caso se permitió un embargo de fondos, prestando atención al origen más que al destino de éstos.

¹³ Christoph H. Schreuer: *State Immunity: Some Recent Developments*, Cambridge, Grotious, 1988, p. 143.

¹⁴ El exequátur es un procedimiento de revisión u homologación por un tribunal nacional, usualmente de suprema o al menos alta instancia, requerido para otorgar reconocimiento en un país de las sentencias dictadas por tribunales de otro Estado.

trales Extranjeras de 1958) colocan a los laudos arbitrales en mejor situación que a las sentencias extranjeras, al no requerir aquéllos de un procedimiento de exequátur. Inclusive algunas leyes domésticas, como la Ley de Arbitraje Comercial de Venezuela disponen el reconocimiento de los laudos arbitrales dictados por tribunales arbitrales extranjeros en cualquier país –independientemente de que éste haya ratificado o no alguna de las convenciones sobre ejecución de laudos arbitrales extranjeros– siempre que no incurran en una de las causales previstas expresamente para denegar la ejecución forzosa del laudo. Ello asemeja a los laudos arbitrales con sentencias emitidas por un tribunal judicial nacional competente.

Sin embargo, tal como señalamos antes, a la hora de llevar a la práctica y trasladar el mundo de lo material, de manera forzosa, sentencias judiciales o laudos arbitrales, siempre se requerirá la intervención de un tribunal judicial con competencia territorial sobre los bienes o activos ejecutados. En arbitraje se presenta la particularidad de que el tribunal arbitral no tiene –hasta donde se le reconoce en la actualidad y por ahora– facultades para hacer uso de la fuerza pública en la ejecución forzosa de los laudos arbitrales¹⁵.

A reserva del criterio de verdaderos especialistas en Derecho Internacional Privado, debe recordarse que, en general, el tribunal judicial con jurisdicción y competencia territorial sobre los bienes o activos que pretendan ejecutarse tenderá naturalmente a aplicar las leyes sustantivas propias de su territorio para determinar la embargabilidad o ejecutabilidad de los bienes o activos. Esa es la guía, además, en el caso del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados¹⁶, que por mandato positivo de su artículo 54.3 dispone que el laudo se ejecutará de acuerdo con las normas que, sobre ejecución de sen-

¹⁵ Debe notarse al respecto es que los laudos arbitrales que puedan ejecutarse sin, o en contra de, la voluntad de las partes pero sin el uso de la fuerza pública, sí pueden ser ejecutados por los tribunales arbitrales. Así ocurriría, por ejemplo, con un laudo que decreta una medida cautelar de prohibición de enajenar y gravar sobre un bien inmueble y que se ejecute mediante su registro o protocolización ante la oficina de registro inmobiliario competente, mediando un simple oficio del tribunal arbitral. Lo que claramente no pueden hacer los tribunales arbitrales es usar la fuerza pública, por ejemplo para trasladar la posesión de bienes tangibles. Los tribunales arbitrales no pueden comandar ni girar instrucciones a cuerpos militares, de policía u afines con el fin de que éstos usen su vigor y capacidad para mover algo o a alguien que tenga peso o haga resistencia, aplicando el poder físico.

¹⁶ Véase, www.worldbank.org/icsid.

tencias, estén en vigor en los territorios en que dicha ejecución se pretenda.

Siendo los tribunales judiciales los encargados de dirigir la ejecución forzosa de sentencias y laudos arbitrales contra entes gubernamentales, debe destacarse que la confiabilidad de dichos tribunales judiciales del lugar de ejecución —en cuanto a la estabilidad y predictibilidad en la aproximación a las fuentes de Derecho, la institucionalidad en la separación de Poderes y la abstracción de asuntos políticos— es un elemento muy trascendental para la operatividad práctica de la inmunidad y ejecución de sentencias judiciales y laudos arbitrales. A la hora de la verdad, será al hombre (el juez judicial) usando la ley, y no la ley sola, quien deberá ejecutar sentencias y laudos.

La diferencia fundamental de los laudos arbitrales con las sentencias judiciales es que en arbitraje el asunto de la inmunidad de jurisdicción (contrapuesta a la inmunidad de ejecución) debe considerarse salvada o zanjada, pues el arbitraje requiere un consentimiento del ente relevante para el nacimiento de la jurisdicción. Y una vez que el ente gubernamental manifestó su voluntad de someterse a arbitraje, bien sea en una cláusula contenida en un contrato amplio o en un acto de efectos generales, antes de surgir un conflicto o diferencia, o en un compromiso arbitral celebrado con especificidad y posterioridad al nacimiento de una disputa, debe concluirse que el ente ha aceptado sujetarse a la jurisdicción de un tribunal arbitral. Podrá corresponder al tribunal arbitral, con posterioridad, determinar su propia jurisdicción y competencia, y, entre otras cosas, evaluar si la disputa se encuentra cubierta o no por el acuerdo de arbitraje. Sin embargo, el ente gubernamental no podría excusarse o eximirse de manera general de la jurisdicción del tribunal arbitral alegando su inmunidad soberana. El arbitraje representa, así, un supuesto en el que puede apreciarse claramente la separación de la inmunidad de jurisdicción y la inmunidad de ejecución.

Veremos, de seguidas, cómo se presenta en la actualidad la inmunidad soberana en varias jurisdicciones con particular importancia cualitativa. La actual situación particular de Venezuela no será analizada en este trabajo, pero la consideramos resumida en la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 21 de octubre de 2008, caso: *Jorge Neher y Hernando Díaz Candia*, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela número 39.055, del lunes 10 de noviembre de 2008.

IV.) Derecho Occidental Romano-Germánico

IV.1 Alemania

Alemania es una jurisdicción con una tradición importante en Derecho Administrativo europeo continental¹⁷. Existe una jurisdicción especial (con el tribunal “*Bundesverwaltungsgericht*” en su cúspide), separada de la ordinaria civil, para juzgar o revisar los actos de la administración pública. Alemania, como tal, ha estado sujeta a la influencia de normas especiales y distintivas sobre la revisión de actos estatales, responsabilidad del Estado e implementación o ejecución de decisiones judiciales que incidan sobre la administración pública¹⁸.

El artículo 172 del Código de Procedimiento de Cortes Administrativas¹⁹ (que son verdaderos tribunales judiciales independientes del Poder Ejecutivo) dispone la forma de ejecutar órdenes judiciales contra la administración pública a través de multas impuestas *ex officio* por hasta 10.000 euros, que pueden ser repetidas y acumulativas. Al ser Alemania un país desarrollado, con un Estado de Derecho muy confiable, las decisiones judiciales contra la administración pública son usualmente respetadas y acatadas voluntariamente.

Las reglas sobre inmunidad soberana están contenidas en las secciones (artículos) 18 al 20 de la Ley de la Judicatura (“*Gerichtsverfassungsgesetz*”, conocido por su abreviatura GVG). No existe una ley específica en materia de inmunidad soberana extranjera, pero el GVG acoge –por referencia expresa– principios generales de Derecho Internacional Público en esa materia. El artículo 25 de la Constitución Alemana (“*Grundgesetz*”, conocida por su abreviatura GG)²⁰ dispone que las normas ge-

¹⁷ No corresponde formular aquí con concepto de Derecho Administrativo. Baste con recordar que éste, en su acepción europea continental, tuvo su principal exponente en la transición francesa del *ancien régime* al Estado liberal, con impulso vital de la Revolución Francesa en los alrededores de 1789, y de la célebremente conocida decisión Blanco de 1873 (cfr. su texto en francés en *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 8.ª edición, París, Editions Sirey, 1984, pp. 5 y ss.). Uno de sus objetos fundamentales es descifrar quién debe juzgar y revisar los actos de la administración pública.

¹⁸ Algunos autores señalan que el Derecho Administrativo alemán (en el que existe la noción de acto administrativo) nació alejado del Derecho Administrativo francés, en cuanto aquél no fue el producto de una transformación rápida sino paulatina del Estado y sus subdivisiones (Cfr. Fritz Fleiner: *Instituciones de Derecho Administrativo*, Barcelona, Ed. Labor, 1933, p. 25).

¹⁹ Promulgada en su versión actual el 19 de marzo de 1991; consultada en http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_vwgo/englisch_vwgo.html en octubre de 2011.

²⁰ Puede ser consultada en alemán en: <http://www.bundestag.de/dokumente/rechtsgrundlagen/grundgesetz/index.html>

nerales de Derecho Internacional son parte integral del Derecho federal alemán con prevalencia sobre leyes no constitucionales. No encontramos referencias a la reciprocidad como requisito para reconocer inmunidad soberana extranjera.

El Tribunal Constitucional Federal (*“Bundesverfassungsgericht”*²¹) emitió una sentencia el 30 de abril de 1963 (caso: Embajada Iraní) acogiendo la doctrina de inmunidad soberana restringida, señalando que debe reconocerse inmunidad soberana a un Estado extranjero en relación con actos soberanos (*acta iure imperii*), pero no con respecto a actos no soberanos (*acta iure gestionis*)²². Se señaló que la diferenciación entre esos tipos de actos debía ser efectuada bajo la ley nacional alemana.

En cuanto a la inmunidad soberana extranjera de ejecución, la sección (artículo) 25 del GVG acoge, también, principios de Derecho internacional. No pareciera haber en Alemania una base estatutaria clara para establecer inmunidad de ejecución cuando no hay inmunidad de jurisdicción, pero en 1977 el Tribunal Constitucional Federal (en el caso: *Embajada Filipina*²³) dispuso que, independientemente de que no exista inmunidad de jurisdicción, la ejecución no es admisible en Alemania contra un Estado extranjero si los bienes a ser ejecutados sirven propósitos soberanos.

IV.2 Brasil

La Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988²⁴ establece en su artículo 37 las reglas básicas sobre el funcionamiento de la administración pública y la responsabilidad del Estado. Se prevén reclamaciones conexas a la prestación de servicios públicos, estatuyéndose que las personas jurídicas de Derecho Público y las de Derecho Privado prestadoras de servicios públicos deben responder por los daños que sus agentes causen, cuando hubiese mediado dolo o culpa. El requisito de dolo o culpa (falta) se elimina para la responsabilidad por reactores nucleares, según el artículo 21 de la Constitución. Se consagra, pues, una responsabilidad patrimonial solidaria del Estado. El artículo 5 de la misma Constitución dispone que el Estado debe indemnizar al condenado

²¹ <http://www.bundesverfassungsgericht.de> .

²² La cita oficial de este caso es: BVerfGE 16, p. 27, expediente número 2 BvM 1/62.

²³ Citado como BVerfGE 46, p. 342, expediente número 2 BvM 1/76.

²⁴ Pudo consultarse su texto en portugués en: <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Brazil/brazil88.html>, en noviembre de 2011.

por error judicial y al que permaneciere en prisión en exceso del término fijado en la sentencia.

No existe, en sentido orgánico, una jurisdicción distinta separada de la ordinaria civil para el contencioso-administrativo en Brasil. El Poder Judicial está dividido en una estructura federal y de estados. Los tribunales federales tienen jurisdicción exclusiva sobre cualquier asunto o demanda en el que el gobierno federal o sus órganos sean parte o tengan interés, así como sobre casos que involucren Estados extranjeros. “*Los bienes públicos son imprescriptibles e inalienables, salvo cuando pertenezcan a la categoría de bienes dominicales, como patrimonio inafectado de las entidades públicas, y son, por eso, considerados bienes disponibles del patrimonio público*”²⁵.

Hasta la presente fecha no existe en Brasil una ley que regule expresamente la inmunidad soberana extranjera. Bajo el artículo 89(I) del Código de Procedimiento Civil de Brasil, la inmunidad soberana no tiene aplicación cuando la disputa se refiere a propiedades inmobiliarias o bienes tangibles ubicados en Brasil. No hay una fuente de Derecho formal que obligue con claridad a los jueces a reconocer una inmunidad absoluta a los Estados extranjeros.

Los tribunales judiciales brasileños aplican principios de Derecho Internacional Público en casos sobre inmunidad soberana extranjera, sobre la base de tres fuentes persuasivas: tratados internacionales, costumbre internacional y principios generales. Se considera que, en general, los Estados extranjeros y sus organismos o entes gozan de inmunidad, excepto cuando desarrollan actividades comerciales, de la misma manera en que podría hacerlo una parte o persona privada. Se trata, en la práctica, de un análisis bastante subjetivo y dependiente de los hechos concretos de cada caso.

Existen al menos dos precedentes judiciales que resultan ilustrativos en la materia. El primero es el caso *UNIAO vs. Consulado General de la República Francesa*²⁶, en el cual el gobierno de Brasil demandó al gobierno de Francia por el cobro de impuestos de importación. El Supremo Tribunal Federal de Brasil desestimó el caso señalando que no

²⁵ Diogo Moreira Neto: “Panorama General del Derecho Administrativo en Brasil”, en: *El Derecho Administrativo Iberoamericano*, Granada (España), INAP, 2005, p. 132.

²⁶ Caso decidido el 25 de septiembre de 2002 por el Supremo Tribunal Federal (ementário 2089-1), Agravo Reg. na. Acao Civil Originaria N. 634-9 Sao Paulo.

tenía jurisdicción sobre el asunto de conformidad con las Convenciones de Viena. En el caso *UNIAO vs. República Da Coreia*²⁷, el gobierno de Brasil demandó a la República de Corea por impuestos supuestamente debidos y no pagados. El Supremo Tribunal Federal de Brasil desestimó el caso sobre la base de la inmunidad soberana de la República de Corea. Pareciera, así, que en Brasil se acoge una inmunidad soberana absoluta en materia tributaria.

Desde al año 1989, y a partir del caso *Genny Oliveira vs. República Federal da Alemanha*²⁸ los tribunales judiciales brasileros abandonaron el principio de inmunidad soberana absoluta, adoptando en su lugar el de inmunidad restringida, bajo el cual se analiza en cada caso si el Estado u organismo extranjero actuó o no en ejercicio de *ius imperium*. En ese caso concreto, la señora Genny Oliveira demandó una indemnización correspondiente a su difunto esposo bajo el Derecho Laboral. La Corte Federal impuso gravámenes preventivos para asegurar el pago de la compensación, de manera que no se interfiriera con relaciones diplomáticas o consulares. Se estableció, así, que los privilegios diplomáticos no pueden ser válidamente invocados en litigios laborales.

V. Derecho Occidental Anglosajón

V.1 Estados Unidos de América

En los Estados Unidos de América el Derecho Administrativo no tiene fundamentos europeos continentales²⁹. No existen tribunales judiciales especializados, que puedan enmarcarse en el artículo III de la Constitución de ese país, para revisar las decisiones del Poder Ejecutivo con parámetros exorbitantes del Derecho ordinario. La no diferenciación de cortes y procedimientos judiciales facilita, en nuestro criterio, hacer efectiva en términos materiales la responsabilidad de entes gubernamentales.

En el Derecho Occidental Anglosajón la inmunidad soberana doméstica encontró su piedra angular en el medieval axioma británico de que el rey no se equivoca (“*The King can do no wrong*”, o, en Latín, “*rex non potest peccare*”)³⁰. Contemporáneamente, esa premisa se ha superado y

²⁷ Caso decidido el 30 de agosto de 2006 por el Supremo Tribunal Federal (ementário 2257-1), Agravo Reg. na. Acao Civil Originaria N. 543-3 Sao Paolo.

²⁸ Citado en Brasil como: AC 9.696, Rel. Min. Sydney Sanches. 31.05.1989 (RTJ 133/159).

²⁹ Pudo consultarse la Ley de Procedimientos Administrativos de ese país en: <http://www.archives.gov/federal-register/laws/administrative-procedure/551.html>, en diciembre de 2011.

³⁰ *Cfr.*, T. Starkey: *England in Reign of King Henry VIII*, originalmente publicado en Londres

abundan, particularmente en Estados Unidos de América, casos sobre la responsabilidad patrimonial de entes gubernamentales frente a ciudadanos privados³¹. Hasta mediados del siglo XX, sin embargo, el tema no era tan claro, llegando a expresarse que la inmunidad “gubernamental” tuvo “una historia larga y complicada en los Estados Unidos,” con fundamento en dos conceptos: primero, que un Estado no podía ser demandado en sus propias cortes sin su consentimiento expreso y, segundo, que aun si dicho consentimiento era manifestado, éste no debía extenderse a ilícitos civiles (extracontractuales) de funcionarios administrativos³². La historia se hace aún más complicada y entrelazada por la multiplicidad de legislaciones a nivel de Estados federados y su solapamiento con leyes federales.

El punto de quiebre de la inmunidad soberana doméstica de jurisdicción se produjo, de manera más uniforme a nivel federal, con la Ley Federal de Ilícitos Civiles (*Federal Tort Claims Act*) del año 1948 (que tuvo un antecedente en una ley de reorganización del año 1946 denominada *Legislative Reorganization Act*). Dicha ley de 1948 consagró el derecho de personas privadas de demandar a los Estados Unidos de América en cortes federales por varios tipos de ilícitos civiles extracontractuales, en la “misma manera y extensión que un individuo privado en circunstancias similares, pero sin intereses previos a la decisión ni daños punitivos”³³.

La inmunidad soberana doméstica de ejecución, por su parte, parece no ser legalmente relevante en la actualidad estadounidense. La situación puede deberse a que, una vez salvado el obstáculo de la inmunidad de jurisdicción y de llegarse a una sentencia judicial o laudo arbitral adverso (definitivamente firme), éstos, abrumadoramente, son acatados y cumplidos voluntariamente por los entes gubernamentales estadounidenses. No hemos encontrado precedentes de ejecuciones materiales forzosas (fuera de órdenes formales que pueden sustituir actos de los Poderes Ejecutivo y Legislativo) contra entes gubernamentales en los Estados Unidos de

por Early English Text Society N. Trübner & Co., digitalizado por Google, y consultado en <http://www.archive.org/details/englandinreignk00unkngoog> en noviembre de 2011.

³¹ Cfr., en general: Louis R. Frumer, Melvin I. Friedman et al: *United States Government Liability*, en: Products Liability. Matthew Bender and Company Inc., 1997.

³² Cfr. sentencia del caso *Walter Cuddy vs. Texas Department of Corrections*, emitida el 28 de febrero de 1979 por la Fourteenth Court of Appeals (Houston), citada como: 578 S.W.2d 522, 524 (Tex. Civ. App.--Houston [14th Dist.] 1979). Véase también, en general: Joe R. Greenhill y Thomas V. Murto: *Governmental Immunity*, 49 Tex. L. Rev. 462 (1970-1971).

³³ La cita oficial de la norma relevante es 28 U.S.C.2674. Consultada en noviembre de 2011 en: http://www.law.cornell.edu/uscode/html/uscode28/usc_sec_28_00002674----000-.html.

América. Si una sentencia judicial va más allá de aspectos declarativos, y ordena a una parte hacer o abstenerse de hacer algo, como ocurre cuando se emite una “*injunction*”, el tribunal judicial puede arrestar por “*contempt*” a quien rehúse cumplir la orden, y ordenar el pago de multas. Luego de eso, sin embargo, la ejecución queda a cargo del Poder Ejecutivo y sus cuerpos de policía.

En cuanto a la inmunidad soberana extranjera, los Estados Unidos de América, a través de su *Foreign Sovereign Immunities Act* (Ley de Inmunidad Soberana Extranjera) de 1976 acoge, con respecto a la inmunidad de entes gubernamentales extranjeros, el principio moderno restrictivo, bajo el cual la inmunidad se extiende a actos que impliquen el ejercicio de *ius imperium* (*iure imperii*) del ente extranjero, pero no a sus actos comerciales o privados (*iure gestionis*)³⁴. Sin embargo, la regla *prima facie* es la inmunidad de los entes gubernamentales extranjeros, con respecto a la cual la ley establece una serie de excepciones detalladas, referidas a dichos actos *iure gestionis*. La inmunidad puede ser renunciada por el Estado, inclusive *a priori*, y el Estado puede designar bienes específicos para ejecución (se dice que los bienes así seleccionados quedan “*earmarked*” –marcados en su oreja–).

La ley en cuestión diferencia la inmunidad de jurisdicción y la inmunidad de ejecución³⁵. En los Estados Unidos de América la Ley de Inmunidad Soberana Extranjera tiene un alcance más amplio que la ejecutabilidad de bienes, pues aquélla en algunos casos excluye hasta la jurisdicción sustantiva de los tribunales estadounidenses para conocer de demandas (no solo para ejecutar medidas) contra países soberanos extranjeros o sus instrumentalidades, como las empresas del Estado.

Bajo la Ley de Inmunidad Soberana Extranjera, todos los países, excepto Estados Unidos y sus instrumentalidades (vale decir, instrumentos –entes estatales–), están presuntamente inmunes a ser demandados en los

³⁴ Véase sentencia del año 1992 de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América en el caso: *Republic of Argentina vs. Weltover*, citado como 504 U.S. 607 (1992).

³⁵ Véase sentencia del 26 de octubre de 2009 de la *United States Court of Appeals for the Seventh Circuit*, caso: *Rubin vs. Islamic Republic of Iran*, citada como: 637 F.3d 783. En el mismo se concluyó que Irán se presumía inmune bajo la ley estadounidense sobre Inmunidad Soberana Extranjera de 1976 aun cuando dicho Estado no hubiese contestado la demanda. Se señaló, además, que las medidas judiciales sobre propiedad iraní en los Estados Unidos estaban precluidas porque los reclamantes no identificaron bienes concretos.

Estados Unidos de América, a menos que una excepción legal expresa sea aplicable. Sin embargo, al ser demandado y citado válidamente, el ente extranjero tiene la carga de probar que califica como un ente gubernamental, bajo la definición estadounidense, para luego poder beneficiarse de la inmunidad³⁶. Una vez que el demandado cumple esa carga de la prueba, ésta se invierte y corresponde entonces al demandante demostrar que una de las excepciones legales que elimina la presunción de inmunidad es aplicable el caso concreto³⁷. Para Venezuela existe un precedente judicial concreto –referido a Derecho de la Libre Competencia–, en el caso *RSM Production Corp. vs. Petroleos de Venezuela, S.A. (PDVSA)*³⁸, en el que se consideró y determinó que PDVSA gozaba de inmunidad soberana y no podía ser demandada judicialmente en los Estados Unidos de América.

En Estados Unidos de América se ha señalado, racionalmente, que el concepto de bienes para actividad comercial (*iuris gestionis*) –para la ejecución de sentencias judiciales o laudos arbitrales contra Estados– debe ser definido de modo restrictivo, ya que la inmunidad deviene como un principio o regla y no como la excepción, y la jurisdicción debe ser prudente y cuidadosa cuando se pronuncia en las demandas que afectan las cuestiones de gobiernos extranjeros. Así, en un precedente judicial de notable trascendencia se sostuvo el criterio conforme con el cual las cuentas bancarias de la Embajada de Liberia estaban protegidas contra toda medida de embargo, porque gozaban de la inmunidad diplomática por aplicación de la Convención de Viena y por cuanto no existía excepción aplicable para privar a sus cuentas bancarias de la inmunidad de ejecución³⁹. Se hizo en ese caso una aplicación racional, y no absoluta, de la inmunidad de ejecución.

³⁶ Véase sentencia del año 1997 de la *United States Court of Appeals for the Ninth Circuit*, caso: *Adler vs. Federal Republic of Nigeria*, citado como: 107 F. 3d 720. En dicho caso, referido a cuestiones de Derecho de la Libre Competencia, se concluyó que Nigeria había realizado actividades comerciales.

³⁷ Véase sentencia del año 2010 de la *United States Court of Appeals for the Ninth Circuit*, caso: *Peterson vs. Islamic Republic of Iran*, citado como: 627 F. 3d 1117.

³⁸ Decidido en el año 2004 por la Corte Federal de Distrito de Colorado, citado como: 338 F. Supp. 2d 1208 (D. Co. 2004).

³⁹ Sentencia de la Corte Federal del Distrito de Columbia del 16 de abril de 1987, caso: *Liberian Eastern Timber Corporation vs The Government of the Republic of Liberia*, citada como: 659 F.Supp. 606, 55 USLW 2591. Este caso se refería a la ejecución de un laudo arbitral dictado en 1986 en el contexto de CIADI, citado como 2 ICSID Rep. 343.

V.2 Reino Unido

En el Reino Unido la Ley de Procedimientos contra la Corona del año 1947 (*Crown Proceedings Act of 1947*) marcó un hito crucial, pues la misma permitió por primera vez demandas civiles contra la Corona. Con dicha ley se derogó el principio de inmunidad real (*Crown Privilege*) preparando el camino para el surgimiento de la más moderna doctrina de inmunidad por interés público (*public interest immunity*). Al igual que en Estados Unidos, no encontramos con respecto al Reino Unido estudios particulares sobre la ejecución material forzosa de sentencias o laudos arbitrales contra entes gubernamentales. Ello puede deberse al respeto institucional y acatamiento generalizado de tales decisiones por parte de dichos entes.

Sobre la inmunidad soberana extranjera, en Inglaterra se considera como una regla de derecho consuetudinario internacional que un Estado no puede ser demandado en los tribunales judiciales de otro Estado por actos realizados en ejercicio de *ius imperium*. La base de esa regla es que los Estados soberanos se consideran iguales entre sí. En la primera mitad del siglo XX, la inmunidad soberana extranjera se consideraba absoluta, según lo resumió Lord Atkin en el caso *Compañía Naviera Vascongado vs. Steamship Christina*: “*ha sido establecido sin lugar a disputas que las cortes de un país no pueden juzgar o perseguir en Derecho a un soberano extranjero, es decir, las cortes no pueden con sus procesos hacer al soberano parte contra su voluntad en un procedimiento legal, bien sea que el procedimiento sea contra su persona o que busque recuperar propiedades específicas o daños*⁴⁰”. Desde 1975, sin embargo, la inmunidad soberana extranjera fue matizada en Inglaterra, bajo la guía de Lord Denning en el caso *Thai-Europe Tapioca Service Ltd vs. Government of Pakistan*⁴¹. En dicho caso se señaló que: “*un gobierno extranjero que celebre una transacción comercial ordinaria con un corredor [...] debe honrar sus obligaciones como otros corredores: y si falla en hacerlo, debe estar sujeto a las mismas leyes y tribunales que aquéllos*”.

Con posterioridad, el parlamento inglés aprobó en 1978 la Ley de Inmunidad Estatal (*State Immunity Act*), siguiendo, en líneas generales, los lineamientos de la Ley estadounidense sobre Inmunidades Soberanas Extranjeras. Dicha ley inglesa estableció la inmunidad soberana extranje-

⁴⁰ Caso citado como: AC 485 at 490 (1938); traducción libre.

⁴¹ Caso citado como: 1 WLR 14185 (1975); traducción libre.

ra como regla, enumerando una serie de importantes excepciones a la misma. Un reciente e importante decisión fue emitida por la Corte Suprema del Reino Unido (la más alta de esa jurisdicción) bajo la Ley de Inmunidad Estatal es la del caso *NML Capital vs. Republic of Argentina*⁴². En el referido caso se confirmó que un Estado extranjero no está favorecido con inmunidad cuando se enfrenta en Inglaterra a la ejecución de una sentencia extranjera en un caso comercial. Se señaló que la sentencia extranjera, referida a un asunto de financiamiento internacional, podía ser ejecutada en Inglaterra como cualquier sentencia ordinaria, considerándose, además, que Argentina había renunciado a su inmunidad en un contrato.

VI. Derecho Soviético

La Constitución de la Federación Rusa contiene en su artículo 52 la base de la responsabilidad estatal por la no ejecución de sentencias judiciales, al no distinguir éstas de actos del Poder Ejecutivo. Dicho artículo dispone que todos tienen el derecho a ser compensados por los daños causados por acciones o inacciones ilegales de los cuerpos de autoridad estatal y sus oficiales⁴³. Los artículos 16 al 71, 1069 y 1081 del Código Civil ruso desarrollan dicho principio⁴⁴. Bajo dichos artículos, los daños causados por acciones o inacciones de entes del Estado que sean inconsistentes con la ley u otro “acto legal” (lo cual incluye sentencias judiciales) están sujetos a reparación.

Hasta donde investigamos, el Derecho positivo ruso no establece una definición conceptual expresa de inmunidad soberana. La doctrina, sin embargo, la refiere como una doctrina que estatuye principios que hace a entes gubernamentales inmunes a ser demandados en tribunales extranjeros sin su consentimiento⁴⁵. El Código de Procedimiento Civil Ruso de 2002 (Ley 138-FZ del 14 de noviembre de 2002) y el Código de Procedimiento de Arbitraje de la Federación Rusa del mismo año (Ley 95-FZ del 24 de julio de 2002)⁴⁶ tratan la inmunidad soberana como la exclusión

⁴² [2011]UKSC31, consultado en: http://www.supremecourt.gov.uk/docs/UKSC_2010_0040_Judgmentv2.pdf

⁴³ Consultada en inglés en <http://www.constitution.ru/en/10003000-03.htm> en noviembre de 2011.

⁴⁴ Consultado en inglés en: <http://www.russian-civil-code.com> en noviembre de 2011.

⁴⁵ Boguslavsky, M.: *Foreign State Immunity: Soviet Doctrine and Practice*. Netherlands Yearbook of International Law, 10, 1979, pp. 167-177.

⁴⁶ Debe hacerse notar que las cortes de arbitraje referidas en este Código son asimilables a tribunales judiciales (y no a lo que en Derecho Occidental se conoce comúnmente como tribunales arbitrales), pues son permanentes y forman parte de la estructura organizativa del Estado.

de un Estado y sus organismos de la jurisdicción de otro Estado, como cuatro excepciones a reglas generales de procedimiento judicial: (i) excepción de persecución; (ii) excepción de gravámenes como demandado o como parte en tercería; (iii) excepción de medidas cautelares o preventivas; y (iv) excepción de ejecución forzosa. La inmunidad, sin embargo, no se considera absoluta: no se aplica a disputas relativas al curso ordinario de negocios mercantiles o comerciales con partes rusas. Adicionalmente, tratados o convenios internacionales celebrados por la Federación Rusa y otros Estados pueden contener renunciaciones a la inmunidad soberana en ciertas circunstancias. La renuncia debe ser clara y definitiva, emitida por un funcionario competente en cumplimiento de la normativa doméstica de la jurisdicción de domicilio del ente extranjero. La legislación rusa no hace referencia a la reciprocidad como requisito para aplicar la inmunidad soberana en favor de un ente estatal extranjero.

Debe hacerse notar que de conformidad con la “Estrategia para el Desarrollo del Sector Bancario hasta 2015” aprobada por el gobierno ruso y el Banco Central de la Federación Rusa el 05 de abril de 2011, el Ministerio de Finanzas, el Ministerio de Desarrollo Económico y el Ministerio de Relaciones Exteriores de Rusia están supuestos a redactar una ley federal sobre inmunidad soberana para atraer depósitos e inversiones de entes gubernamentales extranjeros.

Como punto para referencia adicional, la República de Bielorrusia, que en el pasado formó parte de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (habiéndose independizado definitivamente en 1991), no hay una ley especial que regule de manera integral la inmunidad soberana. El Código Procesal de Comercio bielorruso, que contiene disposiciones distintas a las de procedimiento civil ordinario, establece que cuando un Estado extranjero posee inmunidad cuando actúe como soberano, haciendo referencia implícita a una ausencia de inmunidad para actuaciones fuera del ámbito de soberanía. La inmunidad soberana se extiende a: (i) acciones presentadas contra el Estado; (ii) la obligación de someterse a juicio en tercería; (iii) medidas judiciales contra bienes ubicados en Bielorrusia; y (iv) medidas cautelares. Por separado, sin embargo, el mismo Código dispone que la ejecución de sentencias contra bienes propiedad de un Estado extranjero se permite solo cuando media consentimiento de éste. Es decir, bajo el Código existe una inmunidad de jurisdicción que es funcional y admite excepciones, pero existe una inmunidad de ejecución absoluta.

VII. Derecho Islámico

VII.1 Emiratos Árabes Unidos

Constituidos por los siete emiratos de Abu Dhabi, Dubai, Sharjah, Ras Al Khaimah, Umm Al Quwain, Ajman y Fujairah, los Emiratos Árabes Unidos están ubicados en el Golfo Árabe (también conocido como Golfo Pérsico). Su Código de Procedimiento Civil (Ley Federal No. 11 de 1992) establece una prohibición amplia que impide el embargo de bienes públicos propiedad de cualquier Estado de los Emiratos para propósito de ejecución.

El Código de Procedimiento Civil reconoce inmunidad soberana de ejecución a entes de Derecho Público y de Derecho Privado, que sean propiedad del Estado o cualquiera de los Emiratos. Ese beneficio, sin embargo, no se reconoce expresamente a entes de otros Estados. El artículo 235 del referido Código establece que sentencias y órdenes dictadas en Estados extranjeros pueden ser ejecutadas en los Emiratos Árabes Unidos en las mismas condiciones prescritas en las leyes del Estado extranjero relevante para la ejecución de sentencias similares dictadas en los Emiratos Árabes Unidos.

Los Emiratos Árabes Unidos han suscrito la Convención Árabe sobre Cooperación Judicial de 1973 y la Convención del Consejo de Cooperación del Golfo sobre Ejecución de Sentencias, Notificaciones y Delegaciones Judiciales. En los Emiratos Árabes Unidos, las sentencias extranjeras no son ejecutables en ausencia de un tratado que establezca reciprocidad con el Estado extranjero relevante.

VII.2 Qatar

En Qatar, la Ley No. 10 de 1987, relacionada con las propiedades públicas y privadas del Estado de Qatar, distingue entre propiedad públicas y propiedades privadas de dicho Estado. La Ley establece expresamente que las propiedades públicas no pueden estar sujetas a medidas de ejecución en Qatar. Sin embargo, la referida Ley no menciona propiedades o bienes de gobiernos extranjeros.

La Ley de Procedimiento Civil y Comercial (Ley 13 de 1990) dispone en su artículo 379 que las sentencias dictadas en un Estado extranjero pueden ser ejecutadas en Qatar bajo las mismas condiciones establecidas en la ley de dicho Estado extranjero aplicable a la ejecución en éste de sentencias dictadas en Qatar. Es decir, la legislación de Qatar acoge la reciprocidad como principio rector para la ejecución de sentencias extranjeras.

VIII. Derecho Hindú

En la India la doctrina sobre inmunidad soberana se basó, en su origen, en el principio consuetudinario, tomado de la jurisprudencia británica, de que el monarca no comete errores (“*The King can do no wrong*” o, en Latín, “*rex non potest peccare*”) y no puede ser responsable por negligencia personal o conducta ilícita, ni por la de sus sirvientes o dependientes.

El artículo 300 de la Constitución de India, originalmente promulgada en 1950 y sujeta a varias enmiendas posteriores, establece la responsabilidad estatal por actos gubernamentales. Se dispone que el gobierno de India puede demandar y ser demandado, sujeto a las leyes del parlamento (o legislatura en el caso de los estados).

En India, la doctrina de inmunidad soberana nació formalmente con la sentencia del caso *P. and O. Navigation Company v. Secretary of State for India*, decidido por la Corte Suprema (Calcuta) en 1861, acogiéndose la distinción entre los términos soberano y no soberano para decidir sobre la responsabilidad de la *East India Company*⁴⁷. Sin embargo, desde el año 2000 parece haberse dado al traste con las bases de la inmunidad soberana en el caso *State Of Andhra Pradesh vs Challa Ramkrishna Reddy & Ors*, decidido por la Corte Suprema el 26 de abril de 2000⁴⁸. En dicho caso se señaló que la eficiencia y dignidad del Estado como persona jurídica pudieron haber constituido base filosófica suficiente para la inmunidad estatal en el siglo XIX, pero que ahora se hace más énfasis en la libertad, la igualdad y la famosa “*rule of law*.” Se considera arcaica la protección especial del Estado, poniéndolo más bien a la par de otras personas jurídicas, y desechándose además la necesidad de distinguir entre funciones soberanas y no soberanas. Por lo tanto, salvo en actividades muy particulares que constituyen funciones inalienables del Estado como la administración de justicia y represión del crimen, y en ausencia de tratados internacionales claros, el Estado no puede alegar inmunidad.

IX. Derecho Chino

IX.1 China

La República Popular China adoptó en 1994 la Ley de Compensación Estatal (Séptima Sesión del Comité del Octavo Congreso Nacional

⁴⁷ Cfr. cita contenida en otra decisión consultada en <http://www.indiankanoon.org/doc/731194/>, en octubre de 2011.

⁴⁸ *Ibid.*

del Pueblo). Según su artículo 1ro, dicha ley se formuló con base en la Constitución para asegurar que los ciudadanos, personas jurídicas y otros organismos gocen del derecho de obtener compensación del Estado de conformidad con la ley, y para urgir a los órganos del Estado a ejercer sus funciones de conformidad con la ley.

La Ley de Compensación Estatal fue modificada sustancialmente en 2010, en favor de una mayor responsabilidad del Estado y más facilidad para los particulares para obtener compensación. Se eliminó un requisito previamente existente de que el órgano estatal debía haber violado la ley y reconocido la violación expresamente para dar lugar a la compensación. Desde 2010 se permite, además, la responsabilidad del Estado por negligencia. También se comenzó a reconocer la procedencia de daños psicológicos a particulares por primera vez en China.

Con respecto a la inmunidad extranjera, China adoptó el 25 de octubre de 2005 la Ley sobre Inmunidad de los Activos de Bancos Centrales Extranjeros con Respecto a Medidas Judiciales Compulsorias. Dicha adopción se produjo en la 18va reunión del Comité del 10mo Congreso Nacional del Pueblo. Esta Ley fue promulgada para tratar de mantener a Hong Kong como un centro financiero mundial, atractivo para bancos centrales extranjeros, una vez que las leyes del Reino Unido sobre inmunidad soberana dejaron de ser aplicables en Hong Kong en 1997. En principio, esa Ley es aplicable a los bienes de bancos centrales extranjeros en todos los territorios o divisiones político-territoriales de China, incluyendo: la China continental, Hong Kong, Macao y Taiwán. En la práctica, sin embargo, el gobierno de Taiwán no reconoce aplicación a dicha Ley.

En su artículo 1, la referida Ley china establece que la inmunidad otorgada protege los activos de bancos centrales extranjeros de medidas judiciales relativas a la protección de activos y ejecución de sentencias. El mismo artículo, sin embargo, dispone que un banco central extranjero o un gobierno del cual el banco central sea subordinado está facultado para renunciar a la inmunidad por escrito, de manera general, o designando ciertos activos específicos para garantía de deudas. La aplicación de la Ley está supeditada a la existencia de reciprocidad. Ello quiere decir que si un país no reconoce legalmente inmunidad a los activos del Banco Central Chino, o si el nivel de inmunidad otorgada es inferior al ofrecido en China, las autoridades gubernamentales chinas (incluyendo tribunales judiciales) no reconocerán la inmunidad establecida en la Ley china.

IX.2 Japón⁴⁹

El artículo 17 de la Constitución de Japón de 1946 dispone que toda persona puede demandar por reparación, de conformidad con la ley, al Estado o ente público en caso de haber sufrido daño por acto ilegal de cualquier oficial público⁵⁰. El artículo 1 de la Ley sobre Responsabilidad del Estado por Compensación dispone que cuando un oficial del gobierno que esté en posición de ejercer la autoridad pública del Estado o de un ente público haya causado daño a un ciudadano en violación de sus deberes legales hacia ese ciudadano, el Estado o el ente público involucrado deberá ser responsable por compensar dicho daño⁵¹. El 11 de septiembre de 2002, la Corte Suprema de Japón anuló dos disposiciones de la Ley del Servicio Postal que inmunizaban o limitaban la responsabilidad estatal en cuanto a daños relacionados con la entrega de envíos especiales, por considerarlas violatorias del artículo 17 de la Constitución.⁵²

La Constitución y leyes de Japón no establecen una jurisdicción judicial separada orgánicamente de la ordinaria civil para revisar actos del Poder Ejecutivo. Sí existe una ley especial sobre Derecho Procesal Administrativo (contencioso-administrativo), denominada Ley sobre Litigio de Casos Administrativos, originalmente promulgada en 1962 y reformada en 2004; pero esa no dispone procedimientos especiales para la ejecución de sentencias contra entes públicos⁵³. La Oficina Legislativa del Gabinete (“*Naikaku-Hosei-Kyoku*”) juega un rol muy importante en asesoría al Estado sobre asuntos legales, incluyendo los de su responsabilidad. Se ha afirmado que dicha oficina tiene una similitud importante con el *Conseil d’État* de Francia⁵⁴.

⁴⁹ Es correcto, en nuestro criterio, englobar al Derecho japonés en el grupo de Derecho Chino, puesto que el conocido *Ritsuryō* de Japón, como sistema histórico de Derecho (siglos VII y VIII), se basa en la filosofía China y más específicamente de Confucio. Debe reconocerse, sin embargo, que en la actualidad el Derecho japonés, particularmente a partir de la Segunda Guerra Mundial, puede considerarse una mezcla o híbrido de Derecho Chino, Occidental anglosajón, y Europeo continental.

⁵⁰ Citada como: KENPŌ, art. 17; consultada en <http://www.ndl.go.jp/constitution/e/etc/c01.html> en octubre de 2011.

⁵¹ Ley sobre Responsabilidad del Estado por Compensación del 27 de octubre de 1947, disponible en inglés en: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3fbc02764.html>, consultada en diciembre de 2011.

⁵² Caso citado como: 56 MINSHŪ 1439 (Sup. Ct., Sept. 11, 2002).

⁵³ El texto de dicha ley pudo ser consultado en inglés en: <http://www.japaneselawtranslation.go.jp> en octubre de 2011.

⁵⁴ Jun-ichi Satoh: *Judicial Review in Japan*, 41 *Loy. L.A. L. Rev.* 603 (2008).

La Ley sobre la Jurisdicción Civil de Japón (Ley número 24 del 24 de abril de 2009) establece en su artículo 4 ciertas protecciones basadas en el concepto de inmunidad soberana. Se consagra el principio general de que salvo cuando la Ley establezca expresamente lo contrario, un Estado extranjero será inmune a la jurisdicción en Japón. Los organismos públicos están incluidos en la definición de Estado.

Existe un precedente judicial relativo al despido por el Estado Federado de Georgia de los Estados Unidos de América de un empleado que trabajaba en Japón para la autoridad portuaria de Georgia (*Georgia Ports Authority*)⁵⁵. En dicho caso, la Corte Suprema de Japón anuló una sentencia de segunda instancia que había decidido que el despido del empleado se refería a circunstancias especiales que requerían deliberar sobre políticas operacionales y la situación financiera de un gobierno estatal, lo cual concernía funciones soberanas de un Estado extranjero. La Corte Suprema de Japón sostuvo que el despido de un empleado por razones financieras de un Estado no era distinto del despido de un empleado por razones económicas de una compañía privada, y que, por lo tanto, el despido constituía un acto de Derecho Privado o *iure gestionis*, con respecto al cual Georgia no gozaba de inmunidad de jurisdicción bajo las leyes de Japón.

X. Aproximación a principios globales

El análisis anterior evidencia que el uso de la fuerza pública es, por ahora y de manera uniforme, monopolio del Estado y en este aspecto de ejecución, del Poder Judicial concretamente. En todas las jurisdicciones que investigamos por su significancia cualitativa, a quien corresponde ejecutar forzosamente, o al menos dirigir y comandar la ejecución forzosa, de las sentencias judiciales y los laudos arbitrales, nacionales o extranjeros, es al Poder Judicial, no al Ejecutivo ni al Legislativo, ni a entes o personas privadas. El Poder Ejecutivo y el Legislativo pueden tener roles importantes en la fase de ejecución, cuando es un ente de Derecho Público contra quien se pretende la ejecución, pero la dirección suprema de la ejecución corresponde al Poder Judicial. Ese es un principio universal.

Con lo anterior presente, debe reconocerse que para cualquier sujeto de Derecho “acceder a la justicia” debe comprender la posibilidad de

⁵⁵ Caso citado en Japón como: 63-8 *Saiko Saibansho Minji Hanreisyu* 1799, deducido por la Corte Suprema de Japón el 16 de octubre de 2009.

obtener el reparo y solución efectiva (real y material) de las situaciones perjudiciales que puedan crear terceras personas (sean particulares o estatales), ya sea a través de sus actuaciones materiales o de sus actos formales, mediante la intervención de los órganos competentes (tribunales judiciales o tribunales arbitrales). Dicho reparo o solución no debe limitarse al ámbito ideal, meramente declarativo, nominal o ilusorio.

Acceder a la justicia implica, primeramente, que el particular sea titular de un derecho a incitar a los órganos judiciales o arbitrales para que actúen, pero implica además, ineludiblemente, que si su pretensión se ajusta al derecho, obtenga un balance a su favor, inclusive en términos patrimoniales, después de haber sido parte en el procedimiento. Así pues, no sería acceder a la justicia que, si un tribunal arbitral dictase un laudo a favor de un particular y en contra de un ente de Derecho Público, “administrando justicia por autoridad de la ley”, pero que lo declarado y ordenado en el laudo no pudiera materializarse dadas las prerrogativas exorbitantes que asisten a la mayoría de las personas de carácter estatal, de modo que la justicia obtenida quede sólo en el papel y en un conjunto de frases. Tampoco es acceder a la justicia que una sentencia o un laudo anule un acto administrativo de efectos particulares por ser ilegal o inconstitucional, o que ordene el pago de cierta indemnización, pero que el patrimonio de la parte victoriosa quede sustancialmente reducido en virtud de los costos del procedimiento judicial o arbitral, inclusive más disminuido o perjudicado que si se hubiese cumplido o hubiese continuado en vigencia el acto declarado ilegal o inconstitucional.

Consciente del conflicto entre intereses particulares y generales que se presenta cuando un Estado o ente gubernamental es parte en un juicio, la legislación local puede dar cierta protección a personas de Derecho Público —en conflictos domésticos, nacionales o internos—, en lo relativo a su actuación judicial y arbitral. Se entiende que pueden consagrarse a su favor ciertos privilegios y prerrogativas procedimentales y sustantivos. Estos privilegios pueden llegar a ser exorbitantes y extraños al Derecho Común y conferir al Estado o a sus instrumentos facultades que en el ámbito de aquél resultarían contrarias al orden público. La concepción de privilegios diferenciadores se entiende fácilmente en el grupo de Derecho Occidental Romano-Germánico, particularmente en jurisdicciones con arraigo jurídico europeo continental (Alemania y Brasil, por ejemplo) que separan más notablemente al Derecho Administrativo del Derecho ordinario. En el ámbito especial del Derecho Público tales facultades

pueden resultar justificadas y legítimas, siempre que no infrinjan directamente o faculten a la administración pública a conculcar los derechos constitucionales de los particulares, como lo harían normas que impidan, de manera absoluta, o hagan demasiado difícil, la ejecución forzosa de laudos arbitrales y sentencias contra personas estatales.

Es cierto que la superioridad y protección conferida al Estado, como tutor del interés general, debe propiciar una situación racional, y que las disposiciones -muchas de rango constitucional- que consagran la supremacía de personas de Derecho Público, como personas jurídicas, deben ser administradas con las que consagran los derechos de los particulares. De modo que las normas que las constituciones contemporáneas contemplan deben interpretarse dentro de un contexto global y no aisladamente, es decir, integrándolas a los principios que le dan su fisonomía al Estado de Derecho relevante.

Así pues, cualquier disposición legal que pretenda adoptarse, tendente a proteger los intereses colectivos y el bien común, debe respetar, y no desnaturalizar, los derechos individuales básicos, entre los cuales se encuentra el derecho de acceso a la justicia mediante el sistema judicial o el arbitral. Por lo demás, debe recordarse que el interés general no tiene porqué contraponerse a los intereses particulares, pues aquél es la suma de éstos. Debe facultarse plenamente a los jueces para ejecutar materialmente o para dirigir la ejecución de sentencias judiciales y laudos arbitrales contra personas estatales y para obtener las medidas necesarias para garantizar la ejecución sobre bienes no indispensables para el funcionamiento de los servicios públicos. De esta manera, se protegerá el interés colectivo y el bien común, y se permitirá que los particulares ejerzan el derecho de acceder a la justicia.

Es incuestionable que el hecho de que entes de Derecho Público puedan, en virtud de normas legales, desobedecer legítimamente la orden de un organismo judicial o de un tribunal arbitral que la haya compelido a entregar a un particular una suma de dinero o un bien corporal -en virtud de la inembargabilidad de sus bienes-, o burlar fácticamente un laudo arbitral que pretenda reparar una situación jurídica subjetiva lesionada, le da a dichos entes la posibilidad de actuar y ocasionar perjuicios sin tener que repararlos efectivamente. Ello conduce a una situación de irresponsabilidad estatal que propicia su actividad arbitraria e ilegal, y que es contraria a los principios bases del Estado de Derecho. Permitir que los entes estatales puedan desconocer legítimamente con-

denas judiciales o arbitrales dictadas a favor de los particulares o que dichos entes estatales no puedan ser condenados en los términos necesarios para que los particulares accedan materialmente a la justicia, equivale a reconocer la irresponsabilidad patrimonial de los entes estatales.

La diferenciación de actos soberanos (*acta iure imperii*), y actos ordinarios o comerciales (*acta iure gestionis*) que se acoge en jurisdicciones como Estados Unidos, Inglaterra, Alemania y Japón es razonable, es decir, justificable por el discurrir del entendimiento. Siguiendo esa división, para analizar la inmunidad de jurisdicción debe revisarse la naturaleza de la actividad (relacionada con el reclamo o demanda) que el ente gubernamental desarrolla. Para la inmunidad de ejecución, en cambio, debe revisarse si el *imperium* está involucrado o conectado con en el origen, uso o propósito de los bienes cuya ejecución se pretende. Para actividades *iure gestionis* no debe haber inmunidad de jurisdicción. Y para bienes no conectados con el *ius imperium* no debe haber inmunidad de ejecución.

Los postulados que hemos planteado sobre la ejecución y eficacia material son aplicables por igual a las sentencias judiciales y a los laudos arbitrales. En todo caso, debe tenerse presente que la aplicación de las normas legales que protegen los bienes estatales contra medidas de ejecución es siempre territorial. En tal virtud, no quedan protegidos por esas normas bienes o activos ubicados fuera de la jurisdicción de la legislación relevante a los cuales se pretenda acceder para ejecutar una sentencia judicial o un laudo derivado de un arbitraje.

En el foro internacional se nota un claro abandono de la inmunidad absoluta de ejecución y una adopción de lo que suele denominarse inmunidad relativa o restringida, la cual admite que, en cierta clase de asuntos, el Estado no puede invocar su inmunidad cuando es llevado a ejecución forzosa de un laudo arbitral. Ya existen además leyes internas de arbitraje que contemporáneamente reconocen que cuando el arbitraje es internacional y una de las partes es un Estado soberano, o una sociedad, organización o empresa propiedad controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho o principios de soberanía para sustraerse de las obligaciones emanadas del convenio arbitral⁵⁶.

⁵⁶ Ley de Arbitraje Comercial de la República Dominicana, artículo 2 (ley n.º 489-08 del año 2008).

En concreto para el arbitraje, debe destacarse que los Estados o países soberanos pueden someterse a la jurisdicción arbitral en forma voluntaria, lo cual en principio soluciona o supera el primer punto u obstáculo de la inmunidad, es decir, la inmunidad de jurisdicción. No es falta de soberanía someterse voluntariamente a una jurisdicción. El arbitraje, como hemos visto, requiere un consentimiento de las partes como presupuesto para la jurisdicción-competencia del tribunal arbitral. Sin embargo, mayoritariamente se piensa que la renuncia a la inmunidad de jurisdicción no implica la renuncia a la inmunidad de ejecución.

La doctrina de inmunidad soberana podrá después tener un efecto en la ejecución forzosa de un eventual laudo, es decir, en la inmunidad de ejecución, con base en la cual cabrá diferenciar bienes o activos protegidos por actos de imperio, por una parte, y por la otra bienes utilizados para actos de gestión u ordinariamente comerciales. Para los segundos no debe discutirse la posibilidad conceptual de ejecutar forzosamente laudos arbitrales, aunque pueda o no requerirse una conexión de esos bienes con el asunto discutido. Si los bienes o activos tienen un destino relacionado con actividades *iuris gestionis*, o esencialmente comercial, deben ser por principio ejecutables.

XI. Conclusiones

A manera de conclusión podemos resumir los siguientes puntos de coincidencia entre las fuentes de Derecho de las jurisdicciones estudiadas, que identifican denominadores comunes compartidos por sus fundamentos y orígenes legales:

- i. La inmunidad soberana extranjera tiene una base histórica y filosófica próxima distinta a la inmunidad soberana doméstica. Aquélla se fundamenta en el respeto y deferencia mutua entre Estados soberanos, mientras que ésta se basa en la superioridad del Estado frente a los particulares y la supuesta protección de intereses generales por sobre intereses particulares.
- ii. La inmunidad soberana, bien sea de jurisdicción o de ejecución, es regulada por el Derecho sustantivo aplicable en el lugar donde se inicia un procedimiento cognoscitivo o de ejecución, constituido por normas y principios consagrados en leyes nacionales, en tratados internacionales vigentes en ese lugar, o por principios de Derecho consuetudinario internacional reconocidos por los tribunales judiciales nacionales. La confiabilidad y predictibilidad de actuación de los tribunales judiciales del lugar

donde se pretende una ejecución forzosa de una sentencia judicial o de un laudo arbitral, y la acogida y jurisprudencia interpretativa de éstos sobre la inmunidad soberana, es de vital importancia, pues su intervención siempre será necesaria para la ejecución forzosa de sentencias judiciales y laudos arbitrales.

iii. La inmunidad soberana doméstica de jurisdicción parece haber sido superada y descartada en el siglo XXI. No hemos encontrado ejemplos de entes que gocen, a nivel nacional y frente a sus tribunales judiciales ordinarios, de una inmunidad personal absoluta. Pueden existir criterios materiales –no orgánicos– que excluyan del control judicial y arbitral parcelas de algunas controversias o asuntos discretos, pero no a personas jurídicas en forma amplia.

iv. La inmunidad soberana doméstica de ejecución tiene su base jurídica próxima en la inalienabilidad de bienes del dominio público. La inmunidad doméstica de ejecución es particularmente relevante en el Derecho Occidental (Western Laws) Romano-Germánico dada su concepción del Derecho Administrativo. Las leyes nacionales no deben llevar a extremos la inmunidad soberana doméstica de ejecución, con el pretexto de dar prevalencia a un interés general. El derecho de acceso a la justicia, protegido por las Constituciones con vigencia contemporánea, requiere que la inmunidad de ejecución no se extienda a bienes del dominio privado, no afectos al funcionamiento de servicios público ni a actividades *iure imperii*, aun cuando su propietario o poseedor sea una persona estatal de Derecho Público. La India merece mención especial como jurisdicción progresista de avanzada en estos asuntos.

v. Siguiendo la línea del Derecho Administrativo en el grupo romano-germánico, consideramos que pueden justificarse y aceptarse constitucionalmente normas o procedimientos especiales que otorguen oportunidades distintas de procedimientos de ejecución ordinaria para que personas estatales den cumplimiento voluntario a sentencias judiciales o laudos arbitrales. Tales procedimientos especiales deben ser racionales y no exageradamente largos ni onerosos y, en última instancia, ante la reticencia o contumacia del condenado, deben permitir la verdadera ejecución forzosa dentro de los parámetros que hemos esbozado.

vi. En la inmunidad soberana extranjera también puede diferenciarse la inmunidad de jurisdicción y la inmunidad de ejecución,

aunque ambas estén más estrechamente relacionadas que en la inmunidad soberana doméstica. La inmunidad de jurisdicción presupone y conlleva la inmunidad de ejecución, pero no viceversa: un ente gubernamental puede no tener inmunidad de jurisdicción pero, sin embargo, algunos de sus bienes pueden estar protegidos por inmunidad de ejecución. A nivel internacional, la inmunidad de jurisdicción es la regla general, pero hay excepciones significativas. Bajo dichas excepciones, no existe inmunidad de jurisdicción con respecto a actividades comerciales de Derecho Privado (*iure gestionis*), ni inmunidad de ejecución sobre bienes o activos utilizados o tenidos para tales actividades en las que no se involucre el *ius imperium*. Adicionalmente, la inmunidad soberana puede ser renunciada válidamente por el ente gubernamental, bien sea a priori –de manera anticipada y general–, o al momento de consentir en una demanda o ejecución específica. También puede el ente gubernamental designar bienes específicos para ejecución.

vii. En la actualidad, la inmunidad soberana extranjera de jurisdicción ha sido limitada y superada con más energía que la inmunidad soberana extranjera de ejecución. Es decir, en esos campos, la inmunidad de ejecución es un obstáculo más importante para el acceso a la justicia que la inmunidad de jurisdicción. Esa tendencia probablemente se debe a que la ejecución forzosa de sentencias judiciales y laudos arbitrales es más disruptiva y causa mayor interferencia material en actividades de entes gubernamentales que la jurisdicción cognoscitiva.

viii. En arbitraje la inmunidad de jurisdicción es mucho menos relevante que en procedimientos judiciales, pues el consentimiento del ente gubernamental al acuerdo de arbitraje implica o conlleva la aceptación de la jurisdicción del tribunal arbitral. Por otra parte, en el ámbito transnacional los laudos arbitrales se encuentran en una situación como mínimo equiparable o semejante –y, en algunos casos, posiblemente superior (por cuanto varios textos normativos excusan la necesidad de exequátur u homologación)–, a sentencias judiciales con respecto a la inmunidad de ejecución de entes gubernamentales.

Bibliografía

- ARAUJO JUÁREZ, José: *Tratado de Derecho Administrativo formal*, 3.^a edición. Caracas, Vadell Hermanos Editores, 1998.
- BENTHAM, Jeremy: *Of Laws in General*. Londres, University of London, The Athlone Press, 1970.
- BIANCHI, Alberto: “El control judicial de la Administración Pública bajo la llamada Doctrina de la Deferencia”. En *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI*, estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías, tomo II. Madrid, Civitas Ediciones, 2003. Pp. 2265-2307.
- BOGUSLAVSKY, M.: *Foreign State Immunity: Soviet Doctrine and Practice*. Netherlands Yearbook of International Law, 10, 1979, pp. 167-177.
- BREWER-CARÍAS, Allan: *El sistema de justicia constitucional en la Constitución de 1999*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2000.
-
- El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos: Principios del Procedimiento Administrativo*, 5ta edición. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1999.
- CANOVA GONZÁLEZ, Antonio: *La realidad del contencioso-administrativo venezolano*. Caracas. Funeda, 2009.
- COLOM PIAZUELO, Eloy: *Los bienes públicos y su estatuto jurídico: reflexiones en torno a la inconstitucionalidad del principio de inembargabilidad de los bienes públicos declarada por la STC 166/1998, de 15 de julio*. Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional 1998. Tomo IV. Índices y Estudios. Primera Edición. Pamplona, Editorial Aranzadi, 1998.
- DAVID, René: *Traité Élémentaire de Droit Civil Comparé Introduction à l'Etude des Droits Etrangers et à la Méthode Comparative*. París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence (LGDJ), 1950.
- DÍAZ-CANDIA, Hernando: “Los poderes del juez contencioso-administrativo en Venezuela”. En *Revista de la Fundación Procuraduría General de la República*, número 11. Caracas. 1995.
- DUPUY, Pierre-Marie: *Les émanations engagent-elles la responsabilité des Etats? Etude de droit international des investissements*. Citado como: EUI Working Paper LAW n.º 2006/7.
- FLEINER, Fritz Fleiner: *Instituciones de Derecho Administrativo*, Barcelona, Ed. Labor, 1933.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *Democracia, jueces y control de la Administración*. Madrid, Editorial Civitas, 2000.

_____. “Sobre el principio de inembargabilidad, sus derogaciones y límites constitucionales y sobre la ejecución de sentencias condenatorias de la Administración”. *Revista Española de Derecho Administrativo* (REDA) núm. 52, octubre-diciembre 1986.

GARRIDO FALLA, Fernando: *Tratado de Derecho Administrativo*, volumen 1, 7.^a edición. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1976.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, 2.^a edición. Madrid, Editorial Civitas, 1992.

GORDILLO, Agustín: *Tratado de Derecho Administrativo*, 9.^a edición. Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2009.

GREENHILL, Joe R y Thomas V. MURTO: *Governmental Immunity*, 49 Tex. L. Rev. 462 (1970-1971).

HUTCHINSON, Tomás: “El proceso de ejecución de sentencias contra el Estado”. *Revista Latinoamericana de Derecho*, año I, número 1, 2004. Pp. 289-355.

KELSEN, Hans: *Teoría pura del Derecho*, XVII edición. Buenos Aires, Eudeba, 1981.

KINGSBURY, Benedict y Nico KRISCH: *The Emergence of Global Administrative Law*, 68 Law and Contemporary Problems 15, Summer/Autumn, 2005.

LAGOS, Enrique: *Algunas tendencias del Derecho Internacional a principios del siglo XXI*. Discurso en las Jornadas de Derecho Internacional de noviembre de 2003. Lima, Perú. Consultado en: www.oas.org/legal/spanish/osaj/di_tendencias_peru_2003.doc en julio de 2011.

LÓPEZ-VELARDE, Rogelio: “Algunas consideraciones en material de inmunidad soberana a la luz del Derecho Positivo norteamericano”, en: *Jurídica*. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, número 21, México, pp. ____ y ss.

MAIRAL, Héctor A.: *Control judicial de la administración pública*. Buenos Aires, Depalma, 1984.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira: “Panorama General del Derecho Administrativo en Brasil”, en: *El Derecho Administrativo Iberoamericano*, Granada (España), INAP, 2005.

- PAREJO ALFONSO, Luciano: *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*. Madrid, Editorial Tecnos, 1993.
- ROBALINO ORELLANA, Javier; RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime; et al: *Global Administrative Law: Towards a Lex Administrativa*. Londres, Cameron May International Law & Policy, 2010.
- RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard: *Análisis de la Constitución venezolana de 1999*. Caracas, Edit. Ex Libris, 2000.
- SATOG, Jun-ich: *Judicial Review in Japan*, 41 LOY. L.A. L. Rev. 603 (2008).
- SCHREUER, Christoph H. "State Immunity: Some Recent Developments", Cambridge, Grotius, 1988.
- TOSTA, María Luisa: "Ius-naturalismo, positivismo y formalismo jurídicos en la doctrina venezolana". En Separata de la Revista de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, Caracas. Pp. 8-13.
-
- "La Filosofía del Derecho y la doctrina venezolana". En *Ensayos de Filosofía del Derecho*. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2005.
- TRIBE, Laurence y DORF, Michael: *On Reading the Constitution*. Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1991.

El arbitraje de inversiones

*Hernando Díaz-Candia**

Sumario

Introducción

1. El Derecho Internacional de Inversiones.
2. Principales objetivos del Derecho Internacional de Inversiones.
3. Concepto de nacional y el requisito de diversidad de nacionalidad.
4. Concepto de inversión.
5. Consentimiento para el arbitraje.
6. Acciones estatales revisables y poderes del tribunal.
7. Derecho aplicable.
8. Principales estándares sustantivos de tratamiento a inversiones.
9. Mecanismos de arbitraje de inversiones.
 - 9.1 El sistema CIADI.
 - 9.1.1 CIADI en vía principal.
 - 9.1.2 CIADI como mecanismo complementario.
 - 9.2 Otros arbitrajes institucionales.
 - 9.3 Arbitraje libre o ad-hoc.
10. Revisión, reconocimiento y ejecución de laudos.

* Doctor en Ciencias mención Derecho por la Universidad Central de Venezuela; *Magistri in Legibus* por Harvard Law School; autorizado para ejercer Derecho en Venezuela y en Nueva York; árbitro: Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (IACA) y Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas; presidente del Comité de Arbitraje de Venamcham.

Introducción

El arbitraje contemporáneo, como institución jurídica, es el resultado de la convergencia de tres líneas que nacieron en puntos separados. En primer lugar, el arbitraje entre Estados, para el cual, al no haber autoridades preconstituidas con jurisdicción suficiente para resolver conflictos con fuerza ejecutoria, era necesario constituir dichas autoridades (árbitros) para cada caso concreto, con el acuerdo de los Estados en disputa. En segundo lugar, el arbitraje estrictamente comercial, en el que los comerciantes decidían sustraerse de la jurisdicción estatal por tener aquéllos mejor conocimiento del comercio. Y en tercer lugar, el arbitraje de inversiones, en el que se optó, primordialmente a través de tratados bilaterales de promoción y protección de inversiones, por prever la constitución de tribunales arbitrales como órganos externos al Estado demandado y por lo tanto percibidos como imparciales. Esas tres líneas o vertientes confluyeron en el tiempo a mediados del siglo XX y han resultado en la expansión y popularización del arbitraje. Los tres tipos en cuestión (el arbitraje entre Estados, el arbitraje de inversiones y el arbitraje comercial que evolucionó y creció a lo que hoy en día es el arbitraje ordinario) siguen siendo diferenciables, pero están interconectados y relacionados por las dinámicas de la globalización, la facilidad de acceso e intercambio de información, y los elementos comunes que comparten (incluyendo su flexibilidad).

Tal como el arbitraje ordinario y el arbitraje entre Estados, el arbitraje de inversiones implica la constitución de autoridades accidentales, es decir, tribunales no permanentes, integrados por personas que pueden desarrollar legítimamente varios oficios simultáneos, y que no están encuadrados organizativamente en la estructura de un Poder Público o estatal². Esos tribunales arbitrales no están destinados a crear, sino a aplicar normas (en el sentido más amplio de esa acepción) o principios preestablecidos a casos concretos para resolver discrepancias o conflictos a través de un acto jurídico (normalmente denominado laudo) que causa estado y es vinculante para las partes. En el arbitraje de inversiones, además, se da un peso importantísimo a la voluntad o consentimiento de las partes para constituir la autoridad y desenvolver el procedimiento, lo cual desencadena cierta flexibilidad procedimental (no equivalente, sin embargo, a la

¹ En el arbitraje los tribunales se refieren y constituyen solo para el fin determinado de una controversia específica; no son tribunales permanentes, sino adecuados, apropiados y dispuestos especialmente para un fin concreto y limitado.

anarquía ni al desorden) y sustantiva, como elemento constitutivo y no solo como consecuencia práctica.

Tiende a decirse que el arbitraje es un mecanismo alternativo de resolución de conflictos. Pero debe considerársele no excepcional y limitado sino expansivo en su contenido y aplicación. La percepción de alternatividad debe ser sustituida por la de concurrencia con el Poder Judicial. Al concluir en la concurrencia y apoyo recíproco del sistema arbitral con el Poder Judicial, debe también concluirse que el rol del árbitro de inversiones es la de un verdadero, aunque tal vez especial, administrador de justicia, aun siendo externo al Estado. Bajo esa premisa analizaremos el arbitraje de inversiones².

1. El Derecho Internacional de Inversiones

El Derecho Internacional de Inversiones, que también puede denominarse Derecho de las inversiones internacionales, se conoce como una rama del Derecho Internacional que lidia con el tratamiento jurídico y fáctico que un Estado debe otorgar en su territorio y jurisdicción a las inversiones de una persona calificada como nacional de otro Estado y con la resolución de conflictos legales relacionados con dicho tratamiento. Está construido primordialmente por fuentes de Derecho Internacional Público (*e.g.*, tratados y el Derecho consuetudinario internacional), pero en el mismo tienen un rol importante las leyes nacionales o domésticas del Estado en cuyo territorio y jurisdicción se realiza la inversión³. Pensamos que el Derecho Internacional de Inversiones es una especialidad *sui generis* que combina y amalgama el Derecho Internacional Público con el Derecho Mercantil Internacional y el Derecho interno del país en cuyo territorio se realiza la inversión⁴. Por eso, para

² Este artículo constituye una mera introducción general al estudio del arbitraje de inversiones, sobre el cual se han escrito profundos y extensos estudios. En aras de la concreción hemos incurrido en simplificaciones potencialmente injustas y tomado posiciones sobre puntos que pueden ser debatidos con razón.

³ Como se verá *infra*, algunos laudos han señalado que las leyes nacionales o domésticas conforman hechos (en sentido lato e impropio) que deben ser contrastados con las normas de Derecho Internacional relevantes. Para nosotros, sin embargo, eso no es correcto, ya que las leyes nacionales, en cuanto tengan aplicación general y puedan ser calificadas con sinceridad como normas preestablecidas y regularmente observadas, no pueden ser tratadas como hechos en la premisa menor de un utópico silogismo.

⁴ Como también veremos, no obstante, la calificación o definición de los conceptos de <<nacional>> de un Estado u otro, y de <<inversión>>, en esta disciplina, sí viene dada exclusivamente por el Derecho Internacional; específicamente, por tratados especiales sobre promoción

nosotros, es más correcta la denominación de Derecho de las inversiones internacionales.

El Derecho Internacional de Inversiones tuvo su génesis próxima en 1959 con la firma de un tratado bilateral de promoción y protección de inversiones entre Alemania y Pakistán. Su génesis más remota podría constituirlos los tratados de Amistad, Comercio y Navegación, tales como el firmado el 27 de julio de 1853 entre Argentina y los Estados Unidos de América, que entró en vigencia en 1855. El fin a cuya consecución se dirigen la intención y los medios del Derecho Internacional de Inversiones es impulsar y procurar las inversiones transnacionales como instrumentos para el desarrollo de Estados. El racional de la disciplina es que brindar resguardo y amparo legal a los inversionistas y a sus inversiones aumenta el flujo y cantidad de éstas.

Se calcula que en 2012 existen en vigencia más de 2500 tratados bilaterales de promoción y protección de inversiones, usualmente conocidos como Bits (por las iniciales de bilateral investment treaties) o TBIs (por las iniciales de tratados *bilaterales de inversión*)⁵. Hay, también, ejemplos de instrumentos multilaterales de promoción y protección de inversiones, tales como el Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones en el MERCOSUR⁶.

Un hito muy importante para el desarrollo del Derecho Internacional de Inversiones lo constituyó la firma del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados de 1965, que entró en vigencia inicial en 1966 (conocido como el Convenio CIADI)⁷. Dicho Convenio es un tratado multilateral, del que

y protección de inversiones, y secundariamente por el Derecho consuetudinario internacional, pero no por lo que disponga el Derecho interno del país donde se realiza la inversión.

⁵ Los TBIA o BITs son bilaterales no solo porque se firman entre dos partes, sino porque funcionan recíprocamente y en ambas vías. Se protegen las inversiones en el territorio de los dos Estados signatarios, provenientes de nacionales del otro Estado. En la práctica, las inversiones suelen fluir en un solo sentido, desde el país más desarrollado hacia el menos desarrollado, pero existen ejemplos de inversionistas de Estados en vías de desarrollo que han demandado en arbitraje de inversiones a Estados desarrollados (ver, entre otros, caso: *Inversión y Gestión de Bienes, IGB, S.L. vs. El Reino de España*, caso CIADI ARB/12/17 consultado en www.worldbank.org/icsid, en septiembre de 2012; en este caso, un inversionista venezolano demandó al Reino de España por el trato dado a una inversión inmobiliaria).

⁶ Consultado en http://www.sice.oas.org/trade/mrcsr/colonia/pcolonia_s.asp en septiembre de 2012.

⁷ Cuya ley aprobatoria fue publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela número 35.685, de fecha 3 de abril de 1995. Este Convenio fue denunciado por Venezuela el 24 de enero de 2012.

Venezuela fue parte o miembro hasta el 24 de julio de 2012, y estableció el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) -el más usado y mejor conocido centro institucional de arbitraje de inversiones- bajo los auspicios del Banco Mundial.

2. Principales objetivos del Derecho Internacional de Inversiones

El Derecho Internacional de Inversiones pretende alcanzar dos puntos principales para impulsar las inversiones. En primer lugar –como señalamos antes-, establecer estándares sustantivos de tratamiento que un Estado debe proporcionar a los inversionistas internacionales y a sus inversiones. En segundo lugar, disponer mecanismos de resolución de conflictos surgidos entre particulares y Estados con respecto a dichos estándares. Existen otros objetivos, en nuestro criterio menos importantes y que no serán analizados en este artículo, tales como el de establecer mecanismos de resolución de disputas entre Estados. Los principales estándares de tratamiento que usualmente se imponen a los Estados, y que pueden variar según el tratado relevante, serán analizados *infra* en el capítulo 8. Por su parte, los principales mecanismos de resolución de conflictos o controversias de inversiones se tratarán en el capítulo 9.

Como parte de su segundo objetivo, relativo al establecimiento de mecanismos de resolución de disputas, el Derecho Internacional de Inversiones produjo la novedad en el siglo XX de comenzar a permitir que particulares privados accionasen instancias transnacionales (externas al Estado demandado) para formular pretensiones jurídicas sustentadas total o parcialmente en Derecho Internacional contra Estados soberanos. Es decir, esta disciplina deja atrás el tema de la intervención o protección diplomática y descarta que un particular tenga que persuadir a las autoridades del Estado del cual es nacional para que sea éste, a su vez, quien inicie acciones contra otro Estado. Además, como consecuencia intrínseca de su operatividad, el Derecho Internacional de Inversiones zanja el obstáculo de la inmunidad de jurisdicción –aunque no la de ejecución- del Estado en cuyo territorio se realiza la inversión⁸.

⁸ La inmunidad de jurisdicción exime a ciertas personas jurídicas del poder de juzgamiento de autoridades gubernamentales o arbitrales. Conforme a la referida inmunidad, los entes estatales están exentos de juicios, investigaciones, oficios, cargos, gravámenes (preventivos o definitivos) o penas. La inmunidad de jurisdicción se refiere a impedir –de raíz- procedimientos o juicios cognoscitivos –judiciales o arbitrales- que pretendan dar certeza o tutelar un derecho contra el ente inmune. La inmunidad de ejecución, en cambio, se refiere a la exención o impedimento

En arbitraje de inversiones el asunto de la inmunidad de jurisdicción (contrapuesta a la inmunidad de ejecución) debe considerarse salvado, pues el arbitraje requiere un consentimiento del ente relevante para el nacimiento de la jurisdicción. Y una vez que el ente gubernamental manifieste su voluntad de someterse a arbitraje, bien sea en una cláusula contenida en un contrato amplio o en un acto de efectos generales (como un TBI), antes de surgir un conflicto o diferencia, o en un compromiso arbitral celebrado con especificidad y posterioridad al nacimiento de una disputa, debe concluirse que el ente ha aceptado sujetarse a la jurisdicción de un tribunal arbitral. Podrá corresponder al tribunal arbitral, con posterioridad, determinar su propia jurisdicción y competencia, y, entre otras cosas, evaluar si la disputa se encuentra cubierta o no por el acuerdo de arbitraje. Sin embargo, el ente gubernamental no podría excusarse o eximirse de manera general de la jurisdicción del tribunal arbitral alegando su inmunidad soberana. El arbitraje de inversiones representa, así, un supuesto en el que puede apreciarse claramente la separación de la inmunidad de jurisdicción y la inmunidad de ejecución.

3. Concepto de nacional y el requisito de diversidad de nacionalidad

El arbitraje de inversiones encuentra su base sustantiva primordial en tratados internacionales y requiere que el inversionista y el Estado anfitrión o receptor de la inversión sean de nacionalidades distintas. En el supuesto específico del sistema CIADI (ver *infra*, capítulo 9.1.1) se establece una limitante que excluye del arbitraje a personas naturales (seres humanos) que tengan, en la fecha en que las partes consintieron someter la diferencia a arbitraje, o, en la fecha en que fue registrada la solicitud de arbitraje, la nacionalidad del Estado parte en la diferencia. Es decir, las personas naturales nacionales no pueden –en ese sistema del CIADI- demandar en arbitraje a su propio Estado, aun cuando tengan una segunda nacionalidad.

La satisfacción del requisito de diversidad de nacionalidad, y la calificación de ésta en sí misma, se realiza bajo los tratados de protección de inversiones. No bajo el Derecho interno de un Estado, ni bajo principios generales. Es así posible que una persona jurídica califique como nacional de un Estado bajo un TBI pero que no se le considere tal para

del traslado forzoso, contra la voluntad de la persona ejecutada, de las órdenes contenidas en sentencias judiciales o en laudos arbitrales, al ámbito de lo material.

otros efectos legales. En ese campo, uno de los puntos más discutidos es el de personas jurídicas controladas <<aguas arriba>> por nacionales de un tercer Estado que no tiene TBI con el Estado demandado o, inclusive, por co-nacionales del Estado demandado. En esa materia la mayoría de los laudos internacionales de arbitraje de inversiones han, hasta ahora, dado estricta prevalencia a la letra del tratado específico relevante, incluso por encima de la sustancia económica o material en el análisis sobre la calificación de nacionales⁹.

Es posible, en todo caso, que en el futuro comience a aceptarse un arbitraje de inversiones estrictamente doméstico o nacional, o inclusive internacional (en cuanto a su sede), con base en leyes nacionales, para los nacionales del mismo Estado. La globalización y uniformización de la economía mundial pudieran contribuir a que se entienda que permitir el acceso al arbitraje solo a personas extranjeras puede ser una desventaja para quienes no lo son. La evolución del principio de separación de Poderes Públicos, además, podría sugerir que árbitros que no reciban un sueldo estable del Estado probablemente sean más objetivos que jueces de carrera para juzgar el trato del Estado a las inversiones de sus nacionales.

4. Concepto de inversión

Al igual que el concepto de nacional o de inversionista, la definición de lo que constituye una inversión, a efectos del arbitraje, no se deriva del Derecho interno del Estado en cuyo territorio se realiza, o con el cual se conecta, la inversión. Las calificaciones y registros con órganos gubernamentales, tales como superintendencias de inversiones extranjeras, son irrelevantes para el arbitraje de inversiones. Es así, inclusive con respecto a tratados que señalan que la inversión debe realizarse de conformidad con la legislación de un Estado. Para esos casos, varios laudos arbitrales han señalado que tal condición se limita a que la inversión no sea contraria a Derecho, pero no que reciba una aprobación o calificación interna como inversión internacional¹⁰. Un ejemplo de inversión contraria a Derecho sería, en nuestro criterio, el establecimiento de una entidad financiera que recibe depósitos sin tener la licencia re-

⁹ Pueden consultarse dos casos con aproximaciones y conclusiones distintas: *Aguas del Tunari SA vs. Bolivia* (caso CIADI No ARB/02/3), *Decision on Respondent's Objections to Jurisdiction*, laudo del 21 de octubre de 2005, ¶¶ 315-323; y: *TSA Spectrum de Argentina S.A. v. Argentina* (caso CIADI No. ARB/05/5), laudo del 19 de diciembre de 2008, ¶ 162.

¹⁰ Ver *infra*, capítulo 7.

querida legalmente, o de una distribuidora de sustancias controladas o prohibidas.

El concepto de inversión es usualmente definido de forma amplia, enunciativa y no exhaustiva, por los tratados internacionales. En general, como parámetros indicativos o persuasivos, pero no limitativos, se considera que una inversión es una contribución con valor económico, que representa un compromiso sustancial, tiene una duración de más de 2 años (cierta permanencia), un elemento de riesgo y, además, contribuye al desarrollo del Estado con cuyo territorio se conecta la inversión¹¹.

También se requiere que la inversión haya sido hecha de forma legal y, de acuerdo con algunos árbitros, de buena fe. No se requiere, sin embargo, el ingreso material de la inversión al territorio geográfico de un Estado. Así, se ha señalado que la compra de bonos o pagarés en mercados internacionales secundarios puede satisfacer el concepto de inversión para el comprador, aun si el dinero no entra al territorio del Estado relevante, si los bonos o pagarés tuvieron una conexión territorial inicial con el Estado relevante. En tal supuesto, laudos han señalado que el mercado secundario favorece el desarrollo del Estado, pues su mera existencia para posterior uso potencial, influencia los precios de colocación primaria de los bonos¹².

No se considera que la adquisición de una inversión por una sociedad extranjera establecida a efectos fiscales o para los fines de obtener protección en virtud de un tratado de inversión viola el requisito de la buena fe, a menos que se realice la inversión con el fin de obtener la protección de la inversión de una disputa preexistente¹³.

5. Consentimiento para el arbitraje

En el arbitraje de inversiones, el consentimiento del Estado al arbitraje suele ser dado o suplido por actos de efectos generales, tales

¹¹ Cfr. laudo del caso *Salini Costruttori S.p.A and Italstrade S.p.A v. Kingdom of Morocco* (caso CIADI No. ARB/00/4), decisión sobre jurisdicción de fecha [16] 23 de julio de 2001. En este caso los árbitros fueron Robert Briner (suizo), Bernardo Cremades (español) e Ibrahim Fadlallah (libano-francés).

¹² Cfr. Laudo del caso: *Fedax N.V. vs. República de Venezuela* (caso CIADI No. ARB/96/3), decisión sobre jurisdicción del 11 de julio de 1997. Este caso se refirió a pagarés emitidos por la República endosados por Industrias Metalúrgicas Van Dam, C.A. y fue decidido por los árbitros Francisco Orrego Vicuña (chileno), Meir Heth (israelí) y Robert Owen (estadounidense).

¹³ Ver: caso *Phoenix Action Ltd. vs. República Checa* (caso CIADI No. ARB/06/5), laudo del 15 de abril de 2009.

como una ley, decreto-ley, o tratado internacional. El consentimiento del particular para acceder al arbitraje puede estar contenido en la solicitud de arbitraje o demanda arbitral misma, pues el particular no puede suscribir la ley, decreto ley, o tratado. Es como si el consentimiento a arbitraje del ente estatal fuese una oferta para acceder a arbitraje, y la solicitud o demanda arbitral del particular una aceptación de la oferta que cierra el negocio y por lo tanto perfecciona el acuerdo de arbitraje y la jurisdicción-competencia del tribunal arbitral. El consentimiento también puede ser manifestado coetáneamente en un contrato en el que un ente estatal y un particular sean partes.

6. Acciones estatales revisables y poderes del tribunal

Cuando el Estado se presenta, como normalmente ocurre, como sujeto pasivo —es decir, como demandado— en un arbitraje de inversiones, el espectro de sus acciones revisables o sujetas a control es muy amplio. Puede discutirse, sin embargo, si los poderes del tribunal arbitral son igualmente amplios y extensibles a la posibilidad de emitir órdenes distintas de condenas al pago de sumas de dinero.

En arbitraje de inversiones, todas las acciones y omisiones estatales que puedan incidir jurídica o económicamente sobre una inversión internacional están sujetas a revisión y control por el tribunal arbitral. Se incluyen actos formales, tales como leyes y reglamentos (actos administrativos de efectos generales), decisiones de la Administración Pública con efectos particulares, así como vías de hecho, actuaciones materiales y omisiones. En algunos tratados también se incluyen actuaciones del Poder Judicial. Tal amplia inclusión opera tanto cuando el Estado es socio o parte directa y formal en el negocio relativo a la inversión, como cuando la inversión se realiza estrictamente entre particulares pero con conexión al territorio del Estado relevante.

Se permite que se haga sujeto pasivo del arbitraje a la persona con personalidad jurídica en Derecho Internacional Público, aunque ésta no haya estado directa e inmediatamente involucrada, de manera formal, en los hechos que dieron lugar a la disputa arbitral. La solución legal, en muchos casos, no es llevar al arbitraje a la persona jurídica que incurrió en los hechos o celebró el negocio jurídico, sino que se presume que el consentimiento de la persona con personalidad jurídica en Derecho Internacional Público se extiende a su consentimiento para tomar el lugar de otra en el arbitraje, haciéndose a aquélla responsable por los actos de ésta. De esta forma, las denominadas instrumentalidades, bien sea po-

lítico-territoriales o descentralizadas funcionalmente, crean responsabilidad arbitral para el Estado al que pertenecen. En otros casos, las normas sustantivas crean deberes de vigilancia o supervisión directa sobre el ente político-territorial con personalidad en Derecho Internacional Público.

Los poderes del tribunal arbitral hasta ahora no han incluido en la práctica la posibilidad de anular formalmente actos del Poder Público. La solución aceptada mayoritariamente parece ser que deben los árbitros limitar su examen y competencia a los aspectos meramente económicos o patrimoniales que se deriven de actos o conductas estatales. Podrían inclusive plantearse en arbitraje asuntos relacionados con la responsabilidad patrimonial objetiva –o sin falta– del Estado (basada en la igualdad de los particulares ante las cargas públicas) para los cuales no haga falta declarar nulo ni contrario a derecho un acto del Poder Público.

7. Derecho aplicable

Existen tratados sobre inversiones que permiten dilucidar en arbitraje internacional violaciones a leyes nacionales o domésticas del país en cuyo territorio se realiza la inversión. Tal es el caso del Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones en el MERCOSUR. Sin embargo, la mayoría de los TBIs limitan la jurisdicción del tribunal arbitral a asuntos relacionados directamente con el Derecho Internacional; las leyes nacionales o domésticas son tratadas como <<hechos>> (en sentido impropio)¹⁴.

Las leyes nacionales no están exentas de escrutinio en el arbitraje de inversiones. Los tratados se rigen por el Derecho Internacional, y no por la legislación nacional. *Las acciones de las asambleas legislativas no están fuera del alcance de los tratados bilaterales de inversión. Un Estado no es inmune a los reclamos de los inversores extranjeros en el marco de la legislación aprobada por el órgano legislativo, a menos que exista una exención específica incluida en el tratado en cuestión*¹⁵. Un Estado no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como

¹⁴ Cfr. en general: caso *MTD Equity Sdn. Bhd y MTD Chile SA vs República de Chile*, laudo del 25 de mayo de 2004 (Caso CIADI No. ARB/01/7). Cfr. también, sobre el tema de leyes nacionales en arbitraje de inversiones: caso *Iberdrola Energía, S.A. vs Guatemala*, laudo del 17 de agosto de 2012 (caso CIADI ARB/09/05).

¹⁵ Caso: *Sergei Paushok et al vs la República de Mongolia*, arbitraje ad-hoc bajo el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, laudo sobre jurisdicción y responsabilidad fecha 28 de abril de 2011, ¶ 298. Traducción libre.

justificación del incumplimiento de las disposiciones de un tratado¹⁶. En nuestra opinión, sin embargo, las leyes nacionales siempre deben utilizarse para limitar la discrecionalidad en la toma de decisiones de los árbitros de inversión, es decir, evitar que la verdadera norma de revisión establecida en el arbitraje de inversión sea demasiado subjetiva¹⁷.

Se ha argumentado que *el Derecho de inversiones internacionales requiere una consideración más matizada del papel de la legislación interna que la que muchos tribunales arbitrales han implementado hasta la fecha*¹⁸. Hay muchos conceptos y situaciones jurídicas legalmente relevantes, que no están directamente reguladas por el Derecho Internacional, pero son muy pertinentes en el arbitraje de inversión. Entre ellos se incluyen los contratos, la creación de personas jurídicas, derechos de propiedad y los derechos de los accionistas. En el arbitraje de inversión, aun cuando los tribunales intentan centrarse en el Derecho Internacional, a menudo tienen que abordar y considerar relaciones que son de naturaleza comercial, pues las inversiones son esencialmente comerciales. Además, los inversionistas interactúan con los Estados sobre todo en el contexto de las leyes nacionales.

Tal como señalamos antes, algunos TBI hacen referencia expresa a las leyes nacionales del Estado correspondiente¹⁹. La frase <<de acuerdo con sus leyes y reglamentos>> es muy familiar. Además, ha sido muy utilizada en precedentes arbitrales²⁰, que <<dejan de manifiesto que tales referencias tienen por objeto garantizar la legalidad de la inversión mediante la exclusión de las inversiones realizadas en violación

¹⁶ Artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

¹⁷ Para una introducción general sobre la interacción entre Derecho y equidad, cfr.: Víctor Hugo Guerra Hernández, Orden público internacional, normas de aplicación necesaria y arbitraje de equidad, en *Revista Electrónica del Comité de Arbitraje de Venamcham*, número 4. Caracas, Venamcham, 2012.

¹⁸ Monique Sasson, *Substantive Law in Investment Treaty Arbitration - The Unsettled Relationship between International Law and Municipal Law*, Kluwer Law International, The Hague, 2010. Abstract. Traducción libre.

¹⁹ <<En muchos tratados de inversión de la definición de "inversión" incluye el requisito de que las categorías de activos admitidos como "inversión" debe hacerse" de conformidad con las leyes y reglamentos de dicho partido. El sentido corriente de esta frase es que las inversiones que serían ilegales en el territorio del Estado receptor está descalificado para la protección del TBI. Los intentos de los Estados demandados por ampliar las materias abarcadas por esta frase han fracasado.>> McLachlan, Shore & Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford University Press, 2007, p. 181. Traducción libre.

²⁰ Cfr., en particular: *Inceysa vs. República de El Salvador* (caso CIADI No. ARB/03/26), laudo del 02 de agosto de 2006; y *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide vs. Filipinas* (caso CIADI No. ARB/03/25), laudo del 16 de agosto de 2007.

de los principios fundamentales del Derecho del Estado de acogida, por ejemplo, por razones de representaciones fraudulentas, en disimulo de la verdadera propiedad ²¹.>>

Pero aún si las leyes locales no deben ser tomadas en cuenta de manera legalmente vinculante para el tribunal arbitral, esas leyes, en la práctica, deben ser consideradas de una manera u otra, porque en el arbitraje, la cuestión de la justicia, que está implícitamente vinculada a la previsibilidad, está íntimamente ligada a lo que los árbitros consideran justo y razonable en un caso concreto, de conformidad con el Derecho Internacional. La existencia y el contenido de las leyes nacionales con frecuencia suele ser crucial para determinar la previsibilidad y para juzgar si la expectativa de un inversionista puede ser calificada como legítima. Así, la violación de una obligación internacional tendrá, por definición, que ser juzgada en términos del Derecho Internacional [pero] para establecer los hechos de la violación, puede ser necesario tener en cuenta el derecho nacional²².

Reiteramos que los poderes de los tribunales arbitrales, en los casos de inversión, no están limitados o restringidos por las leyes nacionales. Pero la pre-existencia, modificación y aplicación de normas de Derecho interno o nacional, o la falta de ellas, es crucial para determinar lo que se percibe como justo y equitativo en cada caso, aunque dichas normas sean yuxtapuestas con las normas supuestamente absolutas establecidas en los tratados bilaterales de inversión. Cuando las leyes nacionales son normas que disponen las reglas de aplicación general para la conducta o acción, que tienen un impacto sobre los hechos de los casos de arbitraje de inversión, deben ser tomadas en cuenta con atención para determinar si un Estado ha sido justo y equitativo. No nos referimos a que el concepto de inversión sea definido en leyes nacionales (tales como el Decreto-Ley de Promoción de Inversiones de 1999²³, su Reglamento²⁴, o el Decreto 2.095 sobre el Reglamento del Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y Sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías²⁵) a efectos del arbitraje de

²¹ *Desert Line Projects LLC vs. La República de Yemen* (caso CIADI No. ARB/05/17), laudo del 06 de febrero de 2008, 104. Traducción libre.

²² *MTD Equity Sdn. Bhd y MTD Chile SA vs. República de Chile* (caso CIADI No. ARB/01/7), laudo del 25 de mayo de 2004, 204.

²³ Publicado en Gaceta Oficial Extraordinaria No. 5.390, del 22 de octubre de 1999.

²⁴ Publicado en Gaceta Oficial No. 37.489, del 22 de julio de 2002.

²⁵ Publicado en Gaceta Oficial No. 34.930, el 25 de marzo de 1992.

inversión, pues ello sería incorrecto; sino a leyes sustantivas que puedan afectar de manera directa la esfera y desarrollo de una inversión.

8. Principales estándares sustantivos de tratamiento a inversiones

Los TBI suelen ser imprecisos en la definición de normas sustantivas o estándares legales de protección. Por ello, en el arbitraje de inversión es muy importante la percepción subjetiva pero razonable de equidad y justicia por parte de los árbitros²⁶. Esa percepción no otorga facultades ilimitadas a los árbitros. Su discreción no es tan amplia como en los casos *ex aequo et bono*, sino que debe ser orientada por el Derecho Internacional incorporado (no sólo aplicado) a las leyes nacionales y los hechos del caso en cuestión.

Los TBI contienen normas que, aun si fueran consideradas absolutas, están definidas principalmente por adjetivos del lenguaje que sirven como modificadores de un sustantivo para referirse a una cualidad. Los términos que son difíciles de definir con precisión y exactitud - como los contenidos en la mayoría de los TIB - terminan siendo relativos por tener una fuerte conexión con cada caso en particular y cierto margen de discreción de los árbitros.

Los TBI están basados típicamente en pro-formas o modelos de tratados. *Sin embargo, tanto el alcance de los tratados bilaterales de inversión como las protecciones sustantivas que ofrecen los tratados particulares pueden variar ampliamente*²⁷, dependiendo de aspectos como la posición y el poder de negociación de las partes negociadoras.

Las normas sustantivas o estándares de protección más comunes en los TBI son: (i) la no discriminación, que exige un trato nacional y en

²⁶ La norma legal verdaderamente relevante o real son los parámetros establecidos por la autoridad, costumbre o acuerdo general que, en la práctica, y a pesar de que prevalecen las definiciones teóricas, son consistentes y coherentes y existen en la realidad de los tribunales arbitrales para juzgar la conducta de los Estados en el arbitraje de inversión. Cuando las leyes nacionales (internas) son reglas que prescriben las normas de aplicación general para la conducta o acción, tienen un impacto sobre los hechos de los casos de arbitraje de inversión y deben ser tomadas en cuenta con deferencia para determinar si un Estado ha sido justo y equitativo. Las leyes nacionales o internas deben tenerse en cuenta para "establecer los hechos de la violación" del Derecho Internacional. En otras palabras, en algunos contextos, las leyes nacionales (internas) son parte de la conducta de un Estado.

²⁷ Yves Fortier: Canadian Approach to Investment Protection; in: International Investment Law for the 21st Century, Oxford University Press, Nueva York, 2008, p. 528.

algunos casos un trato de nación más favorecida; (ii) exigencia de trato justo y equitativo, a veces junto con la plena protección legal de las inversiones²⁸; (iii) la no-expropiación, lo que significa que los derechos de propiedad no pueden ser alterados o afectados, excepto bajo el debido proceso legal, y con el pago de una indemnización adecuada; y (iv) la protección de las transferencias de utilidades y repatriación de las desinversiones.

La relación entre esos cuatro estándares o principios no ha sido bien establecida. *En algunos tratados bilaterales de inversión, el trato justo y equitativo y la plena protección y seguridad aparecen como una norma única, en otros, como protecciones separadas*²⁹. El estándar de trato justo y equitativo es probablemente el más importante o, por lo menos, el que ha sido objeto de mayor análisis legal³⁰. Es posible que en algunos casos se utilice como una cláusula general susceptible de ser invocada respecto de cualquier trato adverso a una inversión. Algunos tribunales arbitrales, aun cuando no lo articulan como tal, parecen tratar la exigencia de un trato justo y equitativo como un umbral que se debe alcanzar para encontrar cualquier violación a un TBI³¹. También se puede argumentar que los abogados a veces utilizan la exigencia de un trato justo y equitativo como una disposición residual, que se invoca sólo cuando otros artículos más específicos de un tratado no pueden aplicarse a los hechos que afectan a su cliente.

Se ha dicho que el estándar de trato justo y equitativo ofrece *<<una norma básica y general que no se desprende de la legislación nacional*

²⁸ El concepto de <<equitativo>> apareció por primera vez en la Carta de La Habana de 1948 para una Organización Internacional de Comercio. Véase: UNCTAD: *Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking*, 2007, http://www.unctad.org/en/docs/iteiia20065_en.pdf. p. 30-33.

http://www.unctad.org/en/docs/iteiia20065_en.pdf. De acuerdo con este documento (página xiii): "La mayoría de los TBI celebrados en la última década tienen una estructura básica similar y contenido. Sin embargo, esto no significa que los acuerdos serían más o menos idénticos o que no hubiera habido desarrollos normativos." Traducción libre.

²⁹ *Azurix Corp. vs. la República Argentina* (caso CIADI No. ARB/01/12), laudo del 14 de julio de 2006. ¶ 407-08.

³⁰ Ver: Fiona Marshall, *Fair and Equitable Treatment in International Investment Agreements*; in: *Issues in International Investment Law* (Background Papers for the Developing Country Investment Negotiators' Forum), Singapore, 2007, p. 6. http://www.iisd.org/pdf/2007/inv_fair_treatment.pdf.

³¹ Véase, en general, el análisis realizado en el caso: *Sergei Paushok et al. vs República de Mongolia*, conforme a las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, laudo sobre jurisdicción y responsabilidad fecha 28 de abril de 2011.

del Estado de acogida.>> Algunos tribunales arbitrales la han encontrado <<necesaria para analizar la acción [de un Estado] en relación con los diversos elementos específicos reflejados en una disposición de un tratado de inversión³².>>

Los tribunales arbitrales *<<frecuentemente encuentran una violación del estándar [de trato justo y equitativo], pero al mismo tiempo niegan que ha habido una expropiación. [Sin embargo,] es difícil imaginar una expropiación no compensada que no implicase también una violación del estándar [de trato justo y equitativo]³³.>>* La norma que prohíbe la adopción de medidas arbitrarias o discriminatorias por los Estados también ha sido analizada en muy estrecha relación con el requisito del trato justo y equitativo³⁴. Sea como fuere, la exigencia de un trato justo y equitativo es probablemente la más importante para ilustrar cómo la resolución de conflictos es abordada por los árbitros en la protección de las inversiones.

La mayoría de los laudos arbitrales de inversión hacen un esfuerzo por afirmar que *<<justo y equitativo es un estándar absoluto, que abarca una serie de principios concretos: (i) el Estado debe actuar de manera transparente, (ii) el Estado tiene la obligación de actuar de buena fe, (iii) la conducta del Estado no puede ser arbitraria, manifiestamente injusta, discriminatoria, o carecer del debido proceso, (iv) el Estado debe respetar asuntos procesales y el debido proceso, y (v) el Estado debe respetar las expectativas razonables y legítimas de los inversores³⁵.>>* En general, se dice que la norma de tratamiento justo y equitativo no tiene restricción alguna, excepción o exclusión, y es independiente de las normas reglamentarias arbitrarias. *<<Es un estándar de tratamiento “absoluto”, “no contingente”, es decir, un estándar que establece el*

³² Petrobart Limited vs. la República Kirguisa, Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo de Caso N° 126/2003, laudo de marzo de 2005. http://italaw.com/documents/petrobart_kyrgyz.pdf. Traducción libre.

³³ Christoph Schreuer: Standards of Investment Protection (Introduction: Interrelationship of Standards), 2007, p. 3. <http://www.univie.ac.at/intlaw/wordpress/pdf/92.pdf>.

³⁴ PSEG Global, Inc. y Konya Ilgin Elektrik Üretim vs República de Turquía (caso CIADI No. ARB/02/5), laudo del 19 de enero de 2007, ¶ 261: *<<en la medida respaldada por los hechos, las anomalías que se produjeron en relación con la conducta que acabamos de referirnos se incluyen en la violación del trato justo y equitativo y que no hay motivo para una partida separada de responsabilidad a causa de la arbitrariedad>>*. Traducción libre.

³⁵ Rumeli Telekom A.S. y Telsim Mobil Telekomünikasyon Hizmetleri A.S. vs. República de Kazajstán (caso CIADI No. ARB/05/16), laudo del 29 de julio de 2008, ¶ 609. Traducción libre.

tratamiento que debe darse en términos cuyo significado exacto ha de determinarse, en función de las circunstancias específicas de aplicación, en oposición a las normas “relativas” consagradas en el “tratamiento nacional” y de “nación más favorecida”, principios que definen el tratamiento requerido en relación con el tratamiento otorgado a otras inversiones³⁶.>>

Merecen especial mención las denominadas cláusulas de la nación más favorecida, conocidas por sus iniciales en inglés MFN (*most favored nation*)³⁷. Su estudio ha sido objeto de muchos libros y publicaciones especializadas. Baste, para este artículo, definir las como una estipulación según la cual un Estado (estipulante) asume la obligación de otorgar a otro Estado (beneficiario) o a personas o cosas relacionadas con el Estado beneficiario un tratamiento no menos favorable que el dado o reconocido a un tercer Estado o a personas o cosas relacionadas con éste. Las cláusulas de la nación más favorecida pueden tener influencia directa en la formulación de los estándares sustantivos de tratamiento que un Estado debe otorgar a las inversiones internacionales. Bajo una cláusula de nación más favorecida, algunos inversionistas podrían utilizar TBIs distintos al de su nacionalidad para fundamentar los parámetros de tratamiento que deben -o han debido- recibir de un Estado determinado.

La protección fundamental de los tratados sobre inversiones no es impedir ni prevenir expropiaciones ni tratos injustos o inequitativos a las inversiones, sino proveer a los inversionistas acceso a un arbitraje internacional, para que árbitros independientes decidan si los inversionistas tienen o no derecho a una compensación monetaria por las acciones de un gobierno. Un laudo arbitral de inversiones es título ejecutivo a nivel internacional (aunque con las limitaciones prácticas y retos que la doctrina de inmunidad soberana puede representar).

9. Mecanismos de arbitraje de inversiones

El arbitraje de inversiones es el mecanismo más utilizado en la ac-

³⁶ Organization for Economic Co-operation and Development: *Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law*, in: Working Papers on International Investment, number 2004/3. <http://www.oecd.org/dataoecd/22/53/33776498.pdf>.

³⁷ El origen de este tipo de cláusulas se atribuye al tratado entre el Rey Enrique V de Inglaterra y el Duque Juan de Borgoña en Amiens el 17 de agosto de 1417, relacionado al uso por barcos ingleses de las bahías de Flandes en la misma manera que barcos franceses, holandeses y escoceses. Otros estudiosos, sin embargo, citan un tratado de Federico II sobre la ciudad de Marsella. En arbitraje de inversiones, el caso líder es: *Emilio Maffezini vs. El Reino de España* (caso CIADI No. ARB/97/7, decisión sobre jurisdicción del 25 de enero de 2000).

tualidad para la solución de controversias derivadas de TBIs, probablemente pues se percibe que un mecanismo jurisdiccional administrado por entes externos a un Estado sea más objetivo y neutral –es decir, justo- que los tribunales judiciales de éste para con los extranjeros. Sin embargo, todos los TBIs que hemos revisado contemplan la posibilidad de que el inversor, a su elección, someta la resolución de la controversia a dichos tribunales judiciales del Estado en cuyo territorio se realiza la inversión. Los TBIs no presuponen, en sí mismos, que el arbitraje internacional es mejor o superior a los tribunales judiciales.

Se han formulado críticas al arbitraje de inversiones, alegándose que se ha importado un mecanismo creado para disputas comerciales privadas y se le ha aplicado para disputas que pueden afectar, al menos indirectamente, a un gran número de personas y a políticas públicas³⁸. Para nosotros, sin embargo, más allá de aspectos concretos y parcelas discretas en las que pensamos que el arbitraje de inversiones podría funcionar mejor en la práctica –tales como la transparencia y ausencia de publicidad de los procedimientos- debe destacarse que cuando un Estado consiente en el arbitraje de inversiones lo hace precisamente en ejercicio de sus políticas públicas y soberanía. Vemos al arbitraje de inversiones como un mecanismo mejorable, pero sin duda loable.

Los TBIs usualmente contemplan un tipo de arbitraje institucional, es decir, administrado por un centro de arbitraje permanente y con reglas de procedimiento- como el del CIADI, la Cámara de Comercio Internacional, o el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo- y una alternativa de arbitraje libre o ad-hoc, típicamente sometido al Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, o, por sus siglas en inglés: UNCITRAL)³⁹. Algunos TBIs jerarquizan un orden estricto de procedencia entre tales opciones arbitrales, de manera que una alternativa podría ser utilizable sólo si la opción preferida por el TBI no se encuentra jurídicamente disponible⁴⁰. Otros TBIs no establecen prelación y dejan

³⁸ Cfr., en general: Hildegard Rondón de Sansó: *Aspectos Jurídicos Fundamentales del Arbitraje Internacional de Inversión*, ISBN 978-980-12-4673-2, Caracas, 2010.

³⁹ <http://www.uncitral.org>.

⁴⁰ Cfr.: laudo del caso *Nova Scoria Power Incorporated (Canadá) vs. República Bolivariana de Venezuela*, laudo sobre jurisdicción del 22 de abril de 2010; arbitraje ad-hoc bajo el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Los árbitros de este caso fueron: Juan Fernández-Armesto (Presidente), John Beechey y Philippe Sands.

a la discreción absoluta del inversionista la escogencia del mecanismo arbitral. Existen también, en todo caso, TBIs que prevén un solo mecanismo arbitral⁴¹.

9.1 El sistema CIADI

El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) fue creado en la segunda mitad del siglo XX bajo los auspicios del Banco Mundial, aunque con autonomía funcional frente a éste. El Convenio CIADI, como tratado multilateral, dispone que la jurisdicción del centro se extenderá <<a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro⁴².>>

El CIADI es un centro reputado, que mantiene listas de árbitros y conciliadores, y cuenta con normas de procedimiento para arbitraje y conciliación producto de su trabajo y experiencia⁴³. Estas reglas tratan con asuntos como la designación de árbitros en ausencia de acuerdo entre las partes o contumacia de una de ellas, así como la intervención de *amicus curiae* (terceros sin intereses directos en las causas) en arbitraje. A diferencia de otros centros de arbitraje, el CIADI en vía principal conoce sólo de diferencias relativas a inversiones –no de asuntos comerciales en sentido estricto o de otra naturaleza-, por lo cual tiene particular sensibilidad a los temas que usualmente preocupan a Estados soberanos. Su sede está en Washington, D.C., EE.UU., pero tiene acceso y usualmente pone a disposición de las partes –para realizar audiencias o reuniones de trámite en arbitraje- las oficinas del Banco Mundial en otras ciudades, como por ejemplo París.

Al CIADI puede accederse en vía principal o como mecanismo complementario. Estas opciones serán analizadas brevemente de seguidas. Su diferencia primordial es que en el arbitraje CIADI en vía princi-

⁴¹ Véase, por ejemplo: Ley Aprobatoria del Acuerdo sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República Bolivariana de Venezuela y la República Francesa suscrito en la ciudad de Caracas el día 02 de Julio de 2001 (Gaceta Oficial N° 37.896 del 11 de marzo de 2004).

⁴² Artículo 25 del Convenio CIADI. Consultable en: www.worldbank.org/icsid.

⁴³ Las listas de conciliadores y árbitros que mantiene el CIADI son “abiertas”, en el sentido de que las partes tienen la posibilidad de nombrar a árbitros no incluidos en dichas listas.

pal debe observarse rigurosamente el Convenio CIADI, incluyendo en cuanto a la impugnación y ejecución de laudos arbitrales. En el arbitraje bajo el mecanismo complementario del CIADI, éste sirve como centro de arbitraje pero con base en acuerdos consensuales específicos, no relativos a la impugnación y ejecución del laudo; el Convenio CIADI como tal no tiene aplicación directa. Al mecanismo complementario pueden acceder Estados que –como Venezuela a partir del 25 de julio de 2012- no sean partes signatarias del Convenio CIADI.

9.1.1 CIADI en vía principal

El arbitraje CIADI en vía principal, como señalamos antes, exige la aplicación y observancia directa del Convenio CIADI y de las reglas de procedimiento emitidas por el CIADI. Se trata de un sistema bastante autónomo, en el que no participan órganos o autoridades externas al CIADI, excepto por las partes y sus representantes. No corresponde señalar ni analizar si todo lo previsto en el Convenio CIADI y las diversas reglas emitidas con base en aquél es, en estricto sentido, adjetivo. Existen normas, como la del artículo 25 del Convenio CIADI referido al requisito de diversidad de nacionalidad de personas naturales que pueden acarrear consecuencias catalogables como sustantivas. Si puede afirmarse, no obstante, que el Convenio CIADI y las reglas de dicho centro no establecen ni inciden sobre estándares de tratamiento a inversiones por los Estados partes del Convenio.

Bajo el Convenio CIADI, la revisión de los laudos se realiza a instancia de parte por un comité de anulación, normalmente compuesto por personas designadas de entre la lista de árbitros que mantiene ese organismo, distintas de los árbitros originales. No corresponde a tribunales judiciales conocer de recurso de nulidad contra el laudo.

El sistema CIADI es administrado cuidadosamente y en detalle, con bastante estructura (en sentido tanto orgánico como material). Su distribución y orden están bastante regulados. Una manifestación importante de esa estructura y orden es que el Secretario General del centro debe revisar y registrar las solicitudes de arbitraje, realizando una especie de admisión *in limine*, antes de darle curso a los procedimientos. El Secretario General puede negar el registro de las solicitudes cuando considere que el conflicto se encuentra manifiestamente fuera de la jurisdicción del centro⁴⁴.

⁴⁴ Artículo 36 del Convenio CIADI.

A pesar de que las listas de árbitros del CIADI no son limitativas o taxativas, el centro siempre conserva un control importante sobre la selección de árbitros por las partes pues el centro puede nombrar al presidente del tribunal arbitral en ausencia de acuerdo entre las partes. En tribunales arbitrales colegiados, las recusaciones de árbitros normalmente son decididas luego de constituido el tribunal arbitral, por los árbitros no recusados.

Según los artículos 53 y 54 del Convenio CIADI, el laudo arbitral es obligatorio para las partes y éstas deben acatarlo y cumplirlo en todos sus términos, salvo en la medida en que se suspenda su ejecución. El Estado relevante queda obligado a reconocer el laudo y hacer juzgar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratase de una sentencia firme dictada por un tribunal judicial de dicho Estado. No se prevén excepciones como defensas contra la ejecución.

La República Bolivariana de Venezuela denunció el Convenio CIADI el 24 de enero de 2012. Conforme a los artículos 71 y 72 de dicho Convenio, Venezuela dejó de ser parte del sistema CIADI el 24 de julio de 2012. Se han planteado diversas posiciones doctrinarias sobre la vigencia y potencial ultractividad del Convenio CIADI para Venezuela más allá del 24 de julio de 2012. La posición que nosotros consideramos correcta es que el Convenio CIADI deberá seguir siendo vinculante para Venezuela con respecto a TBIs que contemplen al CIADI en vía principal como único mecanismo arbitral, durante toda la vigencia temporal de tales TBIs⁴⁵. Para los demás casos, es decir, para TBIs que contemplen otros mecanismos arbitrales (incluyendo al CIADI como mecanismo complementario) en controversias o conflictos iniciados a partir del 25 de julio de 2012 (inclusive), el Convenio CIADI no será aplicable y el CIADI en vía principal no estará disponible para demandar a la República Bolivariana de Venezuela⁴⁶.

⁴⁵ Tal es el caso del Acuerdo sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República Bolivariana de Venezuela y la República Francesa suscrito en la ciudad de Caracas el día 02 de Julio de 2001.

⁴⁶ Sobre el tema de la denuncia y retiro del Convenio CIADI (no específico para el caso de Venezuela), pueden consultarse los trabajos de: Oscar Garibaldi, *On the Denunciation of the ICSID Convention, Consent to ICSID Jurisdiction, and the Limits of the Contract Analogy*; y Kevyan Rastegar, *Denouncing ICSID*. Ambos en: Binder, Christina et al, *International Investment Law for the 21st Century, Essays in Honour of Christoph Schreuer*. Nueva York, Oxford University Press, 2008.

9.1.2 CIADI como mecanismo complementario

El Consejo Administrativo del CIADI adoptó el Reglamento del Mecanismo Complementario autorizando al Secretariado del CIADI a administrar cierta categoría de procedimientos entre Estados y nacionales de otros Estados que están fuera del ámbito de aplicación del Convenio del CIADI. Se incluyen procedimientos de conciliación o arbitraje para el arreglo de diferencias relativas a inversiones que surjan entre partes, una de las cuales no sea un Estado contratante o un nacional de un Estado contratante. La disponibilidad del mecanismo complementario debe ser chequeada averiguando si el TBI fue registrado –aprobado por la Secretaría General de CIADI bajo el artículo 4 del Reglamento de Mecanismo Complementario y el artículo 3(1)(c) del Reglamento de Arbitraje del Mecanismo Complementario. Alternativamente, puede solicitarse una autorización para un acuerdo de arbitraje concreto, perfeccionado con la solicitud de arbitraje del inversionista demandante⁴⁷.

La fuente primaria que regula el procedimiento bajo el mecanismo complementario son reglas adoptadas por el CIADI para ese efecto, que no tienen rango de tratado. Al no tener ese rango, las reglas no prevalecen automáticamente sobre leyes formales del lugar del arbitraje. Las reglas son extensas, pues tratan de asuntos que, en otros supuestos, están regulados por el Convenio CIADI. En cuanto a procedimiento –en sentido estricto–, el mecanismo complementario funciona de manera bastante similar al arbitraje CIADI en vía principal. Al igual que éste, bajo el mecanismo complementario el Secretario General del CIADI debe analizar y registrar una solicitud de arbitraje antes de iniciar el procedimiento.

Un laudo arbitral dictado en CIADI bajo las reglas de mecanismo complementario está usualmente sujeto a ser ejecutado bajo la Convención de las Naciones Unidas sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras del 10 de junio de 1958 (conocida como la Convención de Nueva York)⁴⁸ si el Estado demandado y el

⁴⁷ Esos dos artículos no son claros en cuanto a si se refieren a una aprobación general para un BIT, es decir, a la oferta unilateral de arbitraje bajo el mecanismo complementario que un Estado pueda efectuar en un tratado, o a un acuerdo de arbitraje perfeccionado bilateralmente, una vez manifestado el consentimiento del inversionista al arbitraje. Para nosotros, ambas posibilidades son plausibles, pero la práctica del CIADI apunta, por ahora, a que la aprobación debe darse a un acuerdo de arbitraje concreto, una vez que el inversionista haya solicitado o consentido en el mecanismo complementario.

⁴⁸ *Cfr.* ley aprobatoria publicada en Gaceta Oficial Extraordinaria de la República de Venezuela número 4.832, del 29 de diciembre de 1994.

Estado donde se persigue la ejecución son partes de ésta; y no bajo el Convenio CIADI.

La Convención de Nueva York permite (aunque no lo dispone expresamente) que la solicitud de anulación de laudos se haga ante tribunales judiciales de la jurisdicción donde se dictó el laudo; y, a diferencia del Convenio CIADI, permite la defensa de orden público para negar la ejecución del laudo. La ejecución forzosa de un laudo siempre correspondería a un tribunal judicial, bien sea bajo el Convenio CIADI o bajo la Convención de Nueva York.

9.2 Otros arbitrajes institucionales

Existen otros centros de arbitraje que pueden administrar, de manera institucional y de conformidad con sus reglas, arbitrajes de inversión. Entre ellos se encuentran el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo⁴⁹, la Corte de Arbitraje Internacional de Londres⁵⁰, y la Cámara de Comercio Internacional⁵¹. De hecho, algunas de las modificaciones efectuadas al Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional que entraron en vigencia en 2012 tuvieron como objeto facilitar arbitrajes de inversiones⁵².

El acceso a arbitrajes institucionales de inversión, distintos al sistema CIADI, está sujeto a que el Estado haya consentido a ellos por escrito, bien sea en un tratado u otro instrumento como una ley o un contrato⁵³. Se trata de procedimientos administrados por centros que tienen estructura y prestigio, pero que manejan una importante cantidad de arbitrajes comerciales y no solo de inversiones.

En el arbitraje institucional de inversiones, las partes se someten a un procedimiento establecido por un centro de arbitraje, sin perjuicio de las modificaciones procedimentales que ellas puedan acordar; y en las referencias a la cláusula o convenio arbitral, o a cualquier otro acuerdo entre las partes, se suponen comprendidas todas las disposiciones del reglamento de arbitraje del centro al que las partes se hayan sometido.

⁴⁹ Véase: <http://www.sccinstitute.com>.

⁵⁰ Véase: <http://www.lcia.org>.

⁵¹ Véase: <http://www.iccwbo.org>.

⁵² *Cfr.*, por ejemplo: su artículo 13, que menciona expresamente a Estados como partes en el arbitraje.

⁵³ Irán Venezuela.

En estos casos, la revisión, reconocimiento y ejecución del laudo no se rigen por el Convenio CIADI, aun cuando el Estado parte de la controversia y el Estado del cual el inversionista es nacional sean ambos partes del Convenio CIADI. La ejecución del laudo estará usualmente sujeta a la Convención de Nueva York y la anulación a las leyes y tribunales judiciales del lugar del arbitraje⁵⁴.

9.3 Arbitraje libre o *ad-hoc*

El arbitraje libre o *ad-hoc* no está sometido a la administración de un centro de arbitraje. En el arbitraje de inversiones, los tratados bilaterales en algunas oportunidades establecen la opción de un arbitraje libre o *ad-hoc* bajo el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), mejor conocida por sus siglas en inglés: UNCITRAL⁵⁵. Se trata de un arbitraje bilateral, en que no existe un triángulo con un centro de arbitraje: los escritos y recaudos, por ejemplo, no se envían a un centro, sino a la contra-parte. No existe una institución que facilite el procedimiento de manera activa, ni la comunicación entre las partes.

El Reglamento de Arbitraje UNCITRAL tuvo su origen en 1976, por adopción de la Asamblea General de las Naciones Unidas, y su concepción inicial se enfocó en el arbitraje comercial internacional, luego adoptándosele para arbitrajes de inversión en muchos TBIs. Puede señalarse que el procedimiento bajo este Reglamento no es totalmente libre o *ad-hoc*, pues se prevé que la Corte Permanente de Arbitraje Internacional (con sede en La Haya) intervenga en el procedimiento, de ser necesario, nombrando a una autoridad designadora que, a su vez, soluciona trabas planteadas en asuntos como el nombramiento y recusación de árbitros.

El arbitraje de inversiones bajo el Reglamento UNCITRAL es bastante flexible y puede funcionar muy bien con acuerdos de las partes sobre el procedimiento. Sin embargo, en la práctica puede ser engorroso si el Estado demandado en arbitraje de inversiones se plantea la dilación como estrategia. En este sistema, la revisión, reconocimiento

⁵⁴ Puede consultarse, también la Convención de Panamá (Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1976). Cfr., ley aprobatoria publicada en Gaceta Oficial de la República de Venezuela número 33.170, del 22 de febrero de 1985.

⁵⁵ Este reglamento puede ser consultado en: <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-s.pdf> (septiembre de 2012).

y ejecución del laudo no se rigen por el Convenio CIADI, aun cuando el Estado parte de la controversia y el Estado del cual el inversionista sea nacional sean ambos partes del Convenio CIADI. Visto que el Reglamento de Arbitraje UNCITRAL no tiene rango de tratado, las leyes del lugar del arbitraje son aplicables en cuanto a la impugnación o anulación del laudo, tanto en causales como en procedimiento. Esas leyes usualmente someten el recurso de nulidad contra el laudo a tribunales judiciales del lugar del arbitraje.

10. Revisión, reconocimiento y ejecución de laudos

Los tratados internacionales han, sin duda, incorporado al arbitraje a la administración de justicia. Cuando se equipara, a efectos de ejecutividad, a un laudo con una sentencia, de modo que un juez no tenga que revisar los méritos o fondo del laudo, sino pasarlo a ejecutar como cualquier sentencia, se dejan atrás temas contractuales. La ejecución de un laudo de arbitraje de inversiones es igual o muy comparable a la de una sentencia judicial. Ello requiere entender y aceptar que el procedimiento de constitución de un laudo está y debe estar sujeto a requisitos de debido proceso y derecho a la defensa de las partes, muy distintos al caso de formación de contratos; es decir, a requisitos inherentes a procedimientos jurisdiccionales (aunque no judiciales).

La naturaleza jurisdiccional del arbitraje de inversiones es lo que permite que las materias arbitrables vayan más allá de derechos disponibles o transables, que el consentimiento de las partes tenga reglas particulares de formación e interpretación, y que los poderes y responsabilidad de los árbitros no deban ser analizados desde el punto de vista contractual. Los árbitros son verdaderos administradores de justicia y no simples sujetos contractuales. La conclusión sobre la naturaleza jurisdiccional, sin embargo, no debe llevar a la judicialización ni estatización del arbitraje de inversiones. El arbitraje es y debe seguir siendo intrínsecamente externo al Estado, a pesar de que concurra jurisdiccionalmente con el Poder Judicial. Así nació y así debe seguir operando el arbitraje de inversiones.

Con lo anterior presente, debe estacarse que el sistema de revisión o impugnación de laudos en arbitraje de inversiones puede ser interno (o autocontenido) como es el caso del sistema CIADI, o externo – usualmente sometido a las leyes y tribunales del lugar donde se celebró el arbitraje-, pero siempre con una característica común: la revisión o impugnación del laudo no es una segunda instancia o apelación para revisar el fondo o méritos del laudo.

El recurso de nulidad contra el laudo es siempre una revisión bastante objetiva del laudo, por razones limitadas si es que no excepcionales. Los motivos de nulidad del laudo no incluyen aspectos de forma. Las causales de nulidad del laudo se relacionan, básicamente, con la correcta constitución del tribunal arbitral, la ausencia de corrupción y el respeto del derecho a la defensa de las partes durante el arbitraje. Los laudos arbitrales no pueden ser revisados por errores de hecho ni de Derecho, salvo cuando haya en el laudo una ignorancia realmente manifiesta –flagrante o palmaria– del Derecho aplicable.

Los laudos arbitrales de inversiones son, con respecto al Estado demandando, laudos extranjeros. Por lo tanto, si la República Bolivariana de Venezuela es condenada y el laudo es confirmado o no anulado luego de interpuesto un recurso de nulidad, para Venezuela la única para evitar su ejecución sería oponerse a la misma como una excepción, por cuanto el reconocimiento del laudo es automático. Se aplica el principio *locus lex regit procesum* y el laudo solo es impugnabile mediante el recurso previsto en el derecho del lugar donde el laudo fue dictado o, en el sistema CIADI, bajo un especial mecanismo de anulación interno.

La ejecución forzosa de laudos de arbitrajes de inversión encuentra, sin embargo, un reto o traba significativa en la doctrina de inmunidad soberana de ejecución, cuando un Estado es condenado y no cumple el laudo voluntariamente. Es así, a pesar de que algunas convenciones internacionales como la Convención de Panamá (Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1976) y la Convención de Nueva York (Convención de las Naciones Unidas sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958) colocan a los laudos arbitrales en mejor situación que a las sentencias judiciales extranjeras, al no requerir aquéllos de un procedimiento de exequátur.

En general, el tribunal judicial con jurisdicción y competencia territorial sobre los bienes o activos que pretendan ejecutarse tenderá naturalmente a aplicar las leyes sustantivas propias de su territorio para determinar la embargabilidad o ejecutabilidad de los bienes o activos. Esa es la guía, además, en el caso del Convenio CIADI, que por mandato de su artículo 54.3 dispone que el laudo se ejecutará de acuerdo con las normas que, sobre ejecución de sentencias, estén en vigor en los territorios en que dicha ejecución se pretenda. Puede presentarse, así, un desdoblamiento o separación entre las normas que establecen la

existencia y validez de la responsabilidad, por una parte, y por la otra las normas relativas a la eficacia práctica (ejecutabilidad) de esa misma responsabilidad.

Siendo los tribunales judiciales los encargados de dirigir la ejecución forzosa de laudos arbitrales de inversión contra Estados y entes gubernamentales, debe destacarse que la confiabilidad de dichos tribunales judiciales del lugar de ejecución -en cuanto a la estabilidad y predictibilidad en la aproximación a las fuentes de Derecho, la institucionalidad en la separación de Poderes y la abstracción de asuntos políticos- es un elemento muy trascendental para la operatividad práctica de la inmunidad y ejecución de sentencias judiciales y laudos arbitrales sobre inversiones. A la hora de la verdad, será al hombre (el juez judicial) usando la ley, y no la ley sola, quien deberá ejecutar sentencias y laudos de arbitrajes de inversión.

Bibliografía

- Álvarez, Henri C., «La escogencia del lugar del arbitraje», en Revista Internacional de Arbitraje, nº 3. Bogotá, Editorial Legis, 2005.
- American Arbitration Association, Handbook on International Arbitration Pactice. Nueva York, JurisNet, 2010.
- Araque Benzo, Luis Alfredo, Manual de arbitraje comercial. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2011.
- Binder, Christina et al, International Investment Law for the 21st Century, Essays in Honour of Christoph Schreuer. Nueva York, Oxford University Press, 2008.
- Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA), Memoria arbitral. Caracas, Cedca, 2011.
- Díaz-Candia, Hernando. Non-recognition of Kompetenz-Kompetenz in Developing Countries - The Venezuelan Example. 24 J.Int. Arb.1. Journal of International Arbitration, vol. 24, nº 1. La Haya, Kluwer Law International, 2007, pp. 25-36.
- Escovar Alvarado, Ramón José, «Arbitraje en contratos de interés público de naturaleza comercial internacional», en Studia Iuris Civilis: Libro Homenaje a Gert F, Kummerow Aigster. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2004.

- Gaillard, Emmanuel, Teoría jurídica del arbitraje internacional. Asunción, Paraguay, CEDEP – Thomson Reuters, 2010.
- González de Cossío, Francisco, La naturaleza jurídica del arbitraje: un ejercicio de balance químico, México, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Grigera Naón, Horacio y Paul Mason, «Institutional and Ad-Hoc Arbitrations: The Role of the Applicable Rules». En: International Commercial Arbitration Practice: 21st Century Perspectives (looseleaf). Nueva York, LexisNexis, 2010. Pp. 1.1 - 1.11
- Guerra Hernández, Víctor Hugo, Orden público internacional, normas de aplicación necesaria y arbitraje de equidad, en Revista Electrónica del Comité de Arbitraje de Venamcham, número 4. Caracas, Venamcham, 2012.
- Guerrero Rocca, Gilberto Alejandro, «Breve resumen al tratamiento jurisprudencial de la Sala Constitucional Venezolana sobre arbitraje», en Revista de Derecho del Tribunal Supremo de Justicia n° 27, 2008, pp. 353-388.
- McLachlan, Shore & Weiniger, International Investment Arbitration: Substantive Principles. Nueva York, Oxford University Press, 2007.
- Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo, «El arbitraje», en Biblioteca para leer el Código Civil, volumen V. Lima, Perú, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1993.
- Poudret, Jean-Francois y Besson, Sébastien, Comparative Law of International Arbitration. Londres, Sweet and Maxwell Ltd., 2007.
- Rodner, James Otis, Introducción al arbitraje institucional, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial, Serie Eventos. Caracas, 1999.
- Rondón de Sansó, Hildegard, Aspectos Jurídicos Fundamentales del Arbitraje Internacional de Inversión. Caracas, ISBN 978-980-12-4673-2, 2010.
- Sasson Monique, Substantive Law in Investment Treaty Arbitration - The Unsettled Relationship between International Law and Municipal Law. La Haya, Kluwer Law International, 2010.

- Tosta, María Luisa, «Ius-naturalismo, positivismo y formalismo jurídicos en la doctrina venezolana», en *Separata de la Revista de Derecho de la Universidad Central de Venezuela*. Caracas, pp. 8-13.
- Von Mehren, George y Salomón, Claudia, «Submitting Evidence in an International Arbitration: The Common Lawyer's Guide», en *Journal of International Arbitration* 20(3). La Haya, 2003.
- Weininger, Bernardo et al, *El arbitraje internacional en América Latina*, capítulo nueve: «Venezuela». La Haya, Kluwer Law International, 2002.

Derechos laborales y justicia de género

*Magistrada Carmen Zuleta de Merchán**

Aun cuando decir “mujer” ya no significa cocinar, lavar ropa, limpiar la casa, coser ropa, cuidar a los niños, hacer mercado, esperar al marido, ver telenovelas... sino muy por el contrario, cuando hoy día en el debut del tercer milenio la humanidad asiste a un proceso de revalorización integral de la cultura de género impreso en las Constituciones y en los Tratados y Convenios de vigencia universal, resulta paradójico la violencia cotidiana contra las mujeres y niñas, la discriminación y la desigualdad de trato producto todavía de la persistencia de los valores de la sociedad patriarcal y de conductas sociales arcaicas fuertemente enraizadas en el ideario colectivo. Según encuestas realizadas periódicamente todavía las parejas de América, Europa y Asia en un 75% prefieren que el primer hijo es decir el primogénito sea un varón, y en segundo lugar una hembra. (Markle y Wait, 1979; Coombs y McCleads, 1975; Freedman y Coombs, 1974; Gray y Morrinson, 1974; Mc Donald, 1972).

Sin embargo, finalizado el siglo XX habría que reinventar la historia de las mujeres; repensar el hoy y el ahora para perfilar el mañana. Y empecemos por preguntarnos: ¿Hay razones para creer que la situación de las mujeres está cambiando? ¿Qué es lo que queremos las mujeres? ¿Parecernos más a los hombres o por el contrario vivir mejor poniendo de relieve nuestra especificidad? ¿Cuáles son las consecuencias de la libertad de las mujeres para la humanidad?

El siglo XX fue el siglo de la liberación de las mujeres, el siglo XXI será el siglo de su libertad (Hélé Béji, 2000). Liberadas de la vida “do-

* Magistrada de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia

méstica y despótica” como la llamó Aristóteles, las mujeres han logrado el reconocimiento del derecho de pensar entre iguales. Ha pasado más de un siglo desde la Declaración de Séneca Falls de 1848 cuando las mujeres sufragistas comenzaron a luchar por el derecho a participar y a ser incluidas en el ámbito público. Hoy la conciencia jurídica universal reconoce como un valor el equilibrio del poder entre hombres y mujeres, y hacia ello se siguen orientando los esfuerzos de los organismos como las Naciones Unidas; pero ahora como dice Gertrude Mongella (2000), embajadora de Tanzania para la Unidad Africana, “La mera participación es insuficiente, las mujeres tienen su propia agenda para el cambio y quieren actuar. No reemplazando a los hombres o usurpando responsabilidades; la última cosa que queremos para las mujeres es sobrecargarlas de responsabilidades. Las mujeres quieren que los padres jueguen un papel más importante en la crianza y educación de los hijos porque los padres son irremplazables. También las mujeres quieren un reparto más equitativo del poder económico y político; no quieren simplemente formar parte de las estructuras de gobierno sesgadas por el sexo masculino; existe la necesidad de que el sistema sea más equitativo desde dentro porque las mujeres tienen ideas alternativas de administración y de gobierno. Finalmente, las mujeres tienen un mayor compromiso con la paz de la humanidad y con la solidaridad de los pueblos.

Muchos apuestan por sociedades menos violentas, competitivas y agresivas con mujeres involucradas en el orden político. Aun cuando haya habido experiencias recientes demasiado conocidas de la primera generación de mujeres dirigentes de grandes naciones que gobernaron con autoritarismo y mano férrea: Margaret Thatcher o Indira Gandhi. De ello dice Gertrude Mongella:

Por desgracia, a veces las que estuvieron a la vanguardia tuvieron que actuar como hombres para ganarse la aceptación en una comunidad política predominantemente masculina. La próxima generación, por fortuna, no tendrá que ceder de ese modo en su identidad de género...

Traspasar el umbral doméstico y gozar de la libertad de trascender una situación de casi inexistencia de derechos, amerita para las mujeres desplegar una versatilidad inédita históricamente. Existe una brecha de tiempo entre el mundo de la mujer tradicional y el de la mujer moderna, en la mujer contemporánea coexisten dos historias y dos visiones: su yo doméstico y su yo político; en síntesis, la representación de su sexo y su

mente. Esta cohabitación configura la dificultad más importante para las mujeres del nuevo siglo.

La mujer, incluso la más arcaica, siempre ha estado en contacto con el mundo, pero de un modo menos vistoso. Nunca fue pasiva. Nuestra experiencia de la modernidad sería un fracaso si no comprendiéramos esto... A lo largo de los siglos, la mujer tradicional ha logrado preservar la imagen espiritual del hogar. Así, el mundo siguió vivo porque el arte de la vida cotidiana no es solo doméstico, también es estratégico. El hogar fue siempre el gran territorio político de la mujer, pero los prejuicios de la vida moderna nos impiden ver que la mujer jamás ha abandonado las riendas de la historia... El hombre desacredita lo cotidiano, mientras que la mujer lo magnifica. Estos conceptos alteran la idea recibida según la cual la mujer no piensa en el pasado. Es la vanidad de la mujer moderna la que le hace creer que ella empezó a pensar por sí misma. En verdad, la mujer nunca ha dejado de pensar. En el pasado su pensamiento no actuaba en el exterior sino en el interior. Los esfuerzos de la mujer del siglo XXI se deberían probablemente dirigir hacia una mayor humanización del tiempo”.

La revolución de las mujeres no tiene vuelta atrás. Las mujeres son las abanderadas de la modernización, nos dice Nilüfer Gölen, socióloga turca de la Universidad de Estambul (2000). “Aunque para algunos, la politización de las mujeres es un fenómeno paradójico y molesto, también es un fenómeno dinámico, por no decir subversivo. Las mujeres están en el centro del debate sobre el choque de culturas y la mezcla racial. Si las mujeres se convierten en el símbolo y custodia de la moralidad de la comunidad, estaríamos avanzando hacia el totalitarismo. Si por el contrario, se convierten en agentes de la mezcla racial y símbolo de la diversidad, las sociedades se dirigirían a la democracia. Lo público y lo privado, la globalización y la tribalización, el totalitarismo y la democracia son temas que ya no podemos comprender si no situamos a las mujeres en el centro del debate”.

Pero el devenir no está exento para las mujeres de una problemática inusitada que la sociedad tendrá que enfrentar con ética. Nicole Morgan (2000), profesora en la Universidad McGill de Montreal comenta: “En este momento, cuando todas nuestras estructuras de predicción se encuentran en proceso de colapso, nuestro conocimiento histórico, económico y antropológico parece obsoleto. Estamos en el comienzo de una era en la que todas las reglas del juego de poder entre mujeres y hombres

se han trastocado. Me parece que la mujer va a tener que negociar su supervivencia como nunca lo había hecho antes”.

La caída de la tasa de natalidad que hemos celebrado como una evolución positiva tiene un elevado costo para las mujeres puesto que supone la pérdida de un activo fundamental en la negociación con los hombres. Lo que nos queda es la juventud y la sexualidad núbil, y de ahí la histeria colectiva con respecto a los ideales de belleza femenina de delgadez y juventud que ha invadido la sociedad post-modernista y que difunden los mensajes publicitarios, la industria del cine, y la organización de concursos de belleza. La mujer que envejece no tiene valor alguno contrariamente a lo que ocurría en otra época cuando la mujer adquiría valor con la edad. En otro aspecto, la contaminación química e industrial ha modificado los órganos y el comportamiento sexual desde los ratones hasta los humanos pasando por todas las especies. Parece que los dos sexos no tienen mucho que decirse mutuamente; sin embargo, ha sido el diálogo y la cohabitación lo que ha enriquecido a la humanidad a través de los tiempos. Por eso es inquietante que el 30% de los habitantes del continente norteamericano prefieran vivir solos, en una tendencia progresiva.

El envejecimiento de la población incumbe más a las mujeres que tienen una longevidad mayor que el hombre. Las mujeres constituyen la mayor población de los asilos; allí las ancianas como las lobas están ya completamente abandonadas. Las circunstancias económicas se encargarán de hacer la selección: las mujeres por primera vez en la historia tendrán que pactar para sobrevivir y nadie sabe cómo ni cuáles serán las consecuencias. Cualquier previsión sería muy osada. “En realidad, conocemos mejor al hombre prehistórico que a la humanidad del siglo XXI, en la que los hombres y mujeres corren el riesgo de abandonar la reproducción sexual y los hijos. Pero esta ignorancia no debería causarnos desesperanza –concluye Nicole Morgan–. En primer lugar las mujeres tienen una gran ventaja: nuestro cerebro envejece con menor rapidez que el de los hombres, puesto que nuestra proporción de pérdida de masa cerebral es inferior. Nosotras encarnamos como siempre hemos encarnado, la perseverancia y la vida.

¿Cambiaremos el planeta en el siglo XXI? Será mejor si como de costumbre, lo limpiamos e intentamos preservarlo”.

Así piensan, hablan y quieren actuar las mujeres contemporáneas.

II

Durante los últimos veinte años el nivel de participación de la mujer en la fuerza de trabajo ha estado en aumento. Sin embargo, hay notables diferencias en lo que respecta a América Latina donde se destaca que la tasa de participación de la población activa es de apenas 30% frente a la tasa de 45% que muestran los países europeos.

En Venezuela, para el primer semestre del año 2011 la población activa de mujeres es de 5.164.382 y la tasa de ocupación alcanza el 49.9% mientras que para los hombres la población activa alcanza 7.998.251 y la tasa de ocupación de 78.3%.

Además de una desigualdad evidente en la participación laboral de mujeres y hombres, las encuestas manifiestan también una desigual remuneración y un descenso de la calidad de empleo que desfavorece a las mujeres.

Para el año 2001 La distribución del empleo femenino es la siguiente: sector formal 1.616.054; y sector informal que comprende servicio doméstico y trabajo por cuenta propia no profesional ocupa 1.118.932 mujeres.

Para el año 2011, la población inactiva de mujeres la constituyen los rubros amas de casa que son 3.048.520; estudiantes, 1.454.401 y las mujeres incapacitadas para trabajar, 117.621 mujeres.

El sector indígena para el año 2001, comprende 56.089 mujeres de las cuales están empleadas 3.189 en los sectores ayudantes familiares y sectores remunerados. Pero hay 50.379 mujeres indígenas fuera de la fuerza de trabajo.

Esta distribución revela una desigualdad de oportunidad y condiciones de vida en la población femenina venezolana, en la que merecen atención aparte las mujeres indígenas, sobre las que pesan siglos de una doble discriminación, la de ser indígenas y ser mujeres. Han sufrido las mujeres indígenas el desalojo de sus tierras ancestrales y la exclusión de los ámbitos políticos, sociales y económicos. Aunque producto de las activas campañas del movimiento indígena internacional, las mujeres indígenas se han organizado para exigir representación política que han logrado con creces en Venezuela, y para exigir que se reconozcan sus culturas tribales; sin embargo, la participación en la base de las mujeres indígenas sigue siendo muy deficiente. En el Foro de Mujeres Indígenas de Ecuador celebrado en septiembre de 1994 se señaló que el proceso de limitación

de la mujer indígena dentro de sus comunidades comenzó con la colonización que significó la pérdida de las tierras ancestrales, la introducción de un idioma sin sentido de la poesía y de una estructura política administrativa irracional que no toma en cuenta las leyes de la naturaleza, y la imposición violenta de una religión judeo-cristiana en la cual la mujer es sinónimo de pecado, porque su sexualidad era considerada como algo “sucio, vergonzoso y desvalorizante” en las palabras que usó el Papa Inocencio III para anatematizar a la mujer.

Otrora las mujeres indígenas desempeñaron un papel importante en su comunidad, a la par de los hombres formaban parte en los procesos de adopción de decisiones que afectaban al grupo. A las mujeres se les escuchaba, se les consultaba y se les respetaba. La introducción de valores foráneos destruyó este equilibrio social de la comunidad indígena; y ello tuvo consecuencias negativas para la relación entre hombres y mujeres, así como para el papel de las mujeres dentro de sus comunidades, entonces las mujeres fueron relegadas a un segundo plano y se quebró la complementariedad tradicional de las funciones de los hombres y las mujeres. Las mujeres indígenas en su vida cotidiana y en el marco de sus familias y comunidades encaran las dificultades que se derivan de la carencia de los servicios básicos, de una educación deficiente o inexistente; en otras palabras, han sido víctimas de la pauperización de la cultura indígena.

Los sistemas educativos impuestos a las comunidades indígenas no dieron importancia a los valores tradicionales y culturales de esas poblaciones, tampoco reconocieron sus lenguas y dialectos originarios, antes bien, igual que las empresas evangelizadoras en la colonia el sistema educativo ponía el acento en la integración de los grupos indígenas al molde nacional. Con frecuencia los niños indígenas no pueden adaptarse fácilmente a esas exigencias y por ello en las comunidades indígenas hay altas tasas de analfabetismo y escasa preparación profesional. Este círculo victimiza a las mayorías de las mujeres indígenas quienes no pueden esperar sino bajo salario en caso de que encuentren empleo. En consecuencia, a las mujeres indígenas les resulta muy difícil escapar de este ciclo de extrema pobreza, explotación y empleo mal pagado. A esto se suma el hecho de que muchos hombres de las comunidades indígenas emigran hacia las zonas urbanas en busca de trabajo lo que trae en consecuencia que las mujeres tienen que asumir mayores responsabilidades. La pobreza y la falta de oportunidades de empleo que afectan las comunidades indígenas dan lugar al alcoholismo, al uso indebido de drogas, a la violencia doméstica y a la prostitución. Otra esfera de inquietud para las mujeres

indígenas es el limitado acceso a la atención de salud para ellas y para los hijos. La mortalidad infantil es alta en las poblaciones indígenas como consecuencia de las infecciones respiratorias, intestinales o desnutrición que son enfermedades fácilmente curables de no ser por la ausencia de las instalaciones y servicios médicos adecuados que se explica por la lejanía de las comunidades indígenas y hasta por la renuncia de algunos grupos indígenas a utilizar los centros de salud disponibles.

Recientemente impulsados por los organismos internacionales, los Estados se han visto en la obligación de variar sus políticas hacia la población indígena y han puesto énfasis en invertir en la mujer indígena, dar prioridad a su educación y a su capacitación, ya que se sabe que en última instancia ello redundará en beneficio de todos los miembros de la comunidad. El eje de esta política es la mujer indígena pues son ellas las que conservan y transmiten su rica y diversificada cultura.

III

Por otra parte, y para evidenciar más aún esta desigualdad de oportunidades y condiciones de vida en la población activa de las mujeres venezolanas, tenemos que señalar el tratamiento legislativo desigual que ampara los diferentes sectores donde se desempeñan las mujeres; a pesar de que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela dispone, en el Capítulo V artículos 75 al 97, el umbral mínimo de derechos que ampara a las mujeres en su condición de madres y trabajadoras.

No obstante, en Venezuela, igual que en el resto de los países, y muy a pesar de los derechos reconocidos de igualdad y equidad de género: 1) las mujeres seguimos asumiendo la doble carga de las obligaciones familiares y profesionales; 2) los salarios de las mujeres sigue siendo más bajos que los salarios de los hombres; 3) las mujeres seguimos siendo una minoría en los puestos directivos y de toma de decisiones, incluso en los órganos públicos de elección popular; 4) en general, las oportunidades de la mujer quedan limitadas a una franja estrecha de los denominados “empleos femeninos” (trabajo de oficina, servicios, venta, ejercicio profesional liberal a nivel medio) actividades éstas que en general reciben un salario inferior y son menos valoradas socialmente que los empleos tradicionalmente masculinos. Estas tendencias persisten a pesar de los progresos habidos en el acceso a la educación y a la formación profesional, las mujeres que ingresan al mercado de trabajo están igual y hasta mejor preparadas que los hombres; sin embargo, las mujeres son más vulnerables frente a los efectos negativos de las crisis económicas que implican

re-estructuración de empresas y recesión económica. Por ello se ha llegado a pensar que como la situación de las mujeres pobres es distinta a la de otras mujeres e inclusive a la de los hombres pobres no son suficientes las medidas que se adopten para corregir la igualdad entre los sexos sino que es necesario introducir medidas complementarias que impliquen actividades adaptadas a las condiciones específicas de las mujeres pobres y que se basen en sus estrategias de supervivencia. Este enfoque tiene en cuenta el vínculo evidente que existe entre el mejoramiento de la calidad de vida de la mujer y la calidad de vida de los niños. Esta ha sido la visión que ha imperado en la política estatal implementada por el gobierno bolivariano de Venezuela y que se ha manifestado en las Misiones Madres del Barrio, Niño Jesús y la recientemente Hijas de la Patria.

Ciertamente las medidas encaminadas a combatir la pobreza resultan ineficaces si se considera a las mujeres pobres como beneficiarias pasivas de un sistema de seguridad social, al que se incluyen como cónyuges, concubinas, madres e hijas. Los sistemas de seguridad social tradicionales resultan ya anacrónicos porque se basan en la idea de que el hombre es el sustento del hogar y de que la mujer también está cargo del hombre; para lograr mejores resultados es importante incluir a la mujer como sujeto de la actividad económica. Esta transformación de la mujer como sujeto productivo requiere reformas profundas y políticas que habrán a la mujer el acceso al crédito, a la tecnología, a la tierra, a los medios de explotación; así como medidas financieras que favorezcan el trabajo independiente de la mujer y programas de formación que las hagan competitivas en el mercado de trabajo.

El incremento de mujeres en el sector informal de la economía hace que cada vez sea mayor el número de mujeres no protegidas por la legislación del trabajo y que no gozan ni siquiera de las condiciones mínimas de la seguridad social, por ello las mujeres que ingresan y permanecen como asalariadas en el sector formal resultan privilegiadas respecto a los demás segmentos de mujeres; y aun en este sector las mujeres aceptan resignadas empleos precarios y ni siquiera exigen el respeto de sus derechos por temor a perder sus empleos.

Ante esta situación se requiere incrementar la productividad de la mujer en el trabajo a domicilio y agrícola que es donde permanecen las mujeres pobres. Una forma eficaz de mejorar la situación de las mujeres pobres en el sector rural y en el sector urbano informal es alentando su organización y constitución de grupos, ya que actuar organizadamente

tiene para las mujeres numerosas ventajas y permite movilizar recursos humanos, financieros y materiales, racionalizar su actividad productiva, disminuir riesgos y costos relacionados con el crédito, fomentar la confianza del grupo y adquirir una mayor autonomía, manteniéndose al mismo tiempo las mujeres unidas y capaces de determinar por sí mismas necesidades y prioridades y comenzar las transformaciones que permitan mejorar su condición social y económica.

IV

En momentos en los que en Venezuela se discute una reforma de la Ley Orgánica del Trabajo conviene tener en cuenta la normativa internacional respecto de la mujer trabajadora, la cual puede clasificarse en tres fases. En la primera fase se hace énfasis en la protección de las mujeres frente a las condiciones de trabajo mal sanas o penosas, para resguardar a la mujer en su función reproductora (embarazo, parto y lactancia); y también para asegurarle condiciones de trabajo que les permitiere ser frente a las responsabilidades familiares, esta primera esta reflejó la imagen de una debilidad relativa de las mujeres, y la noción de que las responsabilidades familiares eran su tarea exclusiva, de esta época data el Convenio N° 3, de protección a la maternidad (1919); y el Convenio N° 4, de prohibición de trabajo nocturno para las mujeres (1919); el Convenio N° 110 y el Convenio N° 102. La segunda fase se inicia en los pasados años cincuenta con una nueva orientación, la búsqueda de la igualdad de oportunidades y trato para las mujeres y la eliminación de las discriminaciones existentes en las legislaciones. En esta fase se hace énfasis en la promoción del empleo de mujeres y en el fomento de la igualdad entre hombres y mujeres a partir del principio de la no discriminación y que son el contenido del Convenio N° 100, igualdad de remuneración (1951), el Convenio N° 111, discriminación, empleo y ocupación (1958). La tercera fase se inicia a medida de la década del setenta con la adopción por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1979 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. El propósito de esta fase es remover los obstáculos que impiden alcanzar una igualdad efectiva y no sólo formal. En esta fase la actividad normativa se encuentra dirigida a la promoción de la equidad de género basada en la concepción de que la mejoría de la situación de las mujeres en el mundo del trabajo y en las sociedad depende del cambio que se venga a producir en la situación de los hombres y en las relaciones entre hombres y mujeres. En este sentido, las prohibiciones del trabajo peligro-

so e insalubre que protegían a la mujer trabajadora se hicieron extensivas a los hombres a quienes también se les protegió en su función reproductora. En este contexto, comienza a expresarse en las normas internacionales el tema de las responsabilidades familiares. Se busca evitar conflictos entre las responsabilidades familiares y el trabajo, surge el Convenio N° 123, que se refiere a la protección y no discriminación de la mujer con responsabilidades familiares. Este Convenio es revisado en 1981 porque se llega a la conclusión de que se estaba fortaleciendo y consolidando la idea de que las responsabilidades familiares era una función exclusiva de las mujeres. En este sentido, la norma no respondía a los cambios que estaban ocurriendo en la sociedad y en el mundo del trabajo, en particular con la entrada masiva de las mujeres a la fuerza de trabajo, y tampoco correspondía a una demanda que empezaba a surgir y a crecer entre los hombres, como era participar más en la crianza y en el cuidado de los hijos. Se aprueba el Convenio N° 156, de trabajadores con responsabilidades familiares (1981), el principio de este Convenio es la instauración de igualdad efectiva de oportunidades y de trato con respecto a trabajadores de uno y otro sexo que tengan responsabilidades familiares.

A pesar de su importancia, el Convenio N° 156 ha sido ratificado hasta ahora por sólo 29 países, entre los cuales hay 8 países Latinoamericanos: Argentina, Belice, Bolivia, Chile, Guatemala, Perú, Uruguay y Venezuela. Sin embargo, el Convenio N° 156 ha dado origen a una serie de medidas concretas que vienen a reforzar en las legislaciones nacionales el espíritu del Convenio, estas medidas son: 1) reducción progresiva de las jornadas de trabajo y de las horas extraordinarias para trabajadores de ambos sexos; 2) introducción de mayor flexibilidad en la organización de los horarios de trabajo, de los periodos de descanso y las vacaciones para trabajadores de ambos sexos; 3) el establecimiento de condiciones equivalentes de empleo a trabajadores a tiempo parcial, temporeros y a domicilio; 4) creación de servicios adecuados de asistencia y cuidado infantil; 5) ampliación a los padres de derechos como salas cuna, fuero paternal y licencia para el cuidado de hijos enfermos, derechos contemplados anteriormente sólo para las mujeres; 6) permisos parentales de varios tipos, entre ellos los permisos postnatales compartidos para hombres y mujeres.

De este modo, el principio de igualdad y no discriminación que en origen favoreció a las mujeres se ha incorporado con un sentido progresista para mejorar la calidad de vida de hombres y mujeres en general esto refuerza la idea de que las políticas femeninas son un factor de progreso seguro para toda la sociedad.

Generalidades sobre la perención de la instancia

*Sacha Rohán Fernández Cabrera**

Sumario:

- 1.- Generalidades de la perención de la instancia: 1.1- Concepto - 1.2- Origen - 1.3- Evolución de la perención en Venezuela desde 1904 1.4- Naturaleza - 1.5- Finalidad - 1.6- Objetivo - 1.7- Efectos
- 2.- De la instancia y de la perención: 2.1- Inactividad de las partes - 2.2- Inactividad del juez
 - A. La perención en el contencioso administrativo
 - B. Excepciones a la procedencia de la perención de la causa cuando se encuentra en estado de dictar sentencia
 - C. El avocamiento y la perención
 - D. La perención en el ámbito laboral
 - E. Procesos en los que no procede la perención
- 3.- Los derechos e intereses colectivos o difusos y la perención de la instancia
- 4.- Los derechos humanos, derechos constitucionales y la perención

* Universidad Central de Venezuela, *Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Escuela de Derecho*, abogado (14/366). Especializaciones en Derecho Procesal y Derecho Internacional Económico y de la Integración; Ex Auxiliar de Investigación Docente, Ex Profesor contratado de Derecho Administrativo (pregrado); Ex Profesor en la Especialización de Derechos Humanos (postgrado). Universidad Alejandro de Humboldt, *Facultad de Ciencias Económica y Sociales*, Ex Profesor de Sistemas de Cobros y Pagos Internacionales. Instituto Venezolano de Derecho Procesal, Miembro y Bibliotecario Suplente. Autor de diversos estudios en revistas

5.- Consideraciones generales respecto a la perención de la instancia

6.- Suspensión de la prescripción a pesar de la existencia de la perención

Conclusiones

1.- Generalidades de la perención de la instancia

1.1- Concepto

Este término proviene del verbo latino *Perio-Perire* y de la palabra latina *peremptio-onis*, que significa extinguir, anular, cancelar y su significante equivale a la extinción del proceso judicial, es la prescripción que anula el proceso tras el transcurso de un cierto tiempo sin gestión o actividad de cualquiera de las partes, contado a partir del último acto realizado en el proceso, por lo que es la caducidad de la instancia¹.

Por lo tanto, no es ilógico decir que la perención del proceso puede llegar a constituir un modo de extinción de las obligaciones y de las acciones, diferente de los otros establecidos por el Código Civil².

1.2- Origen

Se dice que los orígenes de esta institución se remonta al derecho antijustiniano (527 D.C.), otros consideran que provienen de la célebre Constitución "*Lex Properandum*" del año 530 de Justiniano, y por último, se considera que esta acción perentoria nació en el antiguo derecho francés y que tenían como práctica y costumbre los hombres de negocios de Marsella. Así en Roma se entendía a la perención como el

especializadas. Conferencista en diferentes eventos. Tribunal Supremo de Justicia, Abogado Auxiliar I. Abreviaturas utilizadas: Art.(s): Artículo (s); CRBV: Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; LERDFPCMTSJ: Ley Especial para la Ratificación o Designación de los Funcionarios y Funcionarias del Poder Ciudadano y Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia; LOPC: Ley Orgánica del Poder Ciudadano; N°.: Número; TSJ: Tribunal Supremo de Justicia. Correo electrónico: sfernandez_edu@yahoo.com.

¹ Concepto tomado de Silva, Andrea. *La imposibilidad de ejecución*. Consultado el 24/03/2006. <http://www.monografias.com/trabajos14/obligaciones/obligaciones2.shtml>, y de la página de la red de la Real Academia Española en <http://www.rae.es>. Por otro lado, Ríos M., Desirée. *La perención de la instancia. Especial énfasis en el contencioso administrativo*. Editorial Sherwood. Revista de Derecho Administrativo. N° 12. Mayo-Agosto 2001, pág. 229, señala que proviene del latín *perimere* o *perentium*, que significa extinguir, tomando como fuente a Manuel de Osorio, *Diccionario de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires Argentina, 1981, pág. 97.

² En este sentido se puede ver lo establecido en el Art. 1.972 numeral 1 del CC, sobre el cual hablaremos más adelante.

límite de tiempo impuesto al juez para decidir la *litis*, incluso la "*Lex Properandum*" dispuso, que todas las litis, salvo las fiscales, no debían durar más de 3 años para su decisión³.

No obstante, luego de la caída del Imperio Romano, durante el derecho intermedio, se abandonó el carácter publicista y político social que tenía, para entenderse como una caducidad impuesta como sanción a la negligencia de las partes, siendo dicho carácter acentuado definitivamente en el derecho francés.

1.3- Evolución de la perención en Venezuela desde 1904

Estimamos necesario, como punto previo, hacer referencia al carácter de la perención en los Códigos de Procedimiento Civil de los años 1904, 1916 y 1987, que como antecedentes históricos tienen un valor referencial importante y ayudan al entendimiento pleno de esta institución y a la verdadera intención del legislador de 1987 cuando la estatuyó y reguló, así como su consagración por éste en los otros cuerpos normativos que la consagran, sobre todo porque en su evolución jurisprudencial ha provocado importantes cambios en el ordenamiento jurídico venezolano.

En efecto, el artículo 212 del Código de Procedimiento Civil (CPC) de 1904, establecía que:

Toda instancia se extingue por el transcurso de cuatro años sin haberse ejecutado durante ellos ningún acto de procedimiento, por motivos imputables a las partes.

Posteriormente esta norma fue sustituida por el artículo 201 del CPC de 1916, que es el antecedente histórico inmediato del actual, y que reguló la perención que en el código procesal civil vigente⁴. Así este artículo, establecía que la instancia se extinguía por el transcurso de tres (3) años sin haberse ejecutado durante ellos ningún acto de procedimiento; al igual que en su artículo 203 disponía que la perención aún cuando se verificaba de derecho, era posible renunciar a ella.

³ Tomado de Silva, Andrea. *La imposibilidad de ejecución*. Consultado el 24/03/2006. <http://www.monografias.com/trabajos14/obligaciones/obligaciones2.shtml>, así como también Rengel-Romberg, Aristides. *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano*. Tomo II, Teoría General del Proceso. Editorial Arte. Caracas, 1995. pp. 370 a 372.

⁴ Para Andrea Silva, *Op. Cit.*, el CPC de 1916 reguló mejor la perención que el CPC actual.

Aquellos artículos 201 y 203, se expresaban en los términos siguientes:

Artículo 201: *Toda instancia se extingue por el transcurso de tres años sin haberse ejecutado durante ellos ningún acto de procedimiento.*

Artículo 203: *La perención se verifica de derecho y cuando se quiera continuar la instancia, quien pretenda aprovecharse de la perención debe proponerla expresamente antes que cualquier otro medio de defensa, entendiéndose que la ha renunciado si no lo hiciera así.*

Luego surgió el artículo 86 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (LOCSJ) de 1976, que estableció:

Salvo lo previsto en leyes especiales, la instancia se extingue de pleno derecho en las causas que hayan estado paralizadas por más de un año. Dicho término empezará a contarse a partir de la fecha en que se haya efectuado el último acto de procedimiento. Transcurrido el lapso aquí señalado, la Corte, sin más trámites, declarará consumada la perención de oficio o a instancia de parte. Lo previsto en este artículo no es aplicable en los procedimientos penales.

De las normas transcritas se concluye que la perención de la instancia se consuma por el transcurso de los plazos en ellas previstos, sin que se hubiese realizado ningún acto en el procedimiento. Incluso, de la reforma del Código de Procedimiento Civil de 1916 y con la LOCSJ que entró en vigencia en 1976, no se incorporó el requisito de que la paralización de la causa se debiera a motivos imputables a las partes como lo señalaba el CPC de 1904, por lo que al no exigirse expresamente esta condición subjetiva, surgieron interpretaciones contrarias de dichas normas.

De esta forma, la Sala de Casación Civil de la otrora Corte Suprema de Justicia, sostenía que el legislador acogió un sistema objetivo, de conformidad con el cual la perención se producía por abandono de las partes, así como por inactividad del órgano jurisdiccional, que podía ser declarado incluso de oficio, lo que resultaba acorde con lo dispuesto en el único aparte del artículo 432 del referido CPC de 1916, de conformidad con el cual⁵:

⁵ En este sentido se pronunció, entre otras, en sentencias de la Sala de Casación Civil (SCC) de la Corte Suprema de Justicia (CSJ) las de fechas 03/08/1928, 06/12/1973, 31/05/1979, 12/05/1986, mencionadas por Rengel-Romberg, Aristides, *Op. Cit.*, pp. 374 a 375.

También declarará la Corte perecido el recurso si transcurrieren dos años sin que las partes o sus representantes gestionen el asunto, los cuales se contarán desde la fecha de la última actuación.

Sin embargo, aunque efectivamente ya la perención no depende de la voluntad de las partes, abandonando el criterio subjetivo, esta opera independientemente de que sea imputable o no a las partes, bastando el transcurso del tiempo, pero la Sala de Casación Civil incurrió en un error al hacer extensivo el requisito de inactividad respecto de las partes al órgano judicial que tiene la obligación constitucional y legal de dictar sentencia. Por ello, sí importa a quién se debe imputar la inactividad, ya que opera respecto a las partes omisas independientemente de que éstas sean culpables o no de la paralización, ante su falta de gestión procesal. En opinión de Rengel-Romberg, la Sala de Casación Civil incurrió en un error de interpretación en lo que significa “falta de gestión del asunto”, y que tiene que ver con los actos procesales que determinan la actividad de la causa, y que impone cargas procesales que se deben cumplir oportunamente y dentro de los plazos estipulados⁶.

Asimismo establecía este criterio para la perención del recurso de casación y del recurso de hecho⁷, siguiendo los lineamientos de la perención en la instancia, pero estaba prevista de forma especial y revestida de condiciones particulares, como lo era que tenía: 1) un plazo menor y 2) la circunstancia de que no podía ser renunciada por voluntad de las partes.

El recurrente de hecho tenía la carga de consignar oportunamente ante la Sala los recaudos necesarios para decidir el recurso de hecho. Por su parte, el recurrente en casación tenía la carga de consignar el papel sellado y el porte de correo, so pena de que fuese declarado perecido, de conformidad con lo previsto en el artículo 426 del CPC derogado.

⁶ Rengel-Romberg, Aristides, *Op. Cit.*, pp. 374 a 375.

⁷ Este recurso de hecho se proponía ante la Corte Federal y de Casación, por disposición del Art. 427 del CPC derogado. En este sentido, en decisión de la SCC de la antigua CSJ de fecha 18/04/1985, caso Antonia Hernández de Gorrín contra Invertidora Nacional C.A, dejó sentado que el Art. 432 del Código de Procedimiento Civil derogado, “... debe ser aplicado al recurso de hecho, porque éste viene a formar parte del recurso de casación, ya que es el medio que utiliza la parte interesada para que este Alto Tribunal –quien es el que en definitiva decide acerca de la admisión del recurso de casación anunciado, y negado por el Tribunal de instancia- se pronuncie al respecto y, como lo ha establecido la doctrina de esta Corte, en el recurso de hecho debe producirse el perecimiento...”.

En contraposición con este criterio, la Sala Político Administrativa de la antigua CSJ dejaba sentado en sus fallos que la perención no operaba después de vista la causa por inactividad del órgano jurisdiccional ni de las partes⁸.

Ahora bien, la referida dualidad de criterios sostenidos por la Sala de Casación Civil y la Sala Político Administrativa de la entonces CSJ, respecto de la perención por inactividad del órgano jurisdiccional, encontró solución en el artículo 267 del CPC actual, que incorpora importantes cambios respecto de la perención como los son: 1) el que se precisa que la perención se interrumpe por un acto de procedimiento de parte; 2) el que se crea una serie de perenciones breves; y 3) el que se dispone que después de vista la causa no opera la perención⁹.

Respecto a la tercera novedad, la norma citada hace referencia de forma impropia a un acto procesal que fue eliminado en esa reforma, como lo es la “vista de la causa”. No obstante, ese error se debe interpretar en el sentido de que en espera de la decisión de mérito no opera la perención¹⁰. Así de forma expresa con la reforma fue eliminado el perecimiento del recurso de casación por el transcurso del tiempo, sin actividad de la Sala y sin impulso procesal de parte, en un todo acorde con la intención de establecer que la perención no opera por inactividad del órgano jurisdiccional ni de los demás actores¹¹.

⁸ Esto se refleja en decisiones de la Sala Político Administrativa (SPA) de fechas 30/07/1972 y 15/05/1978, siendo que los informes eran la última actuación de las partes según los Art.(s) 94 y 96 de la derogada LOCSJ.

⁹ De conformidad con lo previsto en el Art. 515, del Título III, Capítulo I del CPC.

¹⁰ Tal cual como lo había establecido previamente la SPA en sus decisiones señaladas anteriormente, en las que señala que tampoco procede en cualquier incidencia del proceso.

¹¹ Incluso este criterio de la no perención cuando existe la obligación del juez llegó allende de la sentencia de fondo definitiva incluyendo cualquier tipo de decisión que tuviese que dictar el juez como las sentencias interlocutorias, los pronunciamientos relativos a las cuestiones previas, entre otras; un ejemplo de ello es la decisión de la SCC del TSJ N° 217, exp. N° 00-535, de fecha 02/08/2001, en la que estableció:

“...el Juzgado Superior estimó que el lapso de un año establecido en el artículo 267 del Código de Procedimiento Civil para que se consume la perención de la instancia, corre aun cuando la causa esté en espera de la decisión relativa a las cuestiones previas.

En criterio de la Sala, tal pronunciamiento es manifiestamente erróneo y contrario a derecho, pues el artículo 267 del Código de Procedimiento Civil es tajante al indicar, que la inactividad del Juez después de vista la causa, no producirá la perención.

Considera la Sala que el verdadero espíritu, propósito y razón de la institución procesal de la perención, es sancionar la inactividad de las partes con la extinción de la instancia; pero para ello es preciso que el impulso del proceso dependa de ellas, pues si es el caso que la causa se

No obstante, cuando se espera la decisión (de mérito, de una incidencia o del recurso de casación), puede surgir excepcionalmente una carga para las partes, que de incumplir en los lapsos previstos en la ley constituye un abandono de la instancia, produciendo como consecuencia la extinción del proceso, como ocurre con el supuesto del artículo 267.3¹².

La jurisprudencia de la Sala de Casación Civil, de la Sala Político Administrativa y de la Sala Constitucional¹³, han señalado que no todo acto de procedimiento de parte impide la consumación de la perención, sino sólo aquél que contenga implícita la intención de impulsar el proceso, por lo que la solicitud de copias certificadas o la consignación de escritos, en modo alguno constituyen manifestaciones de la intención de la parte en dar continuación al proceso y esos actos no son capaces de interrumpir la perención.

Respecto de los efectos de la perención en el CPC de 1916, el artículo 203 establecía que la perención en los dos grados de conocimiento de la causa, podía ser renunciada por el interesado en hacerla valer si no era alegada antes de cualquier otro medio de defensa, a diferencia de la perención del recurso de casación que no podía ser renunciada por las partes, así este texto disponía:

encuentra paralizada porque el Juez no ha cumplido con su deber de sentenciar dentro de los plazos legales, no se puede penar a las partes por la negligencia del Juzgador. Por ello es que el legislador incluyó la norma que ahora se analiza, en el sentido de que la inactividad del Juez después de vista la causa, no produce la perención.

En criterio de la Sala, dicho artículo debe ser interpretado en el sentido de que la perención procede cuando ha transcurrido más de un año sin que las partes hubiesen realizado actos de procedimiento que tiendan a impulsar el proceso, pero siempre que esos actos puedan ser efectivos para la prosecución del juicio, porque si es menester que el Juez emita un pronunciamiento para que el litigio continúe, la renuncia del sentenciador en dictar la providencia que se requiere para destrabar la causa, no puede ser atribuida a las partes. En otras palabras, no se puede castigar a los litigantes con la perención de la instancia si la inactividad en el juicio le es imputable al Juez.

En consecuencia, la Sala deja establecido que la excepción prevista en la última parte del artículo 267 del Código de Procedimiento Civil, en el sentido de que la inactividad del Juez después de vista la causa no produce la perención, se aplica no sólo a la sentencia definitiva sino también a la sentencia interlocutoria de cuestiones previas y a cualquiera otra que sea menester que el Juez dicte para la prosecución del juicio..."

¹² Al incorporarse la partida de defunción en el juicio se suspende el proceso de conformidad con el Art. 144 del CPC, debiendo los interesados cumplir con las gestiones requeridas para la citación de los herederos, con el objeto de impulsar la continuación del juicio. Así lo ha establecido la SCC de la otrora CSJ mediante sentencia de fecha 11/11/1998.

¹³ Así ha sido señalado por la Sala Constitucional (SC) en la sentencia N° 1.778, exp. N° 03-1.105, de fecha 05/10/2007.

La perención se verifica de derecho; y cuando se quiera continuar la instancia, quien pretenda aprovecharse de la perención debe proponerla expresamente antes que cualquier otro medio de defensa, entendiéndose que ha renunciado si no lo hiciere así.

Luego, este artículo se sustituyó por el artículo 269 del CPC, el cual dice:

La perención se verifica de derecho y no es renunciable por las partes. Puede declararse de oficio por el Tribunal y la sentencia que la declare, en cualquiera de los casos del artículo 267, es apelable libremente.

Con esta reforma legislativa se produjeron cambios respecto de la perención en las instancias procesales, estableciéndose que no es renunciable por las partes y que debe declararse de oficio por los jueces. Igualmente, se eliminó la perención del recurso de casación por inactividad de la Sala de Casación Civil sin impulso de las partes. Del mismo modo, se conserva como en la norma anterior que la perención se verifica de derecho, es decir *ope legis*, consumándose desde el momento en que han transcurrido los plazos previstos en la ley, siendo ratificado lo que ya estaba consumado por la declaratoria judicial¹⁴.

Luego la derogada Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (LOTSJ) del año 2004, publicada en la Gaceta Oficial (G.O.) N° 37.942 del 20 de mayo de 2004, estableció en su artículo 19 párrafos 16 y 17¹⁵, que la perención procede de pleno derecho, por instancia de parte e incluso de oficio, por el transcurso de un (1) año antes de la presentación de los informes contados desde la fecha en que se hubiese efectuado el último acto procesal. Lo cual se reiteró en el artículo 94 de la actual LOTSJ, publicada en la en G.O. N° 5.991 Extraordinario, del 29 de julio de 2010, reimpressa por error material en la G.O. N° 39.483, del 09 de agosto de

¹⁴ Así se pronunció la SCC de la entonces CSJ, entre otras, en sentencia de fecha 13/05/1980, en la cual dejó sentado:

“...nuestro derecho procesal sigue en materia de perención el sistema italiano; la perención, conforme al texto del artículo 203 del Código de Procedimiento Civil, se verifica de derecho, vale decir, ope legis, independientemente del requerimiento de la parte interesada y la consiguiente declaratoria judicial, la cual no vendría sino a ratificar lo que virtualmente estaba consumado, pues la perención opera desde el momento mismo en que ha transcurrido el término prescrito por la ley, ya que conforme a la enseñanza de la doctrina, existe aún con antelación a la solicitud de parte en hacerla valer...”

¹⁵ Ley que sustituyó y derogó a la LOCSJ.

2010, y vuelta a reimprimir por error material en la G.O. N° 39.522 del 1 de octubre de 2010, variando solamente en que se establece que se cuenta no sólo desde la oportunidad de los informes, sino también de la fijación de la audiencia, según el caso.

La derogada LOTSJ del 2004, en su artículo 19 párrafo 16, trajo como novedad que la declaratoria de perención debía ser notificada a las partes, mediante un cartel publicado en un diario de circulación nacional y luego de transcurrido un lapso de quince (15) días continuos se declararían la perención de la instancia, haciendo más rigurosa su declaratoria. Siendo que fue declarada la desaplicación del artículo 19 de la LOTSJ de 2004 en su párrafo 15, por parte de la Sala Constitucional en sentencia N° 1.466 del 5 de agosto de 2004, expediente N° 01-1.772, caso Presidente del Consejo Legislativo del Estado Aragua, por considerarse la norma ininteligible, contradictoria y de imposible entendimiento, por lo que acordó aplicar supletoriamente el artículo 267 del CPC, cuando hubiere lugar a ello, a las causas que cursen ante el TSJ cuando se dé tal supuesto¹⁶. La actual LOTSJ de 2010, eliminó de su articulado la obli-

¹⁶ La Sala Constitucional indicó que la parte inicial de este párrafo 15 de la norma era comprensible, pero su parte final creaba tal confusión que no permitía establecer su inteligencia y hacer aplicativo lo que pareciera haber sido la intención del precepto, en razón que una vez consumada la perención por la paralización por más de un año antes de la presentación de informes, la norma ordena otras actividades a continuación que la hacen absolutamente inoperante y en consecuencia a la institución de la perención. Consideró que carecería de sentido que antes de que se declarase la perención fuese obligatorio que se ordenase la publicación de un cartel, ya que opera de pleno derecho, lo que implicaba que en poco o nada podía incidir cualquier alegato de la parte para enervar los efectos de su inactividad, con lo que tenía una falta de sentido práctico. Igualmente, si se estimaba que la notificación es posterior a la decisión de perención, resultaba igualmente absurdo, ya que el tribunal entonces estaría avisándole a la parte, cuya falta de interés precisamente motivó la declaratoria de perención, que el tribunal estaba muy interesado, no obstante su desinterés, en que se interese de la decisión, para así volver a decretar o decretar perimida la instancia. También ante la pregunta de quién debía sufragar los costos de la publicación del cartel, se dijo que era la parte interesada, señalando que cuál es entonces esa parte interesada que debe soportar los gastos de su desinterés, lo que equivaldría a mantener archivados indefinidamente los expedientes, aunque en las sentencias de la Sala Constitucional (N° 1.379 de fecha 22/07/2004, exp. N° 03-0087, caso Consejo Nacional Electoral y N° 1.265 de fecha 06/07/2004, exp. N° 00-0584, caso Augusto José Uribe Trenard y otros) se ordenó tal publicación en un esfuerzo por hacer aplicativa la norma (también en la sentencia N° 1.245 de fecha 30/06//2004, exp. N° 02-2.509, caso Daniel Rodríguez y otros), criterio que se abandonó expresamente en la sentencia N° 1.466 del 05/08/2004 comentada. De ese modo se consideró que la norma, en esos términos concebida, colidía con la necesaria celeridad que debe informar el proceso, así como con la prohibición de dilaciones indebidas establecida en la Constitución, siendo absurda y carente de elemental lógica, tomando en consideración la ambigüedad y oscuridad de la norma, por lo que se desaplicó por ininteligible la disposición, por parecer obedecer a un *lapsus calamis* del legislador y acordó aplicar supletoriamente el Código de Procedimiento

gación de notificar a las partes mediante cartel de la declaratoria de la perención, con lo cual se volvió a una mayor simplicidad para decretar la misma.

También la LOTSJ del 2004, en su artículo 19, párrafo 17, poseyó como novedad, establecer que la perención no procedía en los procesos que comprendan la materia ambiental o penal, cuando se trate de acciones dirigidas a sancionar los delitos contra los derechos humanos, o contra el patrimonio público, o contra el tráfico de estupefacientes o sustancias psicotrópicas; siendo que el incumplimiento a esta obligación será considerado como falta grave de los Magistrados o Magistradas que integran la Sala y que declararon con lugar la perención, pudiendo ser sancionados con la remoción del cargo¹⁷. Esta normativa, se reiteró en el artículo 95 de la actual LOTSJ de 2010, pero eliminando el que será considerado como falta grave de los Magistrados integran la Sala y que declararon con lugar la perención, pudiendo ser sancionados con la remoción del cargo, con lo cual se le quitó la rigurosidad en este aspecto y la mayor presión para que los Magistrados fuesen cuidadosos en cuanto a este tema y responsables ante su negligencia, motivo por el cual si declaran la perención en alguno de estos delitos que son imprescriptibles, no tienen ninguna sanción, lo cual estimamos un retroceso ante lo que ya se había obtenido.

Igualmente, la LOTSJ de 2004, en su artículo 19, párrafo 18, se señaló que la perención de la instancia dejaba firme la sentencia apelada o el acto recurrido, salvo que éstos violentasen normas de orden público o que no procediera por disposición de la ley; siendo que correspondía al Tribunal Supremo de Justicia el control de la legalidad de la decisión o acto impugnado. Esta norma se repitió de manera similar en la actual LOTSJ de 2010, en su artículo 96, con algunos cambios, ya que establece que el desistimiento de la apelación o la perención de la instancia dejan firme la sentencia apelada, pero en vez de decir que también queda firme el acto recurrido (que en este caso se podía entender a los actos administrativos), señala que queda firme la actuación objeto de la demanda (lo cual es mucho más amplio que sólo los actos administra-

Civil (Art. 267 del CPC), cuando hubiere lugar a ello, a las causas que cursen ante ese Alto Tribunal cuando se dé tal supuesto.

¹⁷ Esto se observa en las sentencias de la SC N° 1.885 de 24/10/2006, exp. N° 01-2.881, caso FENAPESCA; y N° 1.4497 de 17/07/2007, exp. Nros. 03-1.633 y 04-1.785, caso Ernesto Rafael Pineda Hernández.

tivos, sino que puede ser cualquier actuación procesal también), salvo que lesionen normas de orden público, eliminado la excepción de su procedencia por disposición de la ley, lo cual creemos que no afecta en nada, ya que si la ley lo dice igualmente no ocurre la perención; y, también se eliminó que debía corresponder al Tribunal Supremo de Justicia el control de la legalidad de la decisión o acto impugnado, con lo cual pareciera que esto ya no es precedente.

Finalmente, la actual y vigente LOTSJ, establece en sus artículos 137, 153 y 189, que en los procesos ante la Sala Constitucional la parte demandante tendrá un lapso de diez días de despacho, contados a partir del momento en que se haya librado el cartel de emplazamiento, para retirarlo, publicarlo y consignar en autos un ejemplar del periódico donde hubiese sido publicado, y en caso de incumplir con esta carga se declarará la perención de la instancia y se ordenará el archivo del expediente, salvo que existan razones de orden público que justifiquen la continuación de la causa, en cuyo caso, el cartel deberá ser publicado por el Juzgado de Sustanciación; lo cual se repite para las demandas de protección de derechos e intereses colectivos y difusos, salvo que el cartel sería publicado por la Sala del Tribunal Supremo de Justicia y no un Juzgado de Sustanciación; y que en los procesos contenciosos electorales el lapso para retirar, publicar y consignar es de siete días y la publicación del cartel es por parte del Juzgado de Sustanciación.

Se debe destacar acá, que la LOTSJ de 2010, trae como novedad el que se permite la perención en materia de derechos o intereses colectivos o difusos, por no retirar, publicar y consignar el cartel de emplazamiento, lo cual anteriormente no era posible, en esta materia en ningún estado o grado del proceso. Este criterio no se comparte, ya que en razón de los derechos involucrados estimamos que no procede la perención, en todo caso podría aplicarse cualquiera de las otras figuras que veremos más adelante como la terminación del procedimiento, extinción de la instancia, abandono del trámite o pérdida del interés.

Así notamos que nuestro ordenamiento jurídico acoge el sistema italiano respecto a la perención, según el cual ésta opera de pleno derecho y se consuma por el sólo transcurso del tiempo previsto en la ley, surtiendo efectos no desde que es declarada, sino a partir del momento en que operó, por lo que la decisión sólo reafirma un hecho ya cumplido. Consecuentemente, consumada y declarada la perención produce efectos desde que ésta operó, por lo que tanto los hechos jurídicos del transcurso del tiempo sin impulso de las partes, como sus efectos de extinción

del proceso, ocurren desde el momento en que éstos se verificaron bajo la ley vigente en el momento de ocurrir¹⁸.

Por lo tanto la institución procesal de la perención, opera de pleno derecho al cumplirse los presupuestos exigidos en la ley del transcurso del tiempo sin impulso procesal, extinguiendo el proceso como efecto de ello a partir de que ésta se produce y no desde que es declarada por el juez, ya que ese pronunciamiento sólo reconoce un hecho jurídico ya consumado, y sus efectos producidos¹⁹.

Como ya señalamos la perención es una institución netamente procesal, al ser uno de los medios de terminación del proceso distintos a la sentencia, el cual no se encuentra vinculado a la voluntad de las partes o del juez, sino a condiciones objetivas, principalmente fácticas²⁰.

El artículo 267 del CPC vigente en concordancia con el artículo 269 eiusdem, al regular la perención de la instancia determina que se verifica de derecho y no es renunciable por las partes como ocurría con el CPC de 1916, igualmente que ésta puede declararse de oficio por el tribunal y la sentencia que la declare es apelable.

Actualmente la perención se considera, por lo tanto, como un medio de terminación del proceso bajo la presunción de abandono o pérdida de interés en el juicio²¹ fundamentado en la falta de impulso procesal por

¹⁸ Esto guarda relación con lo establecido en el Art. 24 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV), el Art. 9 del CPC, y en especial el Art. 944 eiusdem, referentes a los principios que rigen en materia de intertemporalidad de las leyes, con el objeto de solucionar los conflictos en aplicación de leyes sucesivamente vigentes. En consecuencia, una nueva ley no puede afectar los hechos o actos verificados bajo la ley anterior, ni sus efectos. Sobre este particular, se puede consultar al Dr. Joaquín Sánchez Covisa, en su obra "*La Vigencia Temporal de la Ley en el Ordenamiento Jurídico Venezolano*", Academia de las Ciencias Políticas y Sociales, Primera Edición, Caracas, 2007.

¹⁹ Con respecto a la operación de inmediato o de pleno derecho de la perención sin la necesidad de su declaración por una decisión judicial véase la sentencia de la SPA del TSJ N° 1.064 de fecha 12/06/2001, exp. N° 2.055, caso Domar Tours SRL, sentencias de la Sala Constitucional N° 2.673 de fecha 14/12/01, exp. N° 01-2.782 caso DHL; N° 956 de fecha 01/06/2001, exp. N° 00-1.491, caso Fran Valero Gonzales y Milena Portillo Manosalva de Valero; y N° 1.466 de fecha 05/08/2004, exp. N° 01-1.772, caso Presidente del Consejo Legislativo del Estado Aragua, entre muchas otras.

²⁰ Otros medios de terminación del proceso son: 1) los bilaterales como la transacción y desistimiento del procedimiento después de contestada la demanda; o 2) los unilaterales como el desistimiento de la acción. En el CPC de 1916 se exigía una condición subjetiva referente a que la inactividad fuera por motivos imputables a las partes, de la forma francesa.

²¹ La existencia de la pérdida o abandono de un interés ha sido la posición mayoritaria de la jurisprudencia y parte de la doctrina, sin embargo, como desarrollaremos a lo largo de trabajo, explicaremos qué tipo de interés estimamos que se encuentra involucrado y porque considera-

parte de los sujetos de la relación procesal al no instar el procedimiento, manteniéndolo paralizado más allá del tiempo determinado por ley. Por lo que para que la perención se materialice la inactividad debe estar referida a las partes, porque no realizan los actos de procedimiento que deben hacer, y no de los actos obligatorios del juez, cuando durante su inactividad las partes no están obligadas a cumplir actos de desarrollo del proceso, ya que su inactividad no puede producir la perención²².

1.4- Naturaleza

La perención hace que se extinga el proceso por inacción de las partes, pero no porque exista algún tipo de acuerdo entre ellas para finalizar el proceso.

Ciertamente existe una manifestación volitiva²³ pero no se produce en strictu sensu una figura convencional producto de un acuerdo. Además, se debe tener muy presente que en la perención no se produce cosa juzgada²⁴.

Así la naturaleza de la perención de la instancia, ha sido reconocida como una institución eminentemente sancionatoria desde que está pre-determinada a la extinción del proceso y a impedir además que pueda demandarse nuevamente hasta que transcurra el lapso establecido por ley²⁵.

1.5- Finalidad y características

La finalidad de la perención es establecer una sanción²⁶, vinculada con el orden público visto el carácter de irrenunciabilidad de esta insti-

mos que no es correcto hablar de cualquier tipo de interés ya que el juez no estudia cuál es la voluntad de las partes o el interés, porque no tiene el cómo hacerlo, por ello se habla de presunción, por lo que con una diligencia de las partes debería bastar para eliminar esa presunción o que de manera expresa se pudiera renunciar, tal como ocurría cuando se aplicaba el sistema subjetivo, al menos que se diga que es una presunción *irus tantum*.

²² Rengel-Romberg, Aristides. *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano*. Tomo II. Teoría General del Proceso. Editorial Arte. Caracas, 1995, pp. 371 y 372; señala que esto equivaldría a dejar al arbitrio de los órganos del Estado la extinción del proceso.

²³ Más adelante hablaremos respecto a si efectivamente existe una manifestación volitiva o algún interés en juego que sea relevante para declarar la perención.

²⁴ Esto es en principio así, salvo por los casos que ya hemos mencionado en el punto 1.3 “Evolución de la perención en Venezuela desde 1904” párrafo 20 y el punto 1.7, “Efectos” párrafo 3 del presente trabajo.

²⁵ Salvo por la excepción de orden público establecido en el CPC.

²⁶ Esta finalidad sancionatoria de la perención lo reconoce la Sala Constitucional en la sentencia N° 956, exp. N° 00-1.491 de fecha 01/06/2001, indicando que ésta se verifica de derecho y no es renunciable por las partes según lo dispuesto en el Art. 269 del CPC. No debemos olvidar que la perención nace por la falta de impulso procesal propio de las partes.

tución por las partes, lo cual hace que ocurridos los supuestos objetivos de procedencia, ella opera de pleno derecho sin que se pueda convalidar por acto posterior alguno²⁷, por lo que existe la posibilidad de que el juez la decrete aún de oficio. Por ello, la perención se relaciona con los principios jurídicos que rigen la materia sancionatoria, como lo sería el artículo 49.6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV), referente al debido proceso y al principio de tipicidad de las sanciones y las penas²⁸.

La interpretación restrictiva y aplicación taxativa de las normas relativas a perención debe ser, en relación a los supuestos previstos en el artículo 267 del CPC. Igualmente, se debe relacionar para su interpretación con el artículo 7 del CPC, referente al principio de legalidad de las formas de los actos procesales, los cuales se deben realizar en la forma prevista en el CPC y las leyes especiales, así como con los artículos 196 y 202 *eiusdem* que establecen el principio de legalidad y preclusividad de los actos procesales, señalando que los términos o lapsos para el cumplimiento de los actos procesales son aquellos expresamente establecidos por la ley, motivo por el cual le está vedado al juez fijar términos o lapsos procesales.

Por lo tanto su aplicación es restrictiva, ya que es una institución de naturaleza sancionatoria, por lo que se puede emplear lo dispuesto en el artículo 4 del CC, en cuanto a la utilización de esos principios allí establecidos, que junto con lo dispuesto en los artículos 12 y 14 del CPC, establecen el deber de los jueces de tener como norte de sus actos²⁹ la verdad que procurarán conocer en los límites de su oficio, junto con el deber de actuar como rector del proceso impulsándolo de oficio hasta su terminación³⁰, así como de lo dispuesto en el artículo 206 del CPC,

²⁷ Esta naturaleza se establece entre otras sentencias del TSJ en la sentencia de la Sala Constitucional N° 195, exp. N° 05-2317, de fecha 16/02/2006.

²⁸ El Art. 49.6 de la C RBV dice: “ninguna persona puede ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes”, igualmente de acá se desprende el principio de legalidad. El debido proceso es reconocido en el Art. 49.1 de la C RBV y en el Art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

²⁹ Actos los cuales son las sentencias, autos, providencias y decretos.

³⁰ En lo referente a su obligación de impulsar el proceso hasta su terminación, ello implica que los jueces deben hacer que se mueva de oficio el juicio y esa obligación solamente no deberán cumplirla si existe una suspensión o paralización de la causa por motivo legal, los cuales son pocos y excepcionales como lo serían entre otras las causales establecidas en los Art.(s) 202, 354 y 373 del CPC; y el Art. 35 del COPP.

el cual le ordena al juez procurar la estabilidad de los juicios evitando o corrigiendo las faltas que puedan anular los actos procesales, por lo que no puede decretar la nulidad de ningún acto si ha alcanzado éste su fin³¹.

No cumplir con lo antes dicho y que son características de la perención, sería violatorio de los artículos 21, 26, 49 y 257 de la CRBV, los artículos 8, 24 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el artículo XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que consagran el derecho a la tutela judicial efectiva, el debido proceso y la igualdad, que implican el derecho a obtener con prontitud la decisión de fondo correspondiente que satisfaga el derecho, la pretensión o el interés del accionante o recurrente, lo cual debe ser concatenado con el artículo 257 de la CRBV, que además dice que el proceso debe ser expedito, sin dilaciones indebidas, sin formalismos y sin sacrificar la justicia por la omisión de formalidades no esenciales³².

Igualmente se debe destacar, lo establecido en el artículo 268 del CPC que señala que la perención procede contra la Nación, los Estados, las Municipalidades, los establecimientos públicos, los menores y contra cualquier otra persona que no tenga la libre administración de sus bienes, salvo recurso contra sus representantes, teniendo en consideración que no aparece ni en la CRBV, el CPC, la LOTSJ, la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, la Ley Orgánica de la Administración Pública, la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, la Ley Orgánica Régimen Presupuestario, ni en la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencias de Competencias del Poder Público, como prerrogativa de los órganos y entes del estado la no aplicación de la perención de la instancia. De esta forma, se observa la importancia de tener claro cuándo, cómo y en qué casos procede la perención de la

³¹ Por lo tanto, cuando la causa se encuentra ya en estado de sentencia, no se puede negar que han ocurrido una serie de actos procesales como la demanda, la contestación, cuestiones previas, las pruebas, informes, entre otras que ya han alcanzado su fin y han producido sus efectos.

³² Con respecto a las obligaciones del juez ante la tutela judicial efectiva, la Sala Constitucional entre muchas sentencias dictó la N° 708, exp. N° 00-1.683, de fecha 10/05/2001. Igualmente, es amplia la doctrina y jurisprudencia existente tanto nacional como internacional con respecto al derecho humano a la tutela judicial efectiva, de la cual mencionaremos algunas más adelante.

instancia, sobre todo al observar las consecuencias que conlleva para todo aquel que participa en un proceso judicial.

1.6- Objetivo

La figura procesal de la perención o caducidad de la instancia³³, tiene por objeto eliminar de los tribunales la carga de los procesos que han quedado estancados por inactividad de las partes interesadas. Igualmente, el finalizar el proceso como sanción por la inactividad de las partes.

Por lo tanto, este instituto procesal se justifica en el interés del Estado de impedir que los juicios se prolonguen indefinidamente, así como de garantizar que se cumpla la finalidad de la función jurisdiccional, la cual radica en administrar justicia, aunado a la necesidad de sancionar la conducta negligente de la parte, por el abandono de la instancia y su desinterés en la continuación del proceso.

1.7- Efectos

Podemos decir que la caducidad o perención de la instancia produce los efectos de la extinción anticipada del proceso³⁴, es decir, lo da por terminado sin llegar a sentencia definitiva; por lo que se convierte en un medio anormal de finalización del proceso, ya que lo normal es que el proceso termine por medio de una sentencia. Sin embargo, estos efectos no afectan a la acción, las decisiones que produzcan efectos y las pruebas que resulten de los autos, que continúan teniendo plena validez³⁵.

En el caso que se acuerde en primera instancia, el proceso declarado caducado o perimido puede ser vuelto a plantear; por lo que en ese sentido es más benigno que las otras formas de terminación anormal

³³ Según Cavanella de Torres, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo VI. Editorial Heliasta. Argentina-Buenos Aires, 2008, pág. 235, la perención es: “*prescripción procesal extintiva por inactividad de las partes en el proceso*”; y en el Tomo II, pág. 15 señala que caducidad es: “*lapso que produce la extinción de una cosa o de un derecho. Pérdida de la validez de una facultad por haber transcurrido el plazo para ejecutarlo*”, y caducidad de la instancia es: “*presunción legal de abandono de la acción entablada o del recurso interpuesto cuando los litigantes se abstienen de gestionar la tramitación de los autos*.” De tal forma que cuando acá habla de perención y caducidad es en el sentido señalado anteriormente.

³⁴ Así lo reconoce la SC en sentencia N° 956, exp. N° 00-1.491 de fecha 01/06/2001; la SPA en sentencia N° 00095, del exp. N° 5.408, de fecha 08/02/2001, publicada el 13/02/2001, así como en muchas otras sentencias de las diferentes Salas del TSJ.

³⁵ Así lo establece el artículo 270 del CPC. También se ha señalado en las sentencias de la Sala Constitucional N° 2.673 de fecha 14/12/2001, exp. N° 01-2.782 caso DHL; y N° 956 de fecha 01/06/2001, exp. N° 00-1.491, caso Fran Valero Gonzales y Milena Portillo Manosalva de Valero, entre muchas otras dictadas por el TSJ.

del proceso, como son el caso del desistimiento, el sobreseimiento, etc., puesto que en estos casos el proceso no puede volverse a proponer porque implicaría un doble juzgamiento. En la perención de conformidad con los artículos 270 y 271 del CPC no se impide proponer nuevamente la demanda, pero, para ello existe una limitación *pro tempore*, ya que el demandante no podrá demandar en ningún caso, antes de transcurrido el lapso de noventa (90) días continuos después de verificada la perención, salvo por las excepciones establecidas en la ley, como por razones de orden público.

Si se produce en la segunda instancia, la caducidad o perención puede afectar indirectamente los derechos particulares porque queda firme la sentencia de primera instancia, adquiriendo la firmeza de la cosa juzgada material que establece el artículo 273 del CPC, salvo en el caso de las sentencias que tienen consulta legal³⁶, ya que en estos casos no hay lugar a la perención, pero en este particular caso no se puede proceder de otra manera.

Una vez declarada con lugar la perención de la instancia no produce como efecto que se generen costas procesales tal como lo establece el artículo 283 del CPC. Además, la perención no afecta o perjudica a la acción directamente, porque no se considera una falta de interés procesal³⁷.

Otro efecto es que puede incidir también en la extinción de la propia acción, ya que se considera que no hubo interrupción de la prescripción cuando se citó a la contraparte para la contestación de la demanda, ya que se estableció la nulidad e inexistencia de esa citación de conformidad con el artículo 1.972 del Código Civil.

³⁶ Esto lo establece así el artículo 270 del CPC, y sería tal como ocurría anteriormente en materia de amparo constitucional en donde las sentencias tenían *ex lege*, revisión de oficio por ante el Tribunal Superior con independencia de que se propusiera o no el recurso de apelación, criterio que fue posteriormente modificado por la Sala Constitucional mediante sentencia N° 1.307, exp. N° 03-3.267, de fecha 22/06/2005. Actualmente esto ocurre en cualquier materia civil, laboral, contencioso administrativa, etc., en la que exista sentencia definitiva contraria a la pretensión, excepción o defensa de la República, la cuales deben ser consultada al Tribunal Superior competente de conformidad con el artículo 72 del Decreto con fuera de LOPGR; igualmente ocurre con el control difuso establecido en los artículos 334 y 336.10 de la CRBV y Art. 5.16 y 22 de la LOTSJ.

³⁷ Sin embargo, veremos más adelante como la Sala Constitucional señala que a pesar que la perención no se considere falta de interés procesal para extinguir la acción, notaremos como el tiempo prolongado cuando supera el tiempo de prescripción del derecho subjetivo, da lugar a extinguir la acción, incluso cuando en el proceso ya se dijo vistos. No obstante, cabría preguntarse si realmente existe un interés que se pierde, y de ser así qué tipo de interés es el que se pierde.

También, a pesar que la perención es fatal y corre sin importar quiénes son las partes (artículo 268 del CPC), extinguiendo el proceso, sin poder proponer nuevamente la demanda antes de que transcurran noventa (90) días continuos³⁸ después de declarada la perención, según el artículo 271 del CPC, existe una excepción a esta norma, que es cuando hay razones de orden público. Por lo tanto, si la materia es de orden público, la perención declarada no evita que se proponga de nuevo la demanda antes que transcurran noventa (90) días³⁹.

2.- De la instancia y de la perención

La figura de la perención de la instancia se encuentra regulada actualmente en los artículos 267 a 271 y 283 del CPC, en los artículos 124 y 201 al 204 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, artículo 19 párrafos 17, 18 y 19 de la LOTSJ, artículo 292 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (LOPNNA), artículo 265 del Código Orgánico Tributario, y en el artículo 182 de la LTDA.

En ese orden de ideas, antes de continuar aclararemos de manera sumaria que se entiende por instancia. Siendo así, las instancias las podemos entender como cada uno de los grados que integran el proceso, formado por las diferentes etapas que van desde la interposición de la demanda o promoción del juicio hasta la sentencia definitiva del primer nivel o estadio (la primera instancia); y desde la interposición del recurso de apelación contra el anterior fallo hasta la sentencia definitiva de parte del superior de la primera instancia (la segunda instancia).

³⁸ La ley dice días continuos, aunque de conformidad con la sentencia N° 80, exp. N° 00-1.435, de fecha 01/02/2001, y su aclaratoria en la sentencia N° 319, exp. N° 00-1435 de fecha 09/03/2001, emanadas de la Sala Constitucional, podría entenderse como días calendarios, pero no es así continúan siendo continuos.

³⁹ La posibilidad de interponer antes de los 90 días la acción está reconocida por la Sala Constitucional en sentencia N° 956, exp. N° 00-1.491, de fecha 01/06/2001. Sin embargo, igualmente en relación a un recurso de nulidad la SC en sentencia N° 1.973, exp. N° 05-0989 de fecha 23/10/2007, caso Julián Isaías Rodríguez Díaz, señaló que como se discutía la validez de normas estatales que regulan las modalidades de los estados de excepción previstas en el texto constitucional, se acogía el criterio sentado en sentencia N° 1.372, exp. N° 00-0858, de 29/05/2003, caso Gertrud Frías Penso y otros, reiterada en la sentencia N° 1.238, exp. N° 04-0370, de 21/06/2006, caso Cámara Venezolana de Almacenes Generales y Depósito (CAVEDAL), que enerva la aplicación de la sanción procesal de la perención por inactividad de la parte actora en esta categoría de procedimientos jurisdiccionales, sobre la base de estar involucrado el orden público, y que las medidas cautelares se conceden en atención al interés público y no por el interés concreto de los demandantes, por lo que se ordena la continuación del proceso.

Consecuentemente, la instancia comprende una serie de actos, hechos, o peticiones que demandan la actividad jurisdiccional. Con la introducción de la demanda nace la relación jurídico-procesal⁴⁰ generada por la puesta en marcha de un derecho de solicitud de tutela judicial efectiva o tutela jurídica y, como posible consecuencia, comienza el riesgo de la perención o caducidad, que constituye una amenaza potencial y cierta a esa relación, que es dinámica, y por ello debe desarrollarse en determinados plazos establecidos por la ley para que los procesos no se perpetúen en el tiempo de manera indefinida. De allí que la relación que existe entre proceso e instancia, es la misma que existe entre el todo y la parte.

Así el Código de Procedimiento Civil utiliza el término instancia en dos sentidos diferentes, que son: 1) como solicitud, petición o impulso, cuando alguna disposición exige que el Juez proceda a instancia de parte; o 2) como proceso judicial de conocimiento, desde que se inicia con la demanda, hasta la sentencia definitiva de fondo. En tal sentido habla el CPC de jueces de instancia, o juez de primera o segunda instancia.

La Sala de Casación Civil⁴¹, citando a Carnelutti, señala con respecto al significado del vocablo, que este dice que “...*la palabra demanda se reserva para significar el acto compuesto que resulta de combinar la instancia con la apelación, la voz más adecuada para designar el acto cuya noción he intentado esbozar es instancia; la prefiero a solicitud, porque expresa mejor el concepto de estímulo, y casi diríamos de impulso, a hacer*”. Por lo que el carácter de impulso que tiene la instancia, aceptado con dificultad por el autor citado, indica que el Juez impulsa de oficio el proceso, lo que resulta claro al leer el artículo 11 del CPC.

Por ello, la demanda es un acto compuesto por la instancia, de acuerdo con el artículo 399 *eiusdem*, que da inicio o impulsa al proceso ordinario; y la alegación consiste en la afirmación de los hechos a título de razón de las conclusiones, expresando los motivos que sustentan la pretensión.

La Sala de Casación Civil⁴² concluye que la apelación en el proceso venezolano es instancia pura, pues basta la expresión de la voluntad de apelar para dar impulso al proceso, abriéndolo a un nuevo grado, deno-

⁴⁰ Relación jurídica que surgió con la interposición de la acción o recurso.

⁴¹ Sentencia N° 28, exp. N° 1.956-008, de fecha 08/02/2002.

⁴² Dicho en sentencia N° 28, exp. N° 1.956-008, de fecha 08/02/2002.

minado en otro sentido segunda instancia, en el cual se va a decidir de nuevo acerca de la misma pretensión contenida en el libelo de demanda.

Por ende, el proceso se inicia a impulso de parte y este impulso perime según los supuestos del artículo 267 del CPC, provocando su extinción, con lo que notamos que el término instancia es utilizado como impulso.

Si se apela la decisión de primer grado, se da el impulso procesal o instancia de la apelación, pero si no se continúa el juicio se provoca la firmeza de la decisión apelada, por la falta de impulso de parte, ya que mediante la apelación, no existe instancia que pueda perimir; de conformidad con el artículo 279 del CPC.

El principio dispositivo contenido en el artículo 11 del CPC, reitera la necesidad de impulso de parte en los recursos, por lo que se requiere de la instancia de parte para la resolución de la controversia, inicial o incidental, por el tribunal de la causa, el de alzada o por el Tribunal Supremo de Justicia (como el caso del avocamiento), sin lo cual se pierde el impulso dado, poniéndose así fin al proceso, o al conocimiento del recurso por la casación. Por lo que, con respecto al artículo 267.1 del CPC se produce ante la falta de citación⁴³, o de conformidad con el numeral 3 al requerirse impulso de parte en sede de casación, en donde si no se da, se extingue el procedimiento inclusive en sede de casación, por lo que, presentada la partida de defunción, sin que se hubiese realizado ningún acto dirigido a instar la continuación del proceso durante más de seis meses, el trámite en segunda instancia o en casación se extingue con el efecto de quedar firme la sentencia recurrida.

Una vez aclarado que entendemos por instancia tenemos que distinguir que en la instancia, se producen dos momentos dentro de los cuales puede ocurrir la inactividad y generarse la perención: *el primero*, el cual resulta imprescindible, para el desarrollo del juicio, es el impulso o interés de las partes involucradas; y *el segundo*, se produce cuando la inactividad procesal no les es a éstas imputable sino que procede de otra razón, como la inactividad del juez.

Esta distinción se hace debido a que la perención tiene lugar cuando el proceso se encuentra paralizado y las partes o no están o han dejado de estar a derecho. Se trata de una relación procesal que no se formó, o

⁴³ Según las circunstancias y condiciones establecidas por la SCC en sentencia N° RC.00537, exp. N° 01-0436, de fecha 06/06/2004.

que, constituida, se rompió. El comienzo de la paralización es el punto de partida para la perención, y el tiempo que ella dure será el plazo para que se extinga la instancia.

Las causas en suspenso no se desvinculan del *iter procesal*, simplemente el juicio se detiene y continúa automáticamente en el estado en que se encontraba cuando se detuvo, sin necesidad de notificar a nadie, ya que el hecho que las partes se encuentran a derecho no se ha roto⁴⁴. Por lo que, para que exista paralización se requiere que ni las partes ni el juez actúen en las oportunidades señaladas en la ley para ello, por lo que esta inactividad de los sujetos del proceso, sí rompe o desvincula a las partes de la estadía a derecho, y para poder reanudar el proceso y recomenzar en el siguiente estadio procesal a aquél donde ocurrió la inactividad colectiva, se tiene que notificar a los litigantes de tal hecho, reconstituyendo a derecho a las partes.

El criterio es que las partes se encuentran a derecho, mientras corre el lapso para sentenciar⁴⁵, salvo que transcurran los lapsos sin fallo alguno, con lo que dejan de estar a derecho y deben ser notificadas las partes, de oficio por parte del juez al ser el director del proceso y quien es el responsable de la dilación. De esta manera es que empiezan a correr los lapsos para interponer los recursos contra la sentencia dictada extemporáneamente.

Por esto es que no se puede castigar a las partes por la inactividad del juez, quien tiene la obligación de administrar justicia oportuna, ya que la perención se aplica por la inactividad de las partes, salvo que el retraso se deba a hechos imputables a ellas. Todo esto es lo que genera una expectativa legítima⁴⁶ de las partes y usuarios de la administración

⁴⁴ Así lo señala la SC en la sentencia N° 956, exp. N° 00-1.491, de fecha 01/06/2001, y que se rige por los principios del Art. 202 del CPC y que los motivos de suspensión según el artículo 14 del CPC, son los establecidos en la ley como los de los artículos 202, 354, 367, 387, 756 y 758 del CPC.

⁴⁵ Artículo 257 de la CRBV y artículo 26 del CPC.

⁴⁶ Señala la SC en sentencia N° 956, exp. N° 00-1.491 de fecha 01/06/2001, que la expectativa legítima es relevante para el proceso y que nace de los usos procesales a los cuales las partes se adaptan y tomándolos en cuenta, ejercitan sus derechos y amoldan a ellos su proceder, cuando se trata de usos que no contrarios a derecho. Todo esto incide sobre el derecho a la defensa, ya que éste se minimiza o se pierde, cuando la buena fe de los usuarios del sistema judicial queda sorprendida por estas prácticas, sobre todo al observar la obligación del Estado de reparar las lesiones causadas por retardo u omisión injustificada (Artículos 49.8 de la CRBV), lo cual genera una responsabilidad del Estado de sentenciar a tiempo y sin dilación y que ese atraso puede crear indemnizaciones a favor de los afectados, por lo que no se puede producir un mal mayor que el que genera la propia dilación como lo sería aplicar la perención.

de justicia, y por ello no se diligencia después de visto, incluso al haber transcurrido más de un año. No obstante, la Sala Constitucional estableció un criterio⁴⁷ al señalar que no puede entenderse que esa expectativa legítima sea indefinida, ya que una inactividad absoluta y continuada produce otros efectos jurídicos, aunque distintos de la perención⁴⁸.

Por lo tanto, la perención está vinculada a la instancia, que es lo que permite sea una institución procesal de orden público, que debe ser declarada aún de oficio por el juez de la causa, para lo cual sólo bastará que concurren las circunstancias que regulan la materia, en cualquier grado de conocimiento jurisdiccional, en ausencia de actos procesales de impulso dimanados de las partes, tanto actor como demandado en litigio. Aunque para que la perención se materialice, la inactividad debe estar referida a las partes, que debiendo realizar actos de procedimiento, en cualquiera de las instancias, no los ejecutan, sin que pueda imputarse al juez el hecho objetivo que genera la perención, salvo disposición legal en contrario⁴⁹.

2.1- Inactividad de las partes

En este *primer caso*, al producirse una paralización como consecuencia de la inactividad procesal de las partes, trae como resultado la perención de la instancia, que se fundamenta precisamente en la presunción de que los litigantes han querido abandonar el proceso. Se debe tener en cuenta que querer abandonar el proceso, no implica perder el interés de la protección del derecho subjetivo que desea proteger, lo cual podrá efectuar a través del ejercicio de la acción más adelante⁵⁰.

Por lo tanto en este primer supuesto, para que se produzca la perención de la instancia por la paralización, se requiere de manera genérica que la inactividad procesal se prolongue durante un (1) año, y de manera específica para ciertos y determinados casos, está prevista en plazos más breves de: 1) treinta (30) días, cuando se trata del cumplimiento de

⁴⁷ Sentencia N° 956, exp. N° 00-1.491, de fecha 01/06/2001.

⁴⁸ Este sería el caso de los ejemplos ya citados como el que ocurra el supuesto del Art. 267.3 del CPC en estado de dictar sentencia.

⁴⁹ Como sería el caso establecido en los artículos 201 al 204 de la LOPT.

⁵⁰ Obviamente esto sería en relación a la parte actora, ya que la parte demandada, en principio no tendrá interés en que se le vuelva a demandar, en todo caso esta de demandada podrá pasar a actora y demandar a la otra parte para tratar de aclarar algún hecho o derecho. No obstante más adelante en este trabajo hablaremos con más detalle respecto a la pérdida o abandono del interés procesal, el abandono del trámite y la decadencia de la acción.

las obligaciones que al demandante corresponde para practicar la citación del demandado;⁵¹ y 2) seis (6) meses cuando se trata de reanudar el curso del proceso suspendido por la muerte de alguno de los litigantes, o por haber perdido cualquiera de éstos el carácter con el que obraba⁵².

Por ende, con la perención se extingue el proceso, lo cual puede incidir también en la extinción de la propia acción, ya que uno de los

⁵¹ También con respecto a este tipo de perención la SCC mediante sentencia N° RC.00537, exp. N° 01-0436, de fecha 06/07/2004, estableció que se debe entender por obligaciones o cargas procesales que el demandante debe cumplir dentro del lapso de los 30 días siguientes a la admisión de la demanda o de la reforma de la misma, y conciliar el alcance de tales obligaciones a la luz del principio de justicia gratuita que estableció el artículo 26 de la CRBV y que trajo como consecuencia la desaplicación de la Ley de Arancel Judicial, partiendo de la premisa de que la doctrina que ha considerado que la perención breve decayó por la gratuidad de los procedimientos. Señala que las obligaciones del artículo 267.1 del CPC, son de dos órdenes y destinadas a lograr la citación del demandado, siendo la primera atinente al pago de los aranceles para la elaboración de la compulsa y citación; y la segunda al pago del Alguacil como funcionario judicial para la práctica de las diligencias dirigidas a la efectiva citación del demandado, la cual antes se daba a través de la liquidación de las planillas de los derechos de arancel judicial (artículo 17 LAJ).

Ante esto, la Sala de Casación Civil señaló que aunque quedó derogada la obligación tributaria de la LAJ, se mantienen vigentes las obligaciones previstas en la misma que no constituyen ingreso público ni tributos, ni son percibidas por los institutos bancarios en sus oficinas receptoras de fondos nacionales, por lo que de conformidad con el artículo 12 de la LAJ, subsiste la obligación de suministrar vehículo para el traslado de los funcionarios auxiliares de justicia que intervengan en el acto de citación, así como de los gastos de manutención, hospedaje, siempre que el acto deba efectuarse fuera de sus respectivos recintos a más de 500 metros de distancia del tribunal. Por lo que estas obligaciones no tienen nada que ver con el principio de gratuidad de la justicia, por no ser un ingreso público de carácter tributario, siendo que estos montos satisfacen precios de servicios esencialmente privados, tales como, transportes, hoteles o proveedores de servicios, sin constituir ingresos al patrimonio nacional, por lo que no estarían amparados por la derogatoria constitucional sobre el no pago de aranceles ni percepción de tributos por el acceso a la justicia.

Por ello, se trata de una obligación del demandante para lograr la citación, debiendo cumplir con esas cargas establecidas en el artículo 12 de la LAJ, dentro de los 30 días siguientes a la admisión de la demanda, mediante la presentación de diligencias en la que ponga a la orden del alguacil los medios y recursos necesarios para el logro de la citación del demandado; de otro modo su omisión o incumplimiento, acarreará la perención de la instancia, siendo obligación del Alguacil dejar constancia en el expediente de que la parte demandante le proporcionó lo exigido en la ley a los fines de realizar las diligencias pertinentes a la consecución de la citación.

⁵² Sin embargo, para algunos las causales contenidas en los ordinales del artículo 267 del CPC, relativas a las perenciones breves, estima que no se tratan de verdaderas perenciones sino de una poena praeclusi que se aplica como efecto de la preclusión del lapso fijado en la ley para la gestión de la citación del demandado o para la reanudación del curso de la causa, y no parten de una presunta voluntad de las partes de abandonar la instancia, sino del incumplimiento por las partes de ciertos actos de impulso del procedimiento; señalado por Rengel-Romberg, Aristides *Op. Cit.*, pp. 385-391.

Particular atención nos llama que la Sala Constitucional mediante sentencia N° 982, exp. N° 00-0562, de fecha 06/06/2001, estableció en materia de amparo constitucional que la inactividad por seis (6) meses de la parte actora en el proceso de amparo, en la etapa de admisión o, una vez

efectos de dicha perención es que no hubo interrupción de la prescripción cuando se citó a la contraparte para la contestación de la demanda, por lo que se establece su nulidad e inexistencia, siendo importante lo establecido en el artículo 1.972 del CC dispone, respecto a que la citación judicial se considerará como no hecha y no causará interrupción, si se dejare extinguir la instancia con arreglo a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil.

acordada ésta, en la práctica de las notificaciones a que hubiere lugar o en la de la fijación de la oportunidad para la celebración de la audiencia oral, por falta de impulso del accionante, ocasiona el abandono del trámite de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, y, con ello, la extinción de la instancia. No obstante, esta posición no ha sido tan pacíficamente aceptada por todos los magistrados de dicha Sala, en relación al amparo y procesos similares como el habeas corpus y el habeas data; así en amparo el voto salvado de la magistrada Luisa Estella Morales Lamuño en la sentencia N° 721, exp. N° 05-0928, de fecha 18/04/2007 señaló que cuando “... la actuación que sigue es la fijación de la audiencia oral y pública, que sin duda no es carga de la parte, la mayoría sentenciadora debe considerar que siendo tal fijación un deber de la Sala, que depende de su propia disponibilidad de espacio y tiempo y no del impulso procesal de la parte accionante que, además, ha obtenido una protección temporal y subsidiaria de su pretensión principal, resulta más ajustado a la previsión contenida en el artículo 26 constitucional, ponderar la urgencia y la actualidad del interés del solicitante en la vigencia de la medida cautelar decretada y no decretar el abandono de trámite”; en cuanto al habeas corpus el voto salvado del magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz, en la sentencia N° 435 de 25/03/2008, exp. N° 07-0085, caso Alfredo Elías Hurtado Guzmán, indicó que “...por cuanto en el caso de autos se planteó una demanda de amparo en la modalidad de hábeas corpus, para la protección del derecho a la libertad personal, mal pudo declararse que no hay afectación al orden público. Por el contrario, la supuesta violación a ese derecho fundamental siempre involucra al orden público porque se trata de un derecho de irrenunciable goce y ejercicio. En consecuencia, la Sala no debió declarar el abandono del trámite, sino que debió continuar el conocimiento del asunto, en atención a los intereses superiores que están involucrados”; y finalmente en relación al habeas data el voto salvado de la magistrada Carmen Zuleta de Merchán en el fallo N° 5.120, exp. N° 04-3.042, de fecha 16/12/2005 dijo que “La inactividad verificada por la Sala no es imputable exclusivamente a la parte accionante, ya que una parte de ella se deriva de tardanza de este órgano decisor en aceptar la competencia que le fue declinada. Durante ese lapso comprendido entre la declinatoria de la competencia y la aceptación de la misma, no le correspondía a la parte actora instar el proceso, toda vez que sólo restaba, en ese momento, que esta Sala Constitucional emitiera un pronunciamiento resolviendo esa incertidumbre procesal./ En otras palabras, no puede exigírsele a las partes que insten un proceso que se encuentra ‘suspendido’, por decirlo de una manera, en virtud de una declinatoria de competencia, toda vez que la resolución de esa situación es exclusiva y obligatoria del órgano encargado de dictar el respectivo pronunciamiento./ En torno a esa idea, esta Sala en la sentencia N° 3519/2005, referido a la figura de abandono de trámite, en la que se verifica igualmente si la parte actora insta el procedimiento, señaló que ‘(...) no operó el abandono de trámite, previsto en la sentencia N° 982, exp. N° 00-0562, de fecha 06/06/2001 (caso: José Vicente Arenas Cáceres), toda vez que la dilatación en el proceso fue causado en virtud del conflicto de competencia suscitado ante la declaratoria de incompetencia de los Juzgados que conocieron del amparo interpuesto, motivo por el cual no se le puede imputar a la parte actora falta de interés en la acción de amparo que estaba pendiente de la declaratoria de competencia.”

Por analogía de este artículo, esta consecuencia se debe aplicar cuando se dejare extinguir la instancia y la prescripción hubiera sido interrumpida mediante el registro de la copia certificada del libelo de la demanda con la orden de comparecencia del demandado autorizada por el juez ante la correspondiente Oficina de Registro, sobre todo cuando el demandante no cumple con las obligaciones que le corresponden para practicar la citación del demandado, dentro de los 30 días siguientes a la fecha de la admisión de la demanda. Así, se elimina la práctica maliciosa de mantener suspendida la prescripción indefinidamente, a través de sucesivos y periódicos registros, sin necesidad de que se practique efectivamente la citación del demandado.

Igualmente, llama particularmente la atención el artículo 292 de la LOPNA, el cual consagra que *“La falta de actuación de la persona que haya iniciado el procedimiento no ocasiona la perención de la instancia”*, con lo cual se consagra legislativamente que la inactividad, no de cualquiera de las partes, sino la de la parte que iniciara el procedimiento, no genera la perención de la instancia en ningún estado o grado de la misma, lo cual consideramos que se estableció de esa manera en razón del orden público que se encuentra involucrado en esta materia del derecho, así como por el interés superior del niño y adolescente, lo cual incluso la norma del artículo 267 del CPC, nos indica que no procede la perención cuando se encuentra involucrado el orden público.

2.2- Inactividad del juez

En *segundo lugar* nos debemos preguntar, qué sucede si la inactividad procesal ocurre después de vista la causa, y esta se debe tal inactividad al juez.

Ya indicamos anteriormente que con la reforma del CPC realizada el 16 de septiembre de 1986, en sus artículos 267 y 270, se estableció con más claridad que la inactividad del juez después de vista la causa, no produce la perención, y tampoco cuando se trate de sentencias sujetas a consulta legal, sobre todo al considerar que se ha dicho que la inactividad efectuada por éste antes de que se diga vista la causa se ha estimado que no interrumpe la perención de la causa⁵³.

⁵³ Tal como lo ha señalado la SC en sentencia N° 909 del 17/05/2004, exp. N° 03-2.836, caso Jacques Alsina, allí refiriéndose a la adhesión a la sentencia N° 956, exp. N° 00-1.491, de fecha 01/06/2001, caso Fran Valero González y Milena Portillo Manosalva de Valero, estimó que *“... la perención ha de transcurrir, mientras las partes estén legalmente facultadas para impulsar el curso del juicio, para realizar actos de procedimiento, aun en aquellos casos que el proceso*

Particular atención debemos tener con la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LOJCA), que en su artículo 41, establece algunas novedades en cuanto a la institución de la perención en relación a la inactividad del juez, al señalar que toda instancia se extingue por el transcurso de un año sin haberse ejecutado ningún acto de procedimiento por las partes, estableciendo de manera expresa que la misma no procede cuando el acto procesal siguiente le corresponda al juez, como la admisión de la demanda, la fijación de la audiencia y la admisión de pruebas. Con esto, se deja aún mucho más en claro que la perención no puede proceder cuando la actuación siguiente no corresponde a las partes, sino al juez, incluso yendo más allá de lo que establecen otras normas adjetivas al respecto, ya que en los otros procedimientos, si declaran la perención en la etapa de admisión de la demanda, la fijación de la audiencia y la admisión de pruebas. Creemos que éste último criterio es mucho más garantista y beneficioso para los justiciables y debería ser el que se acoja en todos los procesos y procedimientos.

Sin embargo, observaremos más adelante, si realmente lo que declara el juez en la perención es la pérdida del interés procesal, el abandono del trámite o la extinción de la acción, lo cual será relevante para saber cuándo, por qué y cómo ha de proceder la declaratoria de la misma⁵⁴.

A. La perención en el contencioso administrativo

No obstante, este criterio, respecto a que en la etapa de decisión no opera la perención, fue modificado por la Sala Político Administrativa al interpretar la derogada LOCSJ⁵⁵, aludiendo que el Código de Procedimiento Civil, en forma alguna puede considerarse como un texto legislativo especial⁵⁶, pues considera que se trata del código adjetivo

se encuentre paralizado en espera de una actuación que corresponde únicamente al juez, salvo en los casos en que el tribunal haya dicho "vistos" y el juicio entre en etapa de sentencia." De la misma manera se había pronunciado en la sentencia N° 491 de fecha 12/03/2003, exp. N° 02-1.013, caso CNA Seguros La Previsora.

⁵⁴ Esto se verá en el punto 5 "Consideraciones generales respecto a la perención de la instancia".

⁵⁵ El criterio se cambió con la sentencia N° 00095, del exp. N° 5.408, de fecha 08/02/2001, publicada el 13/02/2001, al realizar una interpretación de lo dispuesto en el artículo 86 de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. En este sentido parece haber seguido el criterio de la SCC en las sentencias de fechas 03/08/1928, 06/12/1973, 31/05/1979, 12/05/1986, mencionadas por Rengel-Romberg, *Aristides*, Op. Cit, pp. 374 a 375.

⁵⁶ Como lo señalaba el antiguo artículo 86 de la LOCSJ, que indicaba:

"Salvo lo previsto en disposiciones especiales, la instancia se extingue de pleno derecho en las causas que hayan estado paralizadas por más de un año. Dicho término empezará a contarse a partir de la fecha en que se haya efectuado el último acto del procedimiento. Transcurrido el

ordinario, por lo que no podía tenerse como de carácter especial ni de aplicación singular o preferente, especialmente con relación a la materia contencioso administrativa, la cual se ventilaba ante esa Sala Político Administrativa, y estaba regulada, en el artículo 86 de la derogada LOCSJ y se reforzaba en sus artículos 81, 88 y 96 *eiusdem*, por lo que consideró que se notaba que el Código de Procedimiento Civil tenía un papel supletorio y no principal, teniendo como consecuencia que no se le podía dar preferente aplicación en estos casos de perención al Código de Procedimiento Civil, siendo que lo aplicable era lo dispuesto en el artículo 86 de la LOCSJ, y por ende, bastaba para que operara la perención, independientemente del estado en que se encontrara, que la causa hubiese permanecido paralizada por más de un año, debiendo contarse dicho término a partir de la fecha en que se hubiese efectuado el último acto del procedimiento, transcurrido el cual, la Sala Política Administrativa, sin más trámites, declararía consumada la perención de oficio o a instancia de parte, incluso después de vistos.

De este modo, estableció que se trataba del cumplimiento de una simple condición objetiva independiente de la voluntad de las partes, que buscaba evitar que los litigios se prolongasen indefinidamente, así como de exonerar a los tribunales, después de un largo período de inactividad procesal, del deber de dictar nuevas providencias en casos presuntamente abandonados⁵⁷ por los litigantes, tomando en cuenta la necesidad de eliminar la incertidumbre acerca de la firmeza de los actos del Poder Público, con lo cual se le negaba firmeza a la sentencia o al acto recurrido, sobre todo en caso de existir una medida cautelar, con lo que no se vulneraba el orden público porque podía ser propuesta nuevamente la acción con posterioridad si aún se poseía un interés.

La Sala Político Administrativa, justificó también este criterio en el hecho de que a pesar que en la sentencia se haya dicho “vistos”, ello no es un impedimento para seguir actuando en juicio, en la forma

lapso aquí señalado, la Corte, sin más trámites, declarará consumada la perención de oficio o a instancia de parte.

Lo previsto en este artículo no es aplicable en los procedimientos penales.” (negritas nuestras).

⁵⁷ Incluso la SPA en esta sentencia N° 00095, del exp. N° 5.408, de fecha 08/02/2001, habla que ese abandono después de vista la causa es presunta y no cierta o confirmada, con lo que ella está reconociendo que no es del todo claro considerar que existe un abandono y falta de interés de las partes sobre el proceso, sobre todo ante la existencia de una expectativa legítima de que se dicte sentencia, sobre la cual ya hablamos en los puntos anteriores.

de impulsar el procedimiento hasta su definitiva conclusión con el fallo respectivo, por lo que no están las partes exceptuadas de actuación en juicio una vez consignados los informes, como pudiera derivarse de una errónea interpretación literal del texto. Así concluye que la inactividad de las partes en el juicio, aún después de la oportunidad fijada para informes y de haber dicho “vistos”, conforme al texto normativo especial que reglamenta los procedimientos que se ventilaban ante el supremo tribunal, evidenciaban un abandono del caso que no podía justificar la incertidumbre creada respecto a la firmeza de determinado acto del Poder Público.

Sin embargo la Sala Constitucional⁵⁸, observó que *“si bien es cierto que la función jurisdiccional implica un proceso de cognición realizado por los jueces, que persigue la aplicación del Derecho, en su sentido más amplio, a determinadas situaciones o relaciones fácticas que le son sometidas para su comprensión, siendo autónomos e independientes al decidir, no es menos cierto que esa actividad de juzgamiento, debe ser consecuencia de una conducta ajustada a derecho y su aplicación tiene que limitarse a la determinación de la voluntad concreta de Ley que, incluso, puede obedecer a una operación racional que responda a valores del operador jurídico para un caso específico, pero siempre ceñida a las pautas dispuestas por el ordenamiento jurídico”*.

De esta manera, concluye que la perención de la instancia y el acto de procedimiento no son figuras propias del derecho administrativo, ni del derecho procesal administrativo, o cualquier otra rama o materia del derecho, sino que son conceptos del derecho procesal en general, opinión que compartimos. Por ello, la institución regulada en el derogado artículo 86 de la LOCSJ (ahora artículos 94, 95, 96, 137, 153 y 189, de la LOTSJ, y artículo 41 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa), tiene su origen en la perención ordinaria regulada por el CPC desde el año 1904, aunque el fallo comentado señala al de 1916, cuyas normas son de aplicación supletoria en el proceso administrativo, de conformidad con lo establecido en el artículo 88 eiusdem (ahora artículo 98 de la LOTSJ y artículo 31 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa)⁵⁹.

⁵⁸ Mediante sentencia N° 2.673, exp. N° 01-2.782, de fecha 14/12/2001, que ratificó el criterio establecido en sentencia N° 956, exp. N° 00-1491, de fecha 01/06/2001, que a su vez fue ratificado en sentencia N° 2.910, exp. N° 02-0086, de fecha 20/11/2002.

⁵⁹ No olvidemos además que cuando se aprobó el CPC de 1916 se produjo una discusión de si se trataba de un sistema objetivo o del sistema italiano, siendo aceptado el último.

Indicó la Sala Constitucional que con la reforma del CPC realizada en el año 1986, la figura de la perención fue objeto de varias modificaciones, consagrándose de manera expresa que no se producirá perención por la inactividad del juez después de vista la causa (artículo 267 del CPC), criterio que fue adoptado posteriormente por la Sala Política Administrativa, en concordancia con el dispositivo contenido en el artículo 86 de la LOCSJ, para aplicarlo a los procedimientos que por ante dicha Sala cursaban. Por lo que también en el proceso contencioso administrativo, las partes están obligadas a impulsar el juicio, aun en aquellos casos en que el proceso se halle detenido a la espera de una actuación que corresponde exclusivamente al juez. Sin embargo, cuando no pueden las partes realizar actuación alguna debido a que su intervención en el proceso ha cesado, como cuando el juicio entra en etapa de sentencia, no tienen obligación legal de realizar actos⁶⁰, no hay ningún otro sujeto procesal distinto del juez, que tenga la posibilidad de actuar para impulsar el proceso de manera obligatoria. Por ello, resultaría un error sancionar a las partes por una inacción no imputable a ellas, con la perención de la instancia, ya que no se le puede exigir actuaciones posteriores.

Así las cosas, el lapso de la perención que establecía la LOCSJ (ahora la LOTSJ), inicia el día siguiente al que se realice el último acto de proceso de las partes, en el que tenga la posibilidad cierta de realizar alguna actuación como carga y que son los informes. Por ello, no puede haber perención en estado de sentencia, ya que se debía y se debe interpretar armónica y concatenadamente las disposiciones contenidas en la ley que regula el máximo tribunal con el CPC que se aplicaba supletoriamente en los procesos contenciosos administrativos⁶¹ y otros procesos judiciales especiales. Además, ésta ha sido también interpretación pacífica de la Sala de Casación Civil⁶², que la perención no corre después que la causa entre en estado de sentencia. Por ello, el cambio inesperado de dicha doctrina, perjudicó a los usuarios del sistema de

⁶⁰ Como ocurre en el proceso administrativo con la presentación de informes que constituye la última actuación de las partes en relación con la controversia, según lo dispuesto en el artículo 19 párrafo 9 de la LOTSJ, siendo que lo relevante no es que no puedan efectuar actos sino que no tienen la obligación de hacerlo y por ello no se puede decir que hay falta de interés.

⁶¹ Aplicable de manera obligatoria por la sentencia de la SC N° 2.673 de fecha 14/12/01, exp. N° 01-2.782 caso DHL, desde el 1 de junio de 2001.

⁶² Salvo las excepciones mencionadas en las sentencias de la SCC de fechas 03/08/1928, 06/12/1973, 31/05/1979, 12/05/1986, mencionadas por Rengel-Romberg, Aristides, *Op. Cit.*, pp. 374 a 375.

justicia, quienes actuaban de buena fe creyendo que la inactividad del juez después de vista la causa no acarrearía la perención⁶³.

Igualmente, la Sala Constitucional⁶⁴, dictaminó que se reconocían los efectos extensivos del criterio establecido en la sentencia N° 588 de fecha 25/03/2002, expediente N° 01-1.783, caso: Inversiones Anyudrelka C.A., como expresión de la potestad correctiva de la Sala Constitucional, para delimitar y hacer vinculante a todos los tribunales del país al criterio interpretativo de la Constitución, en defensa de una aplicación coherente y unificada de la Carta Magna, dictaminando que quienes no participaron en tal juicio, ni en los que dieron lugar a las decisiones del 1 de junio de 2001 (sentencia N° 956) y 14 de diciembre del mismo año (sentencia N° 2.673) (referentes a la no perención de la instancia después de que se entra en estado de sentencia), tenían derecho de adherirse a ese fallo y solicitar su ejecución, ya que gozaban de los efectos del mismo, siempre que acreditaran en autos fehacientemente su condición de parte en un juicio instaurado ante la Sala Político Administrativa y que en dicha causa, con posterioridad al 1 de junio de 2001, esa Sala hubiese declarado la perención y, en consecuencia, la extinción de la instancia, después de vista la causa; y aún antes de esa fecha, si la perención declarada fuere nugatoria del Estado de derecho y de justicia.

También en esta sentencia⁶⁵ se destacó que si la parte recurrente solicitaba mediante diligencia se dictara sentencia, con ello reactivaba el proceso y demostraba el interés que tenía en que fuese decidida la causa, siendo que si desde la fecha en que se realizaba dicha diligencia hasta la fecha en que se dictaba la sentencia, no había transcurrido el lapso de un año, esto no ocasionaría la perención. Por lo que, si se deseaba declarar la perención de la instancia, se debía hacer mientras la causa está paralizada y no después de efectuar la diligencia o pedimento, ya que ello no es posible cuando la parte recurrente cesa su inactividad al diligenciar y reactiva el proceso, ya que de no haberlo hecho, hubiese ocasionado la perención y consecuente extinción de la instancia⁶⁶.

⁶³ Se debe destacar que este criterio establecido por la Sala Constitucional con posterioridad, fue acogido por la SPA, tal como se evidencia en la sentencia N° 05904, exp. N° 2003-0216, de fecha 11/10/2005, publicada el 13/10/2005, de la SPA; así como en la sentencia N° 06577, exp. N° 1.999-16.730, de fecha 20/12/2005, publicada el 21/12/2005, entre otras.

⁶⁴ En sentencia N° 95, exp. N° 02-0757, de fecha 06/02/2003.

⁶⁵ N° 95, exp. N° 02-0757, de fecha 06/02/2003.

⁶⁶ Esta afirmación que efectúa la SC de que la actuación de la parte en la que pide se le dicte sentencia no opera la perención, es contradictorio con todo lo que se ha dicho respecto a que la

La Sala Constitucional⁶⁷ estableció que la inactividad de las partes que se produce en el juicio principal antes de haber dicho “vistos”, permite la procedencia de la sanción de la perención que deriva de la falta de impulso procesal por más de un año en ese juicio, aunque haya actividad procesal en el cuaderno separado donde se ventile de manera subsidiaria cualquier asunto. Por lo que resulta inaplicable en estos casos el criterio establecido en la sentencia de la Sala Constitucional N° 95, expediente N° 02-0757, de fecha 6 de febrero de 2003, relativa a que cualquier diligencia reavivaba el proceso, ya que el supuesto planteado en el referido fallo se refiere a la reactivación del proceso paralizado por más de un año, después de “vistos” y no de otro tipo de decisión judicial como las interlocutorias.

Otra interpretación con respecto a cómo se debe entender lo establecido en el artículo 267 del CPC, respecto a la inactividad del juez después de vista la causa, la establece la Sala Constitucional⁶⁸, al indicar que el “*Código señala que toda instancia se extingue por el transcurso de un año sin haberse ejecutado ningún acto de procedimiento por las partes (artículo 267); y agrega, que la inactividad del juez después de vista la causa, lo que se entiende que es solo con relación al fallo de fondo, no producirá la perención. Ella tampoco tendrá lugar cuando el proceso se encuentre en consulta legal, ante el juez que ha de conocerla (artículo 270 del Código de Procedimiento Civil)*”.

misma no procede cuando la causa se encuentra en estado sentencia. Por otro lado el, indicar posteriormente que si la parte actúa en el proceso luego de transcurrido un año antes que el juez decreta la perención ésta se interrumpe y no la puede dictar, es también contrario al ordenamiento jurídico y la jurisprudencia que señala que la perención procede *ope legis* o de pleno derecho, independientemente de que sea señalada la misma mediante sentencia. Sin embargo, parece ser esta sentencia un caso aislado que no fue reiterado con posterioridad, ya que las sentencias de la Sala Constitucional han seguido señalando que la perención no opera luego que se encuentra la causa para sentenciar y que la misma opera de pleno derecho independientemente de su declaratoria por el juez.

⁶⁷ Esto se refleja en la decisión de la Sala Constitucional en la sentencia N° 2.809, exp. N° 03-0612, de fecha 29/09/2005, en donde se señala que una decisión interlocutoria como medida cautelar no se puede considerar dentro de los supuestos del artículo 267 del CPC, ya que este se aplica únicamente a la sentencia de fondo o definitiva que es después de vista la causa y no en las decisiones que debe tomar el tribunal previamente, siendo este un criterio contrario al establecido por la SCC en la sentencia N° 217, exp. N° 00-535, de fecha 02/08/2001 ya citada, que se debe recordar era excepcional y que señalaba que la perención no procede ante cualquier inactividad del juez dentro del proceso ante una actuación que dependa de él como la decisión de cuestiones previas.

⁶⁸ Criterio que estableció en sentencia N° 956, exp. N° 00-1.491, de fecha 01/06/2001, en la cual señaló que esa interpretación tiene plena validez para todos los procesos que se rigen por el CPC.

Ahora, con la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, publicada en la G.O. N° 39.447, del 16 de junio de 2010, reimpressa por error material en la G.O. N° 39.451 del 22 de junio de 2010, establece en su artículo 41, establece algunas novedades en cuanto a la institución de la perención, al señalar que toda instancia se extingue por el transcurso de un año sin haberse ejecutado ningún acto de procedimiento por las partes, pero esta vez estableciendo de manera expresa que la misma no procede cuando el acto procesal siguiente le corresponda al juez, e incluso va más allá al señalar en qué supuesto no ocurre como lo serían la admisión de la demanda, la fijación de la audiencia y la admisión de pruebas. Incluso, indica que declarada la perención, se podrá interponer nuevamente la acción inmediatamente después de la declaratoria, sin tener que esperar un lapso de tiempo como si lo establece el artículo 271 del CPC.

B. Excepciones a la procedencia de la perención de la causa cuando se encuentra en estado de dictar sentencia

Igualmente, considera la Sala Constitucional en el fallo que venimos comentando⁶⁹, que el principio establecido de que la perención no corre después de vista la causa, no es absoluto, ya que después de vista la causa, pueden ocurrir situaciones como la suspensión del proceso por más de seis meses, de conformidad con los supuestos establecidos en el artículo 267.3 del CPC, sin que transcurrido dicho término los interesados gestionen la continuación de la causa, ni cumplan las obligaciones que la ley les impone para proseguirla, con lo que perimirá la instancia, aunque se encuentre en estado de sentencia, ya que en este artículo no se excluye expresamente la perención si la causa ya se ha visto, ni distingue en qué estado ella se encuentra, en contraposición con los otros ordinales de dicha norma, y con el enunciado general de la misma, mucho más si la inactividad procesal es atribuible a las partes, por lo que ellas deben asumir las consecuencias de su inactividad.

Se debe diferenciar la naturaleza de la detención procesal o de la suspensión del juicio para que no proceda la perención, ya que si existe algún motivo legal para que el juicio entre en esta situación, se mantendrá así hasta que transcurra el motivo de la suspensión, pero luego se necesita que exista impulso de las partes en el proceso que continúa

⁶⁹ Sentencia N° 956, exp. N° 00-1.491, de fecha 01/06/2001.

automáticamente, porque si no lo hacen, se comienza a computar el término para perimir⁷⁰, por lo que el juez pierde la facultad de impulsar de oficio el proceso hasta su conclusión⁷¹.

Considera la Sala Constitucional⁷² que estando la causa en estado de sentencia, puede paralizarse por razones casuísticas, con lo que las partes dejan de estar a derecho, y por ende el tribunal no puede actuar, siendo necesario que una de las partes inste al juez para que sean notificadas las otras partes no actoras. Esto conduce necesariamente a la ruptura de la permanencia a derecho de las partes⁷³. Consecuentemente, luego señala la sentencia de la Sala Constitucional N° 956 de fecha 1 de junio de 2001, expediente N° 00-1.491, caso Fran Valero Gonzales y Milena Portillo Manosalva de Valero, que en los tribunales reposan procesos que tienen más de veinte años en estado de sentencia, ocupando espacio en el archivo, los cuales a veces, contienen medidas preventivas dictadas *ad eternum*, hasta que un día, después de años, se pide la sentencia; igualmente dice que hay tribunales sobrecargados de expedientes por decidir, provenientes de la desidia en la estructuración del poder judicial. Por ello, lo procedente ante esa inacción prolongada y no solicitud de sentencia, como interpretación del artículo 26 Constitucional, en cuanto a lo que debe entenderse por justicia oportuna, si la causa paralizada ha rebasado el término de la prescripción del derecho controvertido, a partir de la última actuación de los sujetos procesales,

⁷⁰ Un ejemplo se ve en el ordinal 3° del artículo 267 del CPC cuando resta del lapso de perención el término de suspensión legal, el cual prevé que a partir de la terminación del lapso legal de suspensión comienza a contarse el de perención de nuevo, ya que la causa continúa y si no se activa se paraliza y perimirá.

⁷¹ Esta obligación del juez la establece el artículo 14 del CPC.

⁷² Sentencia N° 956, exp. N° 00-1.491, de fecha 01/06/2001.

⁷³ Ejemplo de esto señala la Sala (sentencia N° 956, exp. N° 00-1.491, de fecha 01/06/2001), es cuando las diversas piezas de un expediente que se encuentra en estado de sentencia se desarticulan y se envían a diversos tribunales, sin que el tribunal a quien le corresponde la última pieza para sentenciar, pueda hacerlo, ya que no tiene el resto de los autos y no sabe dónde se encuentran. Por eso, la causa se paraliza, las partes dejan de estar a derecho, y al juez no puede hacer nada, sino esperar que los interesados le indiquen dónde se encuentra el resto de las piezas, para recabarlas y por esa solicitud reconstituir a derecho a los litigantes.

También señala como ejemplo las reorganizaciones de las competencias de los tribunales, que son notoriedad judicial y que por ello surge una inactividad imputable a las partes, que ocurre en estado de sentencia, que configura una carga incumplida de los litigantes porque es a ellos a quien perjudica y no al tribunal que se encuentra imposibilitado de actuar. Sin embargo, consideramos que este señalamiento es ilógico ya que el juez al verse que deja de tener competencia éste puede y debe declinar la misma al tribunal competente tal como lo hace en diversos procesos, sin necesidad de que las partes lo soliciten, tal como lo establecen los artículos 60, 69 y 70 del CPC.

permite que el juez que la conoce puede de oficio o a instancia de parte, declarar extinguida la acción y nunca la perención, previa notificación del actor, en cualquiera de las formas previstas en el Art. 233 del CPC, si ello fuere posible, y de no serlo, por no conocer el tribunal dónde realizar la notificación, o no poder publicar el cartel, con la fijación de un cartel en las puertas del tribunal⁷⁴.

C. El avocamiento y la perención

Otro aspecto relativo a la perención, es si es aplicable y procede cuando se está ante una solicitud de avocamiento frente alguna de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia. Al respecto, se puede observar que la Sala C en sentencia N° 4.294 de fecha 12 de diciembre de 2005, expediente N° 03-2.358, caso Asociación Civil El Poder es el Pueblo y Asociación Civil Fuerza Bolivariana Venezolana, señaló que no opera la perención sino la pérdida del interés procesal que causa el decaimiento de la acción, según lo establecido en la sentencia N° 956, expediente N° 00-1.491, de fecha 1 de junio de 2001, motivo por el cual hizo ese criterio extensivo a los casos de avocamiento, no obstante las particularidades que los distinguen (en esta oportunidad no se trataba de una solicitud que se sostuviera en unos derechos sujetos a prescripción, ni había un acto procesal donde se tuviera por “vista” la causa), ello obligó a la Sala a verificar si los solicitantes efectivamente perdieron interés en la petición de avocamiento, por lo que ordenó notificar a las asociaciones solicitantes, a fin de que en un plazo informaran si mantenían su interés en que fuera decidida la solicitud presentada y justificaran la falta de impulso procesal.

Posteriormente la Sala Constitucional en sentencia N° 380 de fecha 14 de marzo de 2008, expediente N° 05-1.877, caso Banco de Desarrollo Económico y Social de Venezuela (BANDES), indicó que la institución de la perención no es cónsona con la naturaleza del avocamiento,

⁷⁴ La falta de comparecencia de los notificados en el término que se fije, o las explicaciones poco convincentes que exprese el actor que compareciere, sobre la causa de su inactividad y los efectos hacia terceros que ella produjo, las ponderará el juez para declarar extinguida la acción. Todo esto sin perjuicio de las sanciones de las que sean merecedores los jueces por la dilación cometida. También indica que resultaría contrario al Estado de Derecho y de Justicia que en se aplique en los tribunales estrictamente la doctrina creada, por lo que cuando los términos de prescripción de los derechos ventilados sean de un año o menos, vencido un año de inactividad en estado de sentencia, sin impulso del actor, si en el año siguiente al de la prescripción no hay impulso de su parte, se tendrá tal desidia procesal como muestra inequívoca que los accionantes perdieron el interés procesal en dicha causa.

ya que su naturaleza lleva implícita la presunta violación de principios jurídicos fundamentales contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Tratados, Pactos o Convenios Internacionales suscritos y ratificados válidamente por la República, aun cuando por razón de la materia y en virtud de la ley, la competencia le esté atribuida a otra Sala⁷⁵; siendo que luego de iniciado el trámite del avocamiento, mediante la solicitud de remisión del expediente para verificar la procedencia del mismo con la consecuente suspensión de la tramitación del procedimiento, previo al avocamiento de la causa, resultaba impropcedente la aplicación de la perención de la instancia, por cuanto la admisión y solicitud de los expedientes, implica la afectación al orden público y a la garantía del juez natural y del doble grado de jurisdicción (competencia), ya que en dichos procedimientos el principio dispositivo cede ante el interés general de la Sala Constitucional en el mantenimiento del orden público procesal en un determinado proceso.

No obstante lo anterior, consideró la Sala Constitucional que si introducida la solicitud de avocamiento y antes de que el tribunal emita pronunciamiento alguno, la parte no demostraba un interés en la resolución del mismo, debía el tribunal respectivo declarar terminado el procedimiento por abandono del trámite, conforme al criterio expuesto en sentencia de esa Sala N° 870 de fecha 8 de mayo 2007, expediente N° 04-0765, caso Carlos Yáñez y otros, ya que la Sala Constitucional, en ningún momento había valorado la afectación del orden público, aunado al hecho, de que si en la oportunidad de dictar su decisión el tribunal apreciaba la incursión de una violación del orden público, se podría desestimar la misma y efectuar la solicitud de los expedientes. Por ello, para en aras de preservar la seguridad jurídica, la tutela judicial efectiva y el debido proceso, a los fines de evitar daños prácticos irreparables, consideró darle efectos exclusivamente *ex nunc* (hacia el futuro) a ese fallo, a partir de su publicación, aplicándose ese criterio sólo a las nuevas solicitudes de avocamiento que se iniciaran con posterioridad a su publicación y para las causas que se encontraban en trámite siempre que el tribunal correspondiente aún no hubiera emitido pronunciamiento sobre la admisibilidad del avocamiento para la fecha de la publicación de la esa decisión.

⁷⁵ Artículo 5.4 de la LOTSJ.

D. La perención en el ámbito laboral

Ahora bien, en relación a los procesos laborales, la Sala Constitucional señaló que las normas establecidas en los artículos 201 al 204 de la LOPT, recogen dos supuestos de perención en materia laboral: 1) que como regla general con sólo el transcurso del tiempo, sin que las partes realicen actuaciones que demuestren su propósito de mantener el necesario impulso procesal, origina la perención y se verifica de pleno derecho, la cual puede declararse de oficio; y 2) que la perención de la instancia después de vista la causa, opera transcurrido un lapso superior a un año sin que exista actividad alguna de las partes o del Juez⁷⁶.

La Sala de Casación Social en sentencia N° 1.800 de 13 de mayo de 2005, expediente N° 05-0550, caso VIASA y otros, estableció que cuando la causa está para sentenciar, cualquier actuación de parte o del juez impide que opere la perención, siendo cónsono con el artículo 201 de la LOPT, donde incluso el abocamiento que realice un juez y donde además de abocarse ordena las correspondientes notificaciones de las partes, ello constituye una importante actuación que impide la perención.

⁷⁶ Esto se dijo en sentencia N° 195, exp. N° 05-2.317, de fecha 16/02/2006. No obstante el criterio esbozado por la sentencia de la Sala Constitucional, llama la atención que en este caso, en fecha 29/03/2004, el juez Cuarto Superior para el Régimen Procesal Transitorio del Trabajo del Circuito Judicial del Área Metropolitana de Caracas se abocó al conocimiento de la causa y ordenó la notificaciones de las partes para proceder a dictar sentencia dentro de los sesenta días siguientes a la práctica de la última de éstas (folio 260), así como constan a los folios 261 y 262 de las copias certificadas de las actuaciones judiciales, las boletas de notificación libradas el 29 de marzo de 2004, dirigidas a los representantes judiciales de la sociedad mercantil Suelatex, C.A., y al ciudadano Manuel Guzmán García-Alza, aunque tal actuación no fue instada o impulsada por alguna de las partes involucradas en el litigio. Sin embargo, consideró la Sala que no podía concluirse que la misma fuese idónea para interrumpir la perención por inactividad de la parte, en los términos del artículo 201 de la LOPT.

Tal criterio no es compartido, ya que el mismo artículo 201 de la LOPT, dice que *“Igualmente, en todas aquellas causas en donde haya transcurrido más de un (1) año después de vista la causa, sin que hubiere actividad alguna por las partes o el Juez, este último deberá declarar la perención”* (negritas nuestras), con lo que podemos notar que si hubo actuación del juez al ordenar las notificaciones con lo cual se interrumpió el lapso transcurrido para que procediera la perención, por lo que para que ésta efectivamente procediera se debió haber producido una inactividad prolongada por un año tanto de las partes como del juez desde el 29/03/2004, fecha en la cual se ordenó la notificación de las partes o desde la fecha efectiva en que éstas fueron notificadas y no produjeron ninguna actuación en el proceso, y no desde la fecha en que entró en vigencia la LOPT el 13/08/2003 al 17/11/2004, fecha en que se dictó la sentencia por el Juzgado Superior Cuarto para el Régimen Procesal Transitorio del Trabajo. Incluso, esta posición expuesta por nosotros, se ve en la sentencia de la SCS N° 1.800 de fecha 13/05/2005, exp. N° 05-0550, caso VIASA y otros.

Por lo tanto, se termina el proceso bajo la presunción de abandono o pérdida de interés en el juicio, fundado en la falta de impulso procesal por parte de los sujetos de la relación procesal al no instar diligentemente el procedimiento, manteniéndolo paralizado por un tiempo determinado por la ley. Así en el juicio laboral, la perención de la instancia, produce la extinción del proceso, sin impedir el proponer nuevamente la demanda, pero con una imposibilidad *pro tempore*, ya que el demandante no podrá ejercerla en ningún caso, antes de transcurrido el lapso de noventa días después de declarada la perención⁷⁷.

En relación a este caso particular que se da en el proceso laboral en el cual se permite la perención de la instancia en etapa de sentencia de conformidad con el artículo 201 de la LOPT, nos parece que es inconstitucional lo contenido en dicha norma. Efectivamente, si observamos los orígenes de la perención, esta surge como un límite de tiempo al juez para que dicte sentencia y de no hacerlo le generaba responsabilidad; posteriormente se modificó y se estableció como una sanción a las partes por su inactividad siendo que incluso podían renunciar a la aplicación de la misma (criterio subjetivo); y luego se estableció que operaba de pleno derecho (criterio objetivo), habiéndose establecido una discusión entre la SCC y la SPA de si operaba después de dicho vistos, ante la redacción del CPC de 1916 y de la LOCSJ de 1976, llegando a la conclusión evidente de que no podía darse después que la causa entraba para sentenciarse.

Igualmente, como la finalidad de la perención es establecer una sanción, se encuentra relacionada con los principios jurídicos que rigen la materia sancionatoria, como el artículo 49.6 de la CRBV, referente al debido proceso y al principio de tipicidad de las sanciones y las penas, por lo que debe ser las normas relativas a perención de interpretación restrictiva y aplicación taxativa, aunado a lo dispuesto en el artículo 4 del CC y en los artículos 12, 14 y 206 del CPC, siendo además que se encuentran involucrados los derechos humanos y también constitucionales establecidos en los artículos 21, 26, 49 y 257 de la CRBV, los artículos 8, 24 y

⁷⁷ No obstante, este Art. 201 de la LOPT es objeto de dos recursos de nulidad ante la Sala Constitucional, aún no resueltos y signados con el número de exp. N° 05-2.131, caso César Dasilva Maita; y exp. N° 06-0814, caso Sacha Rohán Fernández Cabrera, ambos admitidos mediante sentencia N° 73 del 24 de enero del 2006 y N° 1.886 del 24 de octubre de 2006, siendo acumulados en este último fallo y ya publicados los carteles del último expediente, esperando que conste la última de las notificaciones para que le Juzgado de Sustanciación de la Sala Constitucional se pronuncie sobre esto para que corra el lapso de diez días de despacho para consignar las partes sus escritos.

25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Art. XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que consagran el derecho a la tutela judicial efectiva, el debido proceso y la igualdad, que implican el derecho a obtener con prontitud la decisión de fondo correspondiente que satisfaga el derecho, la pretensión o el interés del accionante o recurrente, lo cual debe ser concatenado con el artículo 257 de la CRBV, que además dice que el proceso debe ser expedito, sin dilaciones indebidas, sin formalismos y sin sacrificar la justicia por la omisión de formalidades no esenciales.

Considerar lo contrario, sería liberar al juez de una de sus cargas como sería la de sentenciar, la cual a su vez le genera una serie de responsabilidades ante la inobservancia de tal deber y obligación es una falta grave, que no debe perjudicar a las víctimas del incumplimiento, motivo por el cual se puede solicitar por parte de los interesados que se condene a los jueces por el delito tipificado en el artículo 207 del CP, o acusar la denegación de justicia que funda una sanción disciplinaria, o la indemnización por parte del juez o del Estado de daños y perjuicios (artículo 838 del CPC y artículo 49 de la CRBV); y en lo que al juez respecta, además de hacerse acreedor de todas esas sanciones, si el Estado indemniza puede repetir contra él.

Por las razones expuestas y tomando en cuenta la progresividad de los derechos humanos, es que se han establecido normas como la del artículo 292 de la LOPNA, que ya hemos comentado, y que hace que consideremos que el artículo 201 de la LOPT, es inconstitucional al contrariar toda la normativa señalada anteriormente además del origen, la naturaleza y objetivo que tiene la institución de la perención de la instancia, tergiversándose la verdadera esencia de la misma en un supuesto justificativo de no poseer causas de manera indefinida en las sedes de los tribunales, siendo que para ello existen otros mecanismos como sería el abandono de trámite o la prescripción de la acción.

E. Procesos en los que no procede la perención

La Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y el Código Procesal Civil (aplicable a las causas ante el Tribunal Supremo de Justicia según el artículo 98 de la LOTSJ), establecen que la perención sólo procede de pleno derecho por el transcurso de un (1) año antes de la presentación de los informes contados desde la fecha en que se hubiese efectuado el último acto procesal. Con lo cual después del acto de infor-

mes y cuando la causa se ha “visto”, no procede la perención. No obstante, el artículo 95 la LOTSJ, señala expresamente que la perención no procede en los procesos que comprendan la materia ambiental o penal, cuando se trate de acciones dirigidas a sancionar los delitos contra los derechos humanos, o contra el patrimonio público, o contra el tráfico de estupefacientes o sustancias psicotrópicas. Tampoco procede la perención en los procesos de intereses o derechos colectivos o difusos, así como en los procesos de niños, niñas y adolescentes (artículo 292 de la LOPNNA). Del mismo modo, el artículo 41 de la LOJCA, establece que no opera la perención en relación a la inactividad del juez, cuando el acto procesal siguiente le corresponda a este, como la admisión de la demanda, la fijación de la audiencia y la admisión de pruebas.

Así, notamos que en ciertos supuestos en algunos procesos no procede la perención, pero ello no significa que la inactividad del juez se pueda prolongar indefinidamente en el proceso, ya que eso violaría varios principios de derecho que forman parte consustancial de un Estado de Derecho, siendo algunos considerados derechos humanos y consecuentemente inherentes a la naturaleza humana y universalmente aceptados, lo cual sería igualmente aplicable en aquellos casos en los que sí se puede declarar la perención⁷⁸.

Algunos de los principios constitucionales relevantes en torno a la perención son el de la congruencia, la razonabilidad y la proporcionalidad de cualquier acto del poder público, y especialmente de la ley, como instrumento para alcanzar fines como la seguridad jurídica, que debe proporcionar la certeza de los derechos en discusión, para lo cual es necesario evitar en la medida de lo posible, que los litigios se prolonguen indefinidamente, a los fines de otorgar una adecuada prestación del servicio público de justicia que genere un bien colectivo. Por ello, el juez con su actitud sea que proceda o no la perención, no puede tampoco, prolongar al mismo o soportar mantener en abiertos procesos que no encuentran finalización, para lo cual toma relevancia si lo procedente es declarar la extinción de la acción o el abandono del trámite, ante la

⁷⁸ No olvidemos además que el artículo 22 de la CRBV, establece que el no reconocimiento expreso de algún derecho humano no es óbice para su reconocimiento, por lo que se debe tomar aún más en cuenta lo establecido en los artículos 8, 24 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el artículo XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

imposibilidad de poder declarar la perención después de vistos o en alguno de los procesos en los que no procede la perención.

3.- Los derechos e intereses colectivos o difusos y la perención de la instancia

Otro aspecto importante de resaltar, es como se ha observado la procedencia o no de la perención de la instancia en los casos de los derechos e intereses colectivos o difusos, siendo que al inicio de la celebración de este tipo de procesos en el año 2000, no existía legislación alguna que regulara el procedimiento de este tipo de derechos e intereses, por lo que tampoco había nada que normara de manera directa como se había de entender y aplicar a la perención frente a estos, por lo que en tal sentido fue la jurisprudencia vinculante de la Sala Constitucional la que se dedicó a establecer los criterios y parámetros para ello.

En tal sentido, la Sala Constitucional en sentencia N° 2.867 de fecha 3 de noviembre de 2003, expediente N° 02-0431, caso Defensoría del Pueblo contra Suministros Campesinos C.A. (SUCAM), dijo que a las acciones incoadas para su protección no les es aplicable el lapso de caducidad prevenido para el amparo, no obstante que se haya estimado procedente tramitarlas por la vía de amparo constitucional en lugar de una vía procesal distinta a ésta; razón por la cual el transcurso de seis meses sin que el actor realice alguna actuación, no conlleva, en ningún caso, la declaratoria de abandono del trámite en materia de amparo establecidos en la sentencia N° 982 del 6 de junio de 2001, caso José Vicente Arenas Cáceres. Luego en sentencia N° 4.602 de fecha 13 de diciembre de 2005, expediente N° 03-1996, caso Asociación de Vecinos Lomas de la Esmeralda, Segunda Etapa (ASOLOMES), indicó que “... tal como se ha señalado en sentencias anteriores, se ratifica el criterio respecto a que los derechos e intereses colectivos y difusos son de orden público, razón por la cual a las acciones que son intentadas para su protección no les es aplicable la perención de la instancia.”

También fue un fallo importante, el dictado mediante sentencia N° 2.477 de fecha 18 de diciembre de 2006, expediente N° 04-1.989, caso Jimmy Javier Muñoz Soto, en el cual se señaló que el incumplimiento de la obligación por parte del accionante, de efectuar la publicación de los carteles o de los edictos durante el lapso de un año, conlleva a la perención de la instancia de conformidad con el artículo

267.1 del CPC y, en consecuencia, se debe ordenar el archivo del expediente, siguiendo los criterios establecidos en la sentencia N° 1.238 de fecha 21 de junio de 2006, caso Gustavo González Velutini⁷⁹, el cual es aplicable a los procesos de *habeas data*, nulidades de actos particulares, recursos de interpretación, conflictos de autoridad, colisión normativa, etc., por estimar conveniente hacer extensivo dicho criterio, a los demás procesos en los mismos términos, salvo en aquellos casos en particular en que por estar involucrados el orden público y el bien común decida la Sala Constitucional no aplicarlo, y con respecto a las acciones de amparo y demandas interpuestas en protección de los derechos o intereses colectivos o difusos, ya que en esta materia, por su naturaleza, efectos y consecuencias son de orden público y, por lo tanto, no existe la perención, caducidad, desistimiento o lapsos para solicitar aclaratoria o ampliación, ya que la actuación de uno no puede afectar a toda la colectividad, y por estimar que para ello también está la Defensoría del Pueblo que puede continuar la representación del colectivo en el proceso.

Lo anterior se vio reiterado en la sentencia N° 1.778 de fecha 5 de octubre de 2007, expediente N° 03-1.105, caso Isabel Parra, que ratifica lo dicho en la sentencia N° 1.837 de 20 de octubre de 2006, expediente N° 04-3198, caso Kanaimö en la que dijo que la extinción de la instancia por la pérdida de interés del demandante por no cumplir con la carga procesal impuesta para lograr el emplazamiento del demandado mediante la publicación y consignación del edicto a pesar que los accionantes gozaban de una medida cautelar a su favor, no permitía declarar la perención por prohibición expresa contenida en el artículo 19 aparte 16 de la derogada LOTSJ de 2004, pero que era evidente la pérdida del interés del actor en la continuación de la tramitación de la acción,

⁷⁹ En este caso se estableció cuándo y cómo procedía la perención de la instancia en el recurso de nulidad por inconstitucionalidad una vez verificado el lapso de un año sin actividad procesal alguna; ante la inexistencia de plazos procesales para que el recurrente solicitara el cartel y el edicto, para que el Juzgado de Sustanciación efectivamente los librara, y para que el recurrente los retirara, lo que permitía la prolongación del proceso en periodos que nunca excedían de trescientos sesenta y cuatro días; sobre todo al considerar que hay una inexistencia de una verdadera citación, que impedía que se dieran soluciones certeras a la problemática de la fase de emplazamiento mediante cartel y mediante edicto. En ese sentido bajo una concepción cabal de la citación, en el marco del artículo 21 párrafo 12 de la LOTSJ, se dio cabida a la aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 267.1 del CPC y con ello respuestas eficaces a las distorsiones procesales señaladas, en virtud de que se estableció un plazo y una consecuencia jurídica a las cargas estatuidas en torno al emplazamiento mediante cartel y que se había aplicado por la SPA en sentencia N° 5.481 de 11/08/2005, exp. N° 2002-0679, caso Miguel Ángel Herrera Herrera, acogida por la Sala Constitucional.

siendo que tal solución, es viable siempre que los accionantes, no el Ministerio Público que no incoó la demanda, manifestaren su voluntad de impulsar de alguna forma el proceso, o tal impulso proviniera de la Defensoría del Pueblo, como representante nato de los derechos e intereses difusos y colectivos, conforme al artículo 281.2 constitucional, pero al no efectuarse se denotó una falta de interés, que se constató porque han transcurrido los lapsos aplicables al proceso oral del Código de Procedimiento Civil, sin que los accionantes hubiesen instado el proceso. De esta manera se observaba, que cuando estaban involucrados los derechos o intereses colectivos y difusos no procedía la perención sino la pérdida del interés o abandono del trámite según la Sala Constitucional, y aún así alguna actuación de los actores puede evitar que se produzca la misma.

Sin embargo, la Sala Constitucional no había seguido su propio criterio vinculante, como se puede observar en las sentencias N° 3.648 de 19 de diciembre de 2003, expediente N° 03-0831, caso Fernando Asenjo Rosillo y otros; sentencia N° 672 de 16 de abril de 2007, expediente N° 06-0454, caso Jhoanna Pérez; y sentencia N° 708 de 29 de abril de 2008, expediente N° 08-0124, en las que indicó que “... *los derechos e intereses colectivos y difusos, son de eminente orden público, por ello a las acciones incoadas para su protección no les es aplicable el lapso de caducidad prevenido para el amparo, razón por la cual no corre el transcurso de seis meses desde que surge la violación a la calidad de vida; y de invocarse, tampoco es aplicable el criterio de que la inactividad procesal del actor por seis meses, conllevará la declaratoria de abandono del trámite, como en materia de amparo constitucional lo ha declarado esta Sala, a partir de la sentencia dictada el 6 de junio de 2001 (caso: José Vicente Arenas Cáceres) y publicada en la Gaceta Oficial n° 37.252 del 2 de agosto de 2001, salvo lo concerniente a la perención prevista en el Código de Procedimiento Civil* (resaltado nuestro).” Por lo que de conformidad con el artículo 19 aparte 15 de la derogada LOTSJ de 2004, al observar inactividad procesal de los accionantes en la causa que excedía el lapso de un (1) año que establecía la norma señalada, declaró la perención, de conformidad con el criterio jurisprudencial aludido y con lo previsto en el artículo 267 del CPC y, en consecuencia, declaró la extinción de la instancia en la presente acción de protección de derechos o intereses difusos o colectivos interpuesta.

Como se puede observar de los fallos indicados en el párrafo anterior, la Sala Constitucional empleó y estimó aplicable la perención de la instancia en asuntos en los que estaban involucrados los derechos e intereses colectivos y difusos, con lo cual consideramos que se incurrió en un

lapsus calamitatis, en razón que se trata de una materia en la que se encuentra involucrado el orden público, siendo que cuando éste está presente no operaba la perención por disposición legal y jurisprudencial vinculante, por lo que estimamos que se confundió a la perención con la pérdida del interés o abandono de la instancia que permite que se aplique la prescripción de la acción, siendo que en casos posteriores tal posición ha fue modificada y se continuó con el criterio que al tratarse de asuntos de orden público no operaba la perención⁸⁰.

No obstante, con la actual LOTSJ de 2010, en sus artículos 146 al 166, se establece una breve regulación del procedimiento en materia de derechos e intereses colectivos o difusos, siendo que en su artículo 153, en relación al cartel de emplazamiento, consagra que el cartel de emplazamiento debe ser publicado en un diario de circulación nacional o regional, según el caso, para que los interesados o interesadas concurren dentro del lapso de diez días de despacho siguientes a que conste en autos su publicación, teniendo la parte demandante un lapso de diez días de despacho, contados a partir del momento en que se haya librado el cartel para retirarlo, publicarlo y consignarlo en autos, siendo que si la parte demandante incumpliere con esta carga se declarará la perención de la instancia y se ordenará el archivo del expediente; salvo que existan razones de orden público que justifiquen la continuación de la causa, en cuyo caso, el cartel deberá ser publicado por el Tribunal.

Por lo tanto, ahora con esta normativa sí se permite que se produzca la perención de la instancia por la falta de retiro, publicación y consignación de los carteles de emplazamiento dentro del lapso estipulado, lo cual no era posible antes, estableciendo como excepción a la aplicabilidad de la misma el que existan razones de orden público que justifiquen la continuación de la causa. Al respecto, nos planteamos la siguiente pregunta, es que acaso la materia de los derechos e intereses colectivos o difusos, que afectan a todas las personas o a un grupo considerable de ella, no es siempre de orden público⁸¹. A nuestro criterio, esta materia

⁸⁰ Como la sentencia N° 1.560, de fecha 21/10/2008, exp. N° 07-0796.

⁸¹ Entendemos por orden público, al conjunto de condiciones fundamentales de vida social instituidas en una comunidad jurídica, que mantienen una situación de normalidad en la que vive un Estado cuando se desarrollan las diversas actividades, individuales y colectivas sin que se produzcan perturbaciones o conflictos, y las cuales, por afectar centralmente a la organización de ésta, no pueden ser alterados por la voluntad de los individuos, por lo que es sinónimo de un deber, que se supone general en los ciudadanos, de no perturbar el buen orden de la cosa pública, del Estado, de los servicios públicos, la seguridad, la moralidad de las relaciones entre los particulares y de los cuales no pueden apartarse estos en principio en sus convenciones y tratos.

siempre involucra el orden público y, por lo tanto, nunca le sería aplicable la institución de la perención, motivo por el cual consideramos inconstitucional esta norma, ya que este tipo de derechos e intereses siempre se encuentra estrechamente vinculados a los derechos humanos, los derechos constitucionales y a la calidad de vida de los ciudadanos, lo cual explicaremos mejor en el siguiente punto.

En este sentido, podemos observar que la Sala Constitucional en sentencia N° 97 de 25 de febrero de 2011, expediente N° 09-0794, caso Rómulo Crisólogo Galaviz Villamizar; haciendo un análisis de la perención breve establecida en el artículo 267.1 del CPC y la entrada en vigencia de la actual LOTSJ del 2010, llegó a la conclusión de que “... visto que la parte demandante no cumplió con la carga de retirar, publicar y consignar, en el lapso previsto para ello, el edicto ordenado por esta Sala en el dispositivo quinto del fallo núm. 1377 del 29 de octubre de 2009 librado por la Secretaría el 18 de noviembre de ese mismo año, la Sala, congruente con el citado criterio, el cual se encuentra, además, estipulado en el artículo 156 de la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, declara la extinción de la instancia por pérdida del interés en la demanda por derechos colectivos y difusos interpuesta por el abogado Rómulo Crisólogo Galaviz Villamizar, en nombre propio y en representación de los derechos e intereses colectivos y difusos de la población consumidora de bebidas gaseosas contra el Grupo Corporativo Empresas Polar C.A. y, solidariamente, contra las compañías PepsiCola Panamericana S.R.L. y PepsiCola Venezuela C.A.”. De hecho y posteriormente en sentencia N° 1136 de 17 de noviembre de 2011, expediente N° 05-2135, caso Asociación de Parceleros de la Lagunita Country Club (ASOPAR), dijo expresamente que “...los intereses en litigio trascienden de los litigantes. En este tipo de demandas, la Sala ha señalado que no procede la perención, pero sí la declaratoria de pérdida de interés procesal de la actora”.

Como se puede observar, en este fallo la Sala Constitucional no habla de perención sino de extinción de la instancia, con lo cual pareciera que para ese momento aún tenía dudas respecto a la procedencia o no de la perención de la instancia en este tipo de procesos. Sin embargo,

Al estar vinculado a diversas disciplinas jurídicas, ofrece especial importancia con respecto a las cuestiones de índole política y administración pública; pero también en materia del derecho social por cuanto se ha atribuido a sus normas la condición de afectar al orden público, por lo cual son irrenunciables.

consideramos que aunque se llegase a estimar que ahora sí está permitida la perención en este tipo de procesos, tendría que establecerse una excepción a ese criterio en caso de instaurarse y sería que cuando la acción se intente en protección de los niños, niñas y adolescentes, nunca procedería la perención porque siempre estaría involucrado el orden público de conformidad con el artículo 12 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

4.- Los derechos humanos, derechos constitucionales y la perención

Es indudable que en un Estado democrático, social de derecho y de justicia, que propugna entre los valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la preeminencia de los derechos humanos, como lo señala el artículo 2 de la CRBV, estos deben encontrarse presentes en todas las actuaciones del Estado, incluyendo la función judicial y de allí en el proceso y en aspectos procesales como el de la perención.

En este sentido la Sala Constitucional en sentencia N° 2.477 de fecha 18 de diciembre de 2006, expediente N° 04-1.989, caso Jimmy Javier Muñoz Soto, indicó que en cuanto a la constitucionalidad de la institución misma de la perención de la instancia, reiteraba el criterio expresado en las sentencias N° 516 del 12 de marzo de 2003, expediente N° 02-1562, caso Inversiones Eracub C.A. y la N° 4.149 del 9 de diciembre de 2005, expediente N° 03-3.168, caso Francisco Machado Carratú, vinculadas a la N° 956 de fecha 1 de junio de 2001, expediente N° 00-1.491, caso Fran Valero González y Milena Portillo Monosalva de Valero, según las cuales “... *la institución de la perención de la instancia no es contraria al derecho ni al debido proceso, contenido en los artículos 29, 253 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, ni al derecho a la tutela judicial efectiva enunciado en el artículo 26 eiusdem, visto que el Juzgado Superior Séptimo en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas consideró erradamente y en contra de la doctrina de esta Sala, que declarar con lugar la solicitud de perención de la instancia formulada por la parte actora hacia nugatorio el ejercicio de los derechos constitucionales antes indicados, este Supremo Tribunal estima necesario revocar el fallo objeto de consulta, por ser el mismo contrario a los derechos a la defensa y al debido proceso formal de Inversiones Eracub C.A., así como a la doctrina de esta Sala en materia*

de perención de la instancia.” De tal manera estima que la aplicación de la perención de la instancia en aquellos casos donde haya ocurrido, no constituye violación alguna de los derechos constitucionales de los justiciables.

Por lo tanto, debemos recordar una vez más que la finalidad de la perención es establecer una sanción, ya que se encuentra vinculada con el orden público visto el carácter de irrenunciabilidad de esta institución y la posibilidad de que el juez la decrete de oficio. También se relaciona con otros principios jurídicos que rigen la materia sancionatoria, como lo sería el artículo 49.6 de la CRBV, referente al debido proceso y al principio de tipicidad de las sanciones y las penas, lo que conlleva a que la interpretación sea restrictiva y aplicación de las normas sea taxativa, en relación únicamente a los supuestos previstos en el ordenamiento jurídico, para su interpretación se debe considerar al artículo 7 del CPC, referente al principio de legalidad de las formas de los actos procesales, los cuales se deben realizar en la forma prevista en el CPC y las leyes especiales, así como con los artículos 196 y 202 *eiusdem* que establecen el principio de legalidad y preclusividad de los actos procesales, señalando que los términos o lapsos para el cumplimiento de los actos procesales son aquellos expresamente establecidos por la ley, motivo por el cual le está vedado al juez crear términos o lapsos procesales⁸².

De allí que se le aplique lo dispuesto en el artículo 4 del CC, en cuanto a la aplicación de esos principios, que junto con lo dispuesto en los artículos 12 y 14 del CPC, establecen el deber de los jueces de tener como norte de sus actos la verdad que procurarán conocer en los límites de su oficio, junto con el deber de actuar como rector del proceso impulsándolo de oficio hasta su terminación, así como de lo dispuesto en el artículo 206 del CPC, el cual le ordena al juez procurar la estabilidad de los juicios evitando o corrigiendo las faltas que puedan anular los actos procesales, por lo que no puede decretar la nulidad de ningún acto si ha alcanzado éste su fin, debido a que esto no es más que el desarrollo legislativo de lo establecido en los artículos 21, 26, 49 y 257 de la CRBV, los artículos 8, 24 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el artículo XVIII de la Decla-

⁸² Como el juez tiene prohibido crear términos o lapsos procesales, es una de las razones por las cuales la Sala Político Administrativa no podía colocar como una nueva carga efectuar actos procesales después de que la causa entraba en estado de sentencia, tal como lo efectuó con la sentencia N° 00095, del exp. N° 5.408, de fecha 08/02/2001, publicada el 13/02/2001.

ración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que consagran el derecho a la tutela judicial efectiva, el debido proceso y la igualdad, que implican el derecho a obtener con prontitud la decisión de fondo correspondiente que satisfaga el derecho, la pretensión o el interés del accionante o recurrente, lo cual debe ser concatenado con el artículo 257 de la CRBV, que además dice que el proceso debe ser expedito, sin dilaciones indebidas, sin formalismos y sin sacrificar la justicia por la omisión de formalidades no esenciales.

Con respecto a la tutela judicial efectiva, se encuentra reconocido en el ámbito constitucional en el artículo 26 que consagra que toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente y como ya se señaló el declarar la perención de la instancia no es atentatorio contra este derecho humano y constitucional si se da de conformidad con el ordenamiento jurídico y antes de que la causa entre en estado de sentencia, a diferencia de lo establecido en el artículo 201 de la LOPT, ya que este artículo, como indicáramos, lo que hace es liberar de su responsabilidad al juez y desnaturaliza lo que es realmente la perención. No se debe olvidar que este derecho no sólo se vincula con los principios de economía procesal, celeridad, concentración, eventualidad, saneamiento, a obtener decisión, ejecución de sentencia, acceso a la justicia, entre otros, sino que se vincula también a que la interpretación de la norma procesal ha de hacerse de la manera en que más favorezca a la operatividad efectiva del derecho sustancial, lo cual es aplicable en el caso de la perención⁸³.

Del mismo modo, el derecho a la tutela judicial efectiva o eficaz, es un derecho básico sobre todo en el aspecto procesal, ya que se ve como un objetivo final de todo el proceso, en el que se encuentran involucrados los derechos al libre acceso a la jurisdicción y al proceso; el derecho a la defensa; el derecho a obtener una resolución fundada en derecho que ponga fin al proceso (punto que nos interesa para el tema que tratamos)⁸⁴; y el derecho a la efectividad de la tutela o cumplimiento

⁸³ Así lo indica De Los Santos, Mabel. *El debido proceso en la práctica judicial*. pág. 186, en la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Año III-Nº 4, 2004. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, 2004.

⁸⁴ Dentro del derecho a la tutela judicial efectiva esta el obtener una decisión y que dicha decisión se encuentre fundada en derecho, debiendo: 1) la norma seleccionada para su aplicación sea escogida de manera razonada y razonable, de acuerdo al sistema de fuentes; 2) la norma ele-

de la sentencia. Los órganos jurisdiccionales no pueden trabar el acceso a la jurisdicción creando obstáculos irrazonables o inexistentes, así como tampoco los pueden establecer durante el proceso, tampoco el legislador puede establecer impedimentos excesivos, formalistas o desproporcionados para el acceso al proceso o su desarrollo ya que ello iría en contra de este derecho constitucional y humano, tan sólo se puede limitar sobre la base en otros derechos constitucionalmente protegidos, y guardando siempre el principio de la proporcionalidad, debiendo los jueces interpretar siempre en el sentido más favorable y *pro actione o favor actionis*⁸⁵.

En lo relativo al debido proceso y el derecho a la igualdad, tampoco se ven afectados los derechos constitucionales por la aplicación de la perención de la instancia, no olvidemos además que los derechos constitucionales no son ilimitados sino que todos ellos se encuentran restringidos por la Constitución y las leyes, pero el dejar que después de vista la causa en materia laboral la perención pueda ser declarada por la inactividad del juez, sí produce violación a estos derechos constitucionales, ya que no se trataría con igualdad a las partes de los juicios laborales que las partes que intervienen en el resto de los procesos judiciales y no se estaría respetando las reglas procesales que ya hemos mencionado respecto a las cargas, deberes y obligaciones de los sujetos que intervienen en el proceso, aunado a que se desvirtúa como ya se dijo la naturaleza, fines y objetivos de la perención.

Los derechos humanos son progresivos, tal como lo indica el artículo 19 CRBV y los pactos, tratados, declaraciones y convenciones internacionales sobre esta materia, siendo que si se ha establecido y dicho que no hay perención después de vistos, en razón de la naturaleza, objetivo y finalidad de la perención, no se puede pretender desviar y desnaturalizar lo que es dicha institución mediante artilugios legislativos,

gida ser la adecuada al caso concreto y que no afecte ningún derecho constitucional de manera arbitraria; 3) que se explique razonadamente porque se seleccionó dicha norma y la solución por ella contemplada; y 4) que la norma seleccionada sea constitucional y se aplique e interprete de conformidad con la Constitución. Por ello, al tomar en consideración los puntos anteriores cuando se aplica la norma contenida en el artículo 267 del CPC no se vulnera derecho alguno, a diferencia de lo que ocurre con el artículo 201 de la LOPT, que como se ha indicado ya en la presente obra es inconstitucional, ya que no está fundada en derecho al sustentarse en una norma que es totalmente inconstitucional e inválida.

⁸⁵ Para profundizar más sobre el derecho a la tutela judicial efectiva se puede consultar a Chamorro Bernal, Francisco. “*La tutela judicial efectiva*”, Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, España, 1994; igualmente ver a **Picó i Junoy, Joan**, “*Las garantías constitucionales del proceso*”, J.M. Bosch Editor, 3ra. Reimpresión, Barcelona, España, 2002.

ya que con ello se estaría lesionando el acceso a la justicia, la tutela judicial efectiva, el debido proceso y el derecho a la igualdad. De hecho, por ello es que el artículo 292 de la LOPNNA al observar que toda la materia relativa a los niños y adolescentes es materia de orden público, es que en consonancia con lo que es la perención estableció que esta no procede, ya que esa es la excepción para que no se declare la misma.

Todo lo anterior implica el derecho a obtener con prontitud la decisión de fondo correspondiente que satisfaga el derecho, la pretensión o el interés del accionante o recurrente, lo cual debe ser concatenado con el artículo 257 de la CRBV, que además dice que el proceso debe ser expedito, sin dilaciones indebidas, sin formalismos y sin sacrificar la justicia por la omisión de formalidades no esenciales, siendo que por ello al no cumplir los jueces con sus obligaciones de sentenciar incurren en una falta grave, que no debe perjudicar a las víctimas del incumplimiento, motivo por el cual se puede solicitar por parte de los interesados que se condene a los jueces por el delito tipificado en el artículo 207 del CP, o acusar la denegación de justicia que funda una sanción disciplinaria, o la indemnización por parte del juez o del Estado de daños y perjuicios (artículo 838 del CPC y artículo 49 de la CRBV); y en lo que al juez respecta, además de hacerse acreedor de todas esas sanciones, si el Estado indemniza puede repetir contra él, como ya se ha señalado en los párrafos anteriores. No debemos olvidar que las leyes procesales son un conjunto de garantías en donde no todas han sido constitucionalizadas, por no poseer la misma relevancia.

5.- Consideraciones generales respecto a la perención de la instancia

Creemos que se presentan confusiones con respecto a diferentes figuras procesales en relación con la perención, por lo que se estima conveniente realizar ciertas aclaraciones para entender mejor cómo, cuándo y por qué procede la misma. Así, con respecto a la acción⁸⁶ la debemos diferenciar de la pretensión y la demanda. La acción tiene

⁸⁶ Han existido muchas discusiones doctrinales desde mediados del siglo XIX en referencia a lo que se debe entender por acción, con lo cual no es sencillo saber a ciencias ciertas lo que es, pero no hay duda que sin ejercicio de la acción no hay juez con jurisdicción, salvo por las actuaciones de oficio. El derecho subjetivo sustancial se ha separado de la acción y se ve como el acceso a la tutela judicial (relación jurídica Estado-ciudadano que es un derecho subjetivo en sí mismo de tipo procesal), como derecho potestativo y abstracto de obrar.

por contenido la prevalencia del interés en la composición de la *litis* y como sujeto pasivo al juez y órgano que debe resolver la controversia; siendo que el interés constituye el contenido del *derecho subjetivo material*, que es individual, es el interés en litigio; en cambio el interés que constituye el contenido del *derecho de acción* es un interés colectivo, común a las dos partes y a todos los demás ciudadanos, el interés en la composición de la *litis*. Por ello, la acción de las partes no es un derecho subjetivo privado sino público o cívico.

De otro lado la *pretensión* es un acto o declaración de voluntad y no un derecho, y se manifiesta mediante la alegación de un derecho subjetivo material propio⁸⁷, siendo que no se exige la subordinación del interés del otro al interés propio. Por su lado, *la demanda* no es un derecho sino un acto procesal introductorio de la instancia, la cual contiene la acción y la pretensión. Así se concede el poder jurídico a todo ciudadano, para solicitar del juez, la composición de la *litis*, mediante la actuación de la pretensión que hace valer el demandante contra el demandado.

Por ello, en la acción hay un interés público, que se mueve para producir la solución judicial de los conflictos al servicio de un interés privado, en que se funda la pretensión, siendo que la falta de legitimación o de interés hace inadmisibles la demanda por carecer de acción, son prejudiciales de mérito. De esta manera, son condiciones de la acción (condiciones de la pretensión fundada): 1) el interés, no en el sentido material, que es el núcleo del derecho subjetivo, sino en el procesal o instrumental, en el sentido de conseguir por los órganos de justicia y a través de su actividad, la satisfacción del interés material; 2) la legitimación (*legitimatio ad causam*) o reconocimiento del actor o del demandado, por el orden jurídico, como las personas facultadas, respectivamente, para pedir y contestar la providencia que es objeto de la demanda; y 3) la posibilidad jurídica, como la existencia en hipótesis del derecho subjetivo reclamado o como la posibilidad para el juez, en el orden jurídico a que pertenece, de pronunciar la clase de decisión pedida por el actor.

Por lo tanto si el interés es colectivo, es difícil que falte ese interés y por lo tanto que opere la perención de la instancia por falta del mismo. La *legitimatio ad causam*, tampoco es una condición de la acción, por-

⁸⁷ Salvo en materia de derechos o intereses colectivos o difusos en los cuales no siempre es necesario alegar un derecho subjetivo material propio.

que su falta es causal de desestimación de la demanda de mérito. Esos son presupuestos procesales que afectan la validez formal del proceso, hacen inadmisibles la demanda o impiden darle entrada al juicio, que en el CPC de 1916 eran las excepciones de inadmisibilidad que desecha la demanda y no de la entrada al juicio.

En este sentido estimamos que no es correcto considerar que existe falta de interés ni del derecho subjetivo ni de la acción cuando se declara la perención de la instancia, en razón que no se pierde ninguno de los dos, tanto así que el derecho subjetivo subsiste y la acción puede ser interpuesta de nuevo –salvo por las excepciones ya mencionadas, en razón que el interés de la acción es público y no particular– luego de vencido el lapso establecido por la ley⁸⁸.

Aunado a lo anterior, se debe considerar también que las actividades que deben realizarse en el proceso para que éste avance hacia su meta final –la sentencia–, están sometidas a ciertos requisitos relativos al modo de expresión, al lugar y al tiempo en que deben cumplirse y que determina las *formas procesales*, en donde su incumplimiento puede generar la pérdida del derecho. De allí que se genere la discusión entre la libertad de las formas contra la legalidad de las formas, buscando el último la certeza dentro del proceso (Artículo 7 CPC). Se requieren de formas que no ahoguen la dinámica del proceso, con formas simples y útiles, en armonía con la celeridad y la dinámica del juicio, desechando aquellas que pierden su justificación, para brindar confianza en la justicia y la adhesión a las instituciones jurídicas (Artículos 26 y 257 de la CRBV), así establecer la posibilidad que se dé la perención de la instancia después que se pasa al estado de dictar sentencia, sería contradictorio a todo esto. Por ello, las partes sólo tienen la carga-obligación de actuar en el proceso e impulsarlo hasta que lleguen la etapa de dictar sentencia, siendo que después de llegar a esta etapa ya no tienen ninguna obligación y carga de actuar, aunque puedan hacerlo, ya que en aquí toda la carga y obligación recae sólo en el juez de darle impulso y celeridad al proceso.

⁸⁸ Sin embargo, la jurisprudencia y algunos autores consideran que lo que existe es abandono o pérdida del interés, vinculado a la acción, ejemplo de ello sería Ríos M., Desirée. Op. Cit.; Eduardo J. Couture *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Tercera Edición (póstuma) Reimpresión inalterada, Ediciones Depalma Buenos Aires, 1981, pág. 169; y Alberto José La Roche, *La Perención de la Instancia*, Paredes Editores, Monografías Jurídicas N° 5 Caracas Venezuela 1991, entre otros.

La estructura del proceso es estática y dinámica, según se observe al proceso detenido en el tiempo para estudiar su composición como situación en las que se descompone, o bien se lo observe en movimiento para tratar de su desenvolvimiento, estudia el proceso como hecho, como el conjunto de hechos que lo forman. Por ello, bajo el principio del fraccionamiento del proceso rige el principio de orden consecutivo legal, en el que se deben realizar cada acto particular dentro del término que le corresponde o no puede ejecutarse ya en absoluto debido a la preclusión de los actos. Igualmente se encuentra involucrado el principio de impulso del proceso por el juez (Artículo 14 del CPC y 26 de la CRBV), el cual rige en cuanto a la marcha y dirección del mismo a diferencia del principio dispositivo, acá el juez como director debe impulsar el proceso de oficio hasta su conclusión, salvo que este suspensa la causa por algún motivo legal, por ello cuando se paraliza se debe fijar un término para su reanudación. Según el CPC de 1916, regía el principio de impulso del proceso por las partes, donde el juez era un personaje inerte o simple espectador, sin que pudiera intervenir si no era solicitado por las partes, ya que no se había valorado el interés público del Estado en la realización del orden jurídico y en el desarrollo del proceso que se encuentra a disposición de los particulares para la protección de sus derechos subjetivos, y como medio del Estado para realizar su interés público de observancia de la ley. Así, al lado del interés privado de los litigantes, regido por el principio dispositivo, se encuentra el interés oficial que está en la administración de justicia, que se fundamenta en el fortalecimiento de los poderes del juez para la dirección del proceso civil, mediante el impulso de oficio.

El principio de que las partes están a derecho (Artículo 26 CPC), coloca a los litigantes en la situación procesal de poder tener conocimiento legal de todos los actos del proceso, sin necesidad de notificaciones ni traslados de las actuaciones a las partes, creándose una suerte de carga que grava a cada litigante y le lleva por imperativo de su propio interés a estar vigilante para poder controlar los actos que realicen la contraparte o el juez y ejercitar en tiempo oportuno las objeciones, recursos e impugnaciones que fueren procedentes en beneficio de su situación en el proceso. Por ello, la exigencia de la publicidad de todos los actos procesales entre las partes como en relación a los terceros o extraños al litigio (Artículos 24 y 190 CPC); la que le impone al Secretario del tribunal la obligación de dar informes a las partes sobre todo lo que haya ocurrido en el asunto, cuando así lo soliciten, darles el expediente para que se impongan de cualquier solicitud hecha o providencia dictada

(Artículo 110 CPC); la que ordena fijar a los tribunales a las puertas del despacho una tablilla donde se haga saber al público las horas destinadas a despachar (Artículo 192 CPC) y aquellos días en que dispongan no hacerlo por causa justificada (Artículo 195 CPC); la obligación de llevar un libro diario en el que se anote día a día las actuaciones ocurridas en cada asunto (Artículo 113 CPC). Así este principio no es atentatorio a los derechos de las partes porque sólo a éstas puede imputárseles el perjuicio que puede sobrevenirles por ignorar una solicitud o diligencia de la contraparte o por dejar de asistir a un acto en cuya práctica tengan interés para hacer valer algún alegato o por desconocer que el tribunal ha dictado un auto interlocutorio o pronunciado sentencia definitiva.

De este modo, para valorar si las conductas se cumplen organizada-mente en cuanto a su forma de expresión, al lugar y al tiempo de realizarse, hemos de acudir a las normas contenidas en el Código de Procedimiento Civil que crean tales condicionamientos formales. Para captar la significación jurídica de las conductas es necesario acudir a las normas generales y abstractas que sirven para valorar las conductas, que es a través de ciertas conductas y mediante un procedimiento, en forma organizada.

Así, en cuanto a la *función del proceso* nos encontramos con la posición objetiva que sostiene que la finalidad es la actuación del derecho objetivo (interés público); y por otra parte esta la subjetiva que dice que la finalidad es situarse en la defensa de los derechos subjetivos (interés privado), en pro de la tutela jurídica. De este modo, *el objeto del proceso* es la pretensión procesal, así el conjunto de conductas que intervienen organizada-mente en el proceso, giran todas en torno a esta. La pretensión, es la petición dirigida a la declaración de una consecuencia jurídica con autoridad de cosa juzgada que se señala en la solicitud presentada mediante la demanda. La pretensión se compone de tres elementos, sujeto, objeto y título, interesándonos en este trabajo el objeto de la misma, ya que el objeto es el interés jurídico que se hace valer en la misma y que se encuentra constituido por un bien jurídicamente protegido.

El proceso como conjunto de conductas (dinámica procesal) que se efectúan organizada-mente para la obtención de una sentencia, se realiza a través de conductas individuales de los distintos sujetos procesales que han de actuar bajo determinada manera para su expresión y con ciertas condiciones de forma, lugar y tiempo en que deben realizarse y que permitan a cada individuo conocer con certeza la conducta realizada por los demás. El proceso es un fenómeno jurídico complejo, constituido

por una sucesión continua de actividades, independientemente de que se conciba al mismo como un conjunto de conductas, una relación jurídica o una situación jurídica.

Los actos son hechos que dependen de la voluntad humana, el cual puede tener un efecto jurídico (acto jurídico) y cuando se da y afecta mediante la constitución, modificación o extinción de un proceso se trata de un acto procesal⁸⁹. Un elemento importante es la voluntariedad del acto. Los actos de las partes serían los efectuados por el demandante y demandado, y eventualmente por los terceros intervinientes, en donde se encuentran los actos del impulso del proceso que son los realizados con el fin de llevar adelante el proceso hasta su fin. Los actos del juez o judiciales⁹⁰, son las conductas que estos efectúan en el proceso en razón de sus poderes-deberes (artículo 14 del CPC), como sería los actos de decisión o resoluciones (sentencias, autos o decretos), que son las providencias dictadas por el juez para resolver una cuestión controvertida entre las partes o una solicitud (Artículo 352, 402, 546 y 607); y los actos de sustanciación o instrucción, consideradas por algunos como sentencias interlocutorias, aunque en realidad se refiera a actos de mero trámite y no de decisión o resolución (Artículos 191, 192, 202, 223, 224, 227, 234, 241, 293, 342, 344, 263, 416 y 514 del CPC), siendo que pertenecen al impulso procesal y de ejecución de facultades del juez para la dirección y control del proceso, por lo que no pueden producir gravamen alguno y pueden ser revocados por contrario imperio de oficio o a solicitud de parte.

Las formas procesales, en su expresión deben ser por escrito mediante diligencia o solicitud escrita (25, 187, 188 CPC) y en el idioma legal (183 CPC; 131 CC; 184; 157; 186 CPC). El tiempo de los actos procesales es también uno de los requisitos de organización de las conductas de los sujetos procesales, para asegurar la certeza jurídica, la igualdad de trato y la lealtad del contradictorio, el tiempo posee condiciones para la ejecución de los actos procesales, que tiene que ver con los términos y lapsos⁹¹, los cuales pueden ser legales, judiciales o convencionales. Los lapsos buscan condicionar en el tiempo de forma or-

⁸⁹ Si el acto no constituye, modifica o extingue el proceso no es un acto procesal, como lo sería la solicitud de copia certificada, la solicitud de devolución de algún documento, etc.

⁹⁰ No sólo sería el actuar del juez sino también de los auxiliares de justicia o colaboradores, permanentes u ocasionales.

⁹¹ El término o lapso es la medida de tiempo para realizar dentro de ella un acto determinado del proceso.

ganizada la conducta de los sujetos que intervienen en el proceso, a los fines de garantizar seguridad a las partes, sobre que las actuaciones se efectuarán solamente en la oportunidad estipulada (Artículo 202 CPC).

Consecuentemente, las actuaciones obligatorias de las partes dentro del proceso son aquellas que hacen que éste llegue hasta encontrarse en etapa de sentencia, dando cumplimiento al principio de orden consecutivo legal, y en base al principio del impulso procesal -que ya no es exclusivo de las partes- con el interés privado de los litigantes, regido por el principio dispositivo, y el interés oficial que está en la administración de justicia, que fortalece los poderes del juez para la dirección del proceso civil, mediante el impulso de oficio, queda mucho más claro el porqué no se le puede exigir a las partes que luego de la última actuación que tienen como carga procesal dentro del proceso y que es la presentación de los informes se les exija realizar más actuaciones (artículo 96 de la LOCSJ, 19 párrafo 9 de la LOTSJ, 515 del CPC, entre otros), sobre todo cuando se trata de actos ya no atinentes a ellos sino al juez y sus obligaciones, por lo que es ilógico y desnaturalizado establecer, legal o jurisprudencialmente, que procede la perención después de que el proceso se encuentra en etapa de dictar sentencia definitiva.

Igualmente, cuando se declara la perención de la instancia es por la pérdida del objeto de la pretensión como acto o declaración de voluntad y no un derecho, que se manifiesta mediante la alegación de un derecho subjetivo material propio, siendo que no se exige la subordinación del interés del otro al interés propio, por lo que mal puede decirse, a nuestro entender, que con la perención de la instancia se produce una pérdida de interés de la manera aquí señalada, debido a que consideramos que ello no es así, ya que la perención opera de pleno derecho al configurarse los elementos objetivos de: 1) el transcurso del tiempo legal establecido, 2) falta de ejecución de actos-cargas procesales siempre que esos actos puedan ser efectivos para la prosecución del juicio, 3) que dicha omisión sea imputable a las partes y no al juez; surtiendo efecto no desde que se declara sino desde que operó. Además, hay situaciones especiales en vista del orden público involucrado, en las que no opera la perención como está establecido en el artículo 19 de la LOTSJ en su párrafo 16 y el artículo 292 de la LOPNA.

En tal sentido, es importante para entender a la perención el tener claro lo que se debe entender por instancia, por acción, por derecho subjetivo material, por derecho de acción, por pretensión, por demanda, por formas procesales y por estructura del proceso, como lo hemos

hecho hasta ahora, para así distinguirla de la extinción de la acción, de la pérdida del interés y el abandono de trámite, en cuanto a la perención con las cuales se suele confundir. Así, debemos aclarar si lo que declara el juez en la perención es la pérdida del interés procesal, el abandono del trámite o la extinción de la acción, lo cual será relevante para saber cuándo, por qué y cómo ha de proceder la declaratoria de la misma.

Actualmente la perención se considera, como un medio de terminación del proceso bajo la presunción de abandono o pérdida de interés en el juicio fundamentado en la falta de impulso procesal por parte de los sujetos de la relación procesal al no instar el procedimiento, manteniéndolo paralizado más allá del tiempo determinado por ley. Por lo que para que la perención se materialice la inactividad debe estar referida a las partes, porque no realizan los actos de procedimiento que deben hacer, y no de los actos obligatorios del juez, cuando durante su inactividad las partes no están obligadas a cumplir actos de desarrollo del proceso, ya que su inactividad no puede producir la perención.

Al producirse una paralización como consecuencia de la inactividad procesal de las partes, observamos que lo que hay es una falta de actividad y no una manifestación volitiva expresa, por lo que se fundamenta precisamente en la presunción de que los litigantes han querido abandonar el proceso, en base a unos factores objetivos al no cumplir con sus cargas y por el transcurso del tiempo. Se debe tener en cuenta que querer abandonar el proceso, no implica perder el interés de la protección del derecho subjetivo que desea proteger (interés particular), lo cual podrá efectuar a través del ejercicio de la acción más adelante en otro proceso (interés público o colectivo de que el proceso se lleve por el Estado).

Por lo tanto, se suele se termina el proceso bajo la presunción de abandono o pérdida de interés en el juicio, fundado en la falta de impulso procesal por parte de los sujetos de la relación procesal al no instar diligentemente el procedimiento, manteniéndolo paralizado por un tiempo determinado por la ley. Lo importante es el impulso de las partes no el interés⁹², impulso que se efectúa a través de ciertas actuaciones que le son

⁹² Sobre todo cuando observamos que en el proceso lo que existe es un interés público o colectivo de que se diriman las controversias por el Estado y no un particular para obtener una decisión a favor.

necesarias para dar continuación al proceso y que le corresponde a las partes efectuarlas, ya que éstas están y no han dejado de estar a derecho⁹³.

No se puede castigar a las partes por la inactividad del juez, quien tiene la obligación de administrar justicia oportuna, ya que la perención se aplica por la inactividad (abandono) de las partes no por la falta de interés particular sino procesal o de litigio⁹⁴, salvo que el retraso se deba a hechos imputables a ellas. Todo esto es lo que genera una expectativa legítima de las partes y usuarios de la administración de justicia, y por ello no se diligencia después de visto, incluso al haber transcurrido más de un año.

Por ello, en la acción hay un interés público, que la mueve, para que se produzca la solución judicial de los conflictos al servicio de un interés privado, en que se funda la pretensión, siendo que la falta de legitimación o de interés hace improcedente o inadmisibile la demanda por carecer de acción, son prejudiciales de mérito. De esta manera, son condiciones de la acción (condiciones de la pretensión fundada): 1) el interés, no en el sentido material, que es el núcleo del derecho subjetivo, sino en el procesal o instrumental, en el sentido de conseguir por los órganos de justicia y a través de su actividad, la satisfacción del interés material; 2) la legitimación (*legitimatío ad causam*) o reconocimiento del actor o del demandado, por el orden jurídico, como las personas facultadas, respectivamente, para pedir y contestar la providencia que es objeto de la demanda; y 3) la posibilidad jurídica, como la existencia en hipótesis del derecho subjetivo reclamado o como la posibilidad para el juez, en el orden jurídico a que pertenece, de pronunciar la clase de decisión pedida por el actor.

⁹³ El criterio es que las partes se encuentran a derecho, mientras corre el lapso para sentenciar, salvo que transcurran los lapsos sin fallo alguno, con lo que dejan de estar a derecho y deben ser notificadas las partes, de oficio por parte del juez al ser el director del proceso y quien es el responsable de la dilación. De esta manera es que empiezan a correr los lapsos para interponer los recursos contra la sentencia dictada extemporáneamente.

⁹⁴ Además, se debe considerar que le es imposible al juez poder conocer cuál fue el elemento volitivo interior particular que han tenido cada una de las partes, intereses que pueden ser contrapuestos, como para que señale que ante esa falta de interés se declara la perención de la instancia. De hecho puede ser que a una de las partes le interese que se declare la perención y a la otra no; al igual que puede ocurrir que por negligencia de las partes transcurra el tiempo necesario para declarar la perención, siendo que en ese caso no existe interés particular alguno de ninguna de las partes. Por ello, lo único que puede existir es una presunción y no certeza de pérdida del interés, no en su sentido material sino instrumental del proceso.

Por lo tanto, si el interés es público o colectivo es difícil que falte ese interés en sentido material, y por lo tanto, que opere la perención de la instancia por falta del mismo. La *legitimatío ad causam*, tampoco es una condición de la acción, porque su falta es causal de desestimación de la demanda de mérito. Esos son presupuestos procesales que afectan la validez formal del proceso, hacen inadmisibile la demanda o impiden darle entrada al juicio, que en el CPC de 1916 eran las excepciones de inadmisibilidat que desecha la demanda y no de la entrada al juicio.

En este sentido estimamos que no es correcto considerar que existe falta de interés ni del derecho subjetivo ni de la acción cuando se declara la perención de la instancia, en razón que no se pierde ninguno de los dos, tanto así que el derecho subjetivo subsiste y la acción puede ser interpuesta de nuevo -salvo por las excepciones ya mencionadas, en razón que el interés de la acción es público y no particular- luego de vencido el lapso establecido por la ley. Por ende, este interés del derecho subjetivo y de la acción, son distintos del interés del litigio o del proceso, el cual sí se pierde bajo una presunción legal y es el único interés que se puede decir que se pierde al declararse la perención.

Sin embargo, en la perención efectivamente existe un abandono (intencional o no) del proceso, lo cual producirá en este caso la perención, pero en otros casos podrá ocasionar la extinción de la acción, como cuando transcurre el tiempo de prescripción para el ejercicio de la misma, en donde el interés en sentido material es irrelevante, ya que efectivamente existe una expectativa legítima de obtener sentencia que no puede ser indefinida, por lo que una inactividad absoluta y continuada produce otros efectos jurídicos, que pueden ser distintos de la perención, como lo sería el que se produzca la extinción de la acción.

Al ser el interés del proceso público o colectivo, no se puede mencionar que existe una pérdida del interés de las partes (que es particular), ya que sería señalar que existe una pérdida del interés público o colectivo en que se dicte sentencia y en consecuencia una pérdida del interés del Estado en resolver los conflictos, lo cual sería denegación de justicia y una violación a los derechos constitucionales y humanos mencionados en las páginas anteriores.

En tal sentido, toda perención implica un abandono del trámite más no una pérdida del interés; pero no todo abandono de trámite es una perención, ya que puede tratarse de una extinción de la acción, el interés particular de las partes será relevante para la pretensión.

De este modo, cuando se habla de pérdida del interés en la perención, ha de ser únicamente bajo el supuesto de una presunción *iure et de iure*⁹⁵, y que se refiere a la pérdida dentro del contenido de la acción del interés (no en sentido material) en la composición de la *litis*, del interés en litigio (que es particular) que es en sentido procesal o instrumental, y nunca del interés como derecho de acción, que es un derecho colectivo que es común a las partes, al juez y a la ciudadanía. Así, este es el interés que se puede alegar perdido en la perención y no otro.

Sin embargo, nos queda la duda si realmente sean necesario hablar de pérdida de interés o simplemente se debería establecer unas condiciones objetivas la cuales una vez cumplidas haga que se produzca la perención. También deberíamos preguntarnos, si una simple actuación o manifestación dentro del proceso, como solicitar el expediente o efectuar cualquier actuación dentro del juicio que no sea de impulso procesal como solicitar copias certificadas, sea suficiente para demostrar la existencia de un interés en la resolución de la causa, sobre todo al tomar en cuenta los artículos 26 y 257 de la CRBV que establece al proceso como un instrumento fundamental para la realización de la justicia, en dónde ésta última no se sacrificará por la omisión de formalidades no esenciales o inútiles.

6.- Suspensión de la prescripción a pesar de la existencia de la perención⁹⁶

Ya sabemos que la paralización del juicio derivada de la inactividad del juez para decidir la controversia, no puede producir la perención de la instancia, por mandato expreso del Código de Procedimiento Civil, pero en base al principio de congruencia, razonabilidad y proporcionalidad, sí debe producir el cese de la suspensión de la prescripción, que se solicitó simultáneamente con su interrupción, y que se había efectuado para la fecha en que a la contraparte se le citó para la contestación de la

⁹⁵ Ya que una presunción *iuris tantum* implica que admite prueba en contrario y por lo tanto la perención podría ser abandonada por las partes, como en el criterio subjetivo de la perención, a pesar de haber transcurrido un año, como ocurría con el Código de Procedimiento Civil de 1916, lo cual no ocurre hoy en día ya que poseemos el criterio objetivo.

⁹⁶ En este punto se consultó Badell, Alvaro Rafael, *La perención de la instancia*. Consultado el 24/03/2006. <http://www.badellgrau.com/laperenciondelainstancia.html>, y a Betancourt V, Julio. *El Cese de la prescripción suspendida como complemento de la instancia*. Consultado el 24/03/2006. <http://www.zur2.com/fcjp/116/julio.htm>.

demanda, o para la fecha en la que el libelo con el que se inició el procedimiento judicial, fue debidamente registrado. El cese de la suspensión, no produce el efecto de considerar retroactivamente la inexistencia de la interrupción de la prescripción, como ocurre con la perención, pero sí produce como consecuencia o efecto hacia el futuro, que a partir de entonces comenzará a correr el nuevo cómputo del respectivo plazo de prescripción, que deberá producirse al vencimiento de los sesenta (60) días o de su eventual prórroga que el juez tiene para sentenciar; o en su caso, desde la fecha de la sentencia sujeta a consulta legal.

En ese momento se puede hablar de paralización, y del comienzo de un nuevo lapso de prescripción, que una vez transcurrido, produciría la extinción de la propia acción; siendo que estos nuevos lapsos de prescripción, no son susceptibles de interrupción, pero sí de suspensión⁹⁷.

El pronunciamiento de la sentencia misma sería una de las causas de suspensión, y a partir de su fecha de publicación comenzaría a correr el lapso de un (1) año de perención, aplicable si las partes no pidieren la notificación de la sentencia dictada fuera de tiempo.

Por lo que el único modo de mantener suspendida la prescripción, sería mediante la solicitud hecha al juez por cualquiera de las partes interesadas para que dicte el pronunciamiento de la sentencia, *cada treinta (30) días, sin perjuicio por supuesto de las medidas disciplinarias y de otra índole a las que pudiere estar sometido el Juez por su demora e irresponsabilidad. De manera pues, que si tales solicitudes no se hicieren, es porque los litigantes quieren abandonar el proceso, y no tendría sentido continuar la actividad del Estado sobre un asunto que a nadie interesa.*

Esto concuerda con la manera de realizar la interpretación según lo establecido en el artículo 4 del CC, que da la posibilidad de entender de que aún cuando esté pendiente un proceso (civil, mercantil, contencioso administrativo o laboral), se consuma la prescripción de la acción por la inactividad procesal después de vista la causa⁹⁸.

⁹⁷ Tal como fue señalado por la SC en sentencia 2.676 de fecha 14/12/2001, exp. N° 01-2.782, caso DHL.

⁹⁸ En materia penal, el artículos 48, 250, 301 y 405 del COPP, disposiciones de las cuales se deduce que se debe declarar prescrita la acción, cuando el juicio sin culpa del reo se prolongare por un tiempo igual al de la prescripción aplicable al delito. También el único párrafo del artículo 55 del COT.

Por todo lo anterior, la falta de interés para que el Juez decida la controversia por alguna de las partes, hace que decaiga la suspensión y evita que los litigios en estado de sentencia se prolonguen indefinidamente, produciéndose un descongestionamiento de causas que reposan en numerosos expedientes abandonados desde hace mucho tiempo, utilizándose así, en beneficio del orden y de la seguridad jurídica, la figura de la prescripción judicial a través del cese de la prescripción suspendida de acuerdo con los términos antes expuestos, en vista del aparente vacío que dejó la reforma del CPC al eliminar la perención después de vista la causa, siendo por ello que lo que se produce acá es una prescripción y no una perención.

Conclusiones

De todo lo anteriormente expuesto, podemos concluir que la perención de la instancia es una institución procesal sancionatoria vinculada al orden público, que es un medio de terminación del proceso distinto a la sentencia, bajo un sistema objetivo que opera de pleno derecho, *ope legis*, como consecuencia de la inactividad de las partes durante el lapso de ley establecido, que no extingue a la acción pero sí impide que se vuelva a entabrar un proceso hasta que se cumpla el tiempo establecido por la ley, salvo que se trate de una materia de orden público, no pudiendo ser la perención renunciada o convalidada pero sí solicitada por las partes o ser declarada de oficio por el juez, surtiendo efectos no desde que es declarada, sino a partir del momento en que operó, por lo que la decisión sólo reafirma un hecho ya cumplido el cual se verifica por el juez.

Observamos que en sus orígenes, esta institución se había establecido como sanción a los jueces por su retardo en dictar la sentencia de fondo, hasta que se modificó dicho criterio y se estableció que procedía por la inactividad de las partes. Siendo que en Venezuela, desde 1904 hasta nuestros días se han producido varios cambios en cuanto a este instituto, como el hecho que actualmente no es renunciable por las partes. También notamos, que esa variación y cambio de criterios no ha sido solamente legislativo sino también jurisprudencial por parte de las diferentes Salas del Tribunal Supremo de Justicia y de la anterior Corte Suprema de Justicia.

De igual modo la perención como dijimos, es una institución típicamente procesal, y no es una figura propia de otra especialidad, por lo que debe ser aplicada bajo el contexto doctrinario y jurisprudencial

que en esta especialidad se impone, so pena de incurrir en errores de interpretación. Por eso, no se puede incurrir en interpretaciones aisladas para cada rama del derecho, salvo la procesal general, ya que se trata de un bloque procesal.

Notamos que existe un lapso general para la perención de un año, tal como perenciones más breves y especiales, teniendo como características que: 1) se precisa que la perención se interrumpe por un acto de procedimiento de parte; 2) se crea una serie de perenciones breves; y 3) se dispone que después de vista la causa no opera la perención (artículo 515 del CPC).

También la perención produce los efectos de la extinción anticipada del proceso, es decir, lo da por terminado sin llegar a sentencia definitiva; por lo que se convierte en un medio anormal de finalización del proceso, ya que lo normal es que el proceso termine por medio de una sentencia. Sin embargo, estos efectos no afectan a la acción, las decisiones que produzcan efectos y las pruebas que resulten de los autos, que continúan teniendo plena validez, al igual que no produce como efecto que se generen costas procesales, aunado a que la perención no afecta o perjudica a la acción directamente, porque no se considera una falta de interés procesal. No obstante, puede incidir en la extinción de la propia acción, cuando se considera que no hubo interrupción de la prescripción en el momento que se citó a la contraparte para la contestación de la demanda, por considerarse la nulidad e inexistencia de esa citación de conformidad con el artículo 1.972 del Código Civil.

Por lo tanto, al tratarse de una institución sancionatoria, vinculada con el orden público visto el carácter de irrenunciabilidad de esta institución por las partes, lo cual hace que ocurridos los supuestos objetivos de procedencia, ella opera de pleno derecho sin que se pueda convalidar por acto posterior alguno, siendo su interpretación debe ser restrictiva y de aplicación taxativa, sin que quepa la analogía como supuesto de interpretación de la ley, sobre todo al tomar en cuenta que ésta procede incluso contra la Nación, los estados, los Municipios, entes, órganos y establecimientos públicos, entre otros.

Por ello, la perención se relaciona con los principios jurídicos que rigen la materia sancionatoria, como el artículo 49.6 de la CRBV, referente al debido proceso y al principio de tipicidad de las sanciones y las penas, por lo que debe ser las normas relativas a perención de interpretación restrictiva y aplicación taxativa, aunado a lo dispuesto en

el artículo 4 del CC y en los artículos 12, 14 y 206 del CPC, siendo además que se encuentran involucrados los derechos humanos y también constitucionales establecidos en los artículos 21, 26, 49 y 257 de la CRBV, los artículos 8, 24 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el artículo XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que consagran el derecho a la tutela judicial efectiva, el debido proceso y la igualdad, que implican el derecho a obtener con prontitud la decisión de fondo correspondiente que satisfaga el derecho, la pretensión o el interés del accionante o recurrente, lo cual debe ser concatenado con el artículo 257 de la CRBV, que además dice que el proceso debe ser expedito, sin dilaciones indebidas, sin formalismos y sin sacrificar la justicia por la omisión de formalidades no esenciales.

También se observó que se puede interrumpir la perención por cualquier actuación de las partes o del juez que demuestren o sean tendentes a la continuación del proceso, siendo que dichos actos deben ser idóneos, por lo que una simple solicitud de copias simples o certificadas no la interrumpe.

Igualmente queda claro que la perención surte efectos no desde que se declara sino desde que se produce efectivamente y cumple con el tiempo establecido. Por ello, aunque extinga el proceso, se debe tener presente que no produce cosa juzgada, salvo que ésta se produzca en segunda instancia en una causa que no tenga consulta obligatoria. No obstante las pruebas, decisiones y la acción permanecen válidas y vigentes.

Queda igualmente establecido, que la perención no procede después que culmina la fase sustanciación, se entra en estado de sentencia o el juez dice “vistos” para proceder a dictar la sentencia de fondo, ya que existe una expectativa legítima de obtener una sentencia. Por ende, no es posible hablar de paralización ya que por el contrario, existe una obligación del juez de impulso procesal oficioso hasta su definitiva terminación, salvo ciertas excepciones como la establecida en el artículo 267.3 del CPC, en el que la causa puede quedar en suspenso después de vistos, pero dicha suspensión no puede ser indefinida. Por lo tanto, podría ocurrir la perención cuando la causa se encuentra en estado de sentencia, al estar suspendido el proceso por más de seis meses, de conformidad con los supuestos establecidos en el artículo 267.3 del CPC, sin que transcurrido dicho término los interesados gestionen la continuación de la causa, ni cumplan las obligaciones que la ley les impone

para proseguirla, con lo que perimirá la instancia, aunque se encuentre en estado de sentencia, ya que en este artículo no se excluye expresamente la perención si la causa ya se ha visto, ni distingue en qué estado ella se encuentra, en contraposición con los otros ordinales de dicha norma, y con el enunciado general de la misma, mucho más si la inactividad procesal es atribuible a las partes, por lo que ellas deben asumir las consecuencias de su inactividad.

Además, las paralizaciones de las causas son taxativas y reguladas por la ley, sin poder establecerse causales distintas a las que el legislador instituyó. Por ello, no hay paralización del curso de la causa en estado de sentencia, salvo casos excepcionales como el previsto en el artículo 90 del CPC en el que el nuevo juez debe ordenar la notificación de las partes cuando la causa se encuentra en estado de sentencia a los fines de que puedan hacer valer su derecho a recusarlos de ser este el caso.

Todo esto debido a que la justicia es un servicio público que se encarga de la administración de justicia, en el que el juez es el director del proceso, teniéndose los derechos al debido proceso y a una tutela judicial efectiva, entre otros. No puede imputarse al juez el hecho objetivo que genera la perención, ya que si la inactividad del juez pudiese producir la perención, ello equivaldría a dejar al arbitrio de los órganos del Estado la extinción del proceso.

No obstante, se debe tener presente que esto no le es aplicable a las sentencias interlocutorias, ya que como bien se desprende de las normas que regulan la perención, se trata siempre de la última decisión o pronunciamiento que ha de realizar el juez que es la sentencia de fondo.

También se destaca que dentro de los diferentes cuerpos normativos que regulan la institución de la perención en el ordenamiento jurídico venezolano, el único que permite que se declare la perención después de vista la causa, es la LOPT, lo cual es una excepción y en nuestra posición contrario a los orígenes la naturaleza misma de la perención, la cual se estatuyó para sancionar la inactividad del juez y posteriormente por la inactividad de las partes pero sólo en el transcurso del proceso y no en la espera de la sentencia de fondo, sobre todo si observamos los orígenes de la perención, ésta surge como un límite de tiempo al juez para que dicte sentencia y de no hacerlo le generaba responsabilidad; posteriormente se modificó y se estableció como una sanción a las partes por su inactividad siendo que incluso podían renunciar a la aplicación

de la misma (criterio subjetivo); y luego se estableció que operaba de pleno derecho (criterio objetivo). Por lo que el artículo 201 de la LOPT, lo que hace es liberar de su responsabilidad al juez y desnaturaliza lo que es realmente la perención. No se debe olvidar que este derecho no sólo se vincula con los principios de economía procesal, celeridad, concentración, eventualidad, saneamiento, a obtener decisión, ejecución de sentencia, acceso a la justicia, entre otros, sino que se vincula también a que la interpretación de la norma procesal ha de hacerse de la manera en que más favorezca a la operatividad efectiva del derecho sustancial, lo cual es aplicable en el caso de la perención. Esto cobra más sentido si tomamos en cuenta lo establecido en el artículo 292 de la LOPNNA, el cual consagra legislativamente que la inactividad, no de cualquiera de las partes, sino la de la parte que iniciara el procedimiento, no genera la perención de la instancia en ningún estado o grado de la misma, lo cual reitera que no procede la perención cuando se encuentra involucrado el orden público.

Se debe destacar del mismo modo que la jurisprudencia ha señalado que si las partes actúan en el proceso manifestando su interés en la continuación del proceso, a pesar de haber transcurrido el lapso de ley para que se declare la perención, pero antes de que el juez la pronuncie, ésta se encuentra suspendida o interrumpida, con lo cual no se podrá declarar la misma. No obstante, este criterio pareciera ser aislado y revivir lo establecido en el CPC de 1916 sobre la renuncia de la perención, lo cual quedó eliminado con la reforma del Código de 1986 y que fuera publicado en 1987, lo cual es típico de un sistema subjetivo y no objetivo como el nuestro.

Se destaca que la LOTSJ, establece que la perención sólo procede de pleno derecho por el transcurso de más de un (1) año antes de la presentación de los informes contados desde la fecha en que se hubiese efectuado el último acto procesal, salvo que éstos violenten normas de orden público o que no proceda por disposición de la ley. Con lo cual después del acto de informes y cuando la causa se ha visto, no procede esta perención. No obstante, señala expresamente que la perención no procede en los procesos que comprendan la materia ambiental o penal, cuando se trate de acciones dirigidas a sancionar los delitos contra los derechos humanos, o contra el patrimonio público, o contra el tráfico de estupefacientes o sustancias psicotrópicas. Indicando igualmente que la perención de la instancia deja firme la sentencia apelada o el acto recurrido, salvo que éstos violenten normas de orden público y que por

disposición de la ley. Además, que con la LOJCA, no procede tampoco la perención el acto procesal siguiente le corresponda al juez, como la admisión de la demanda, la fijación de la audiencia y la admisión de pruebas.

Existe el criterio respecto a que los derechos e intereses colectivos y difusos son de orden público, razón por la cual a las acciones que son intentadas para su protección no les es aplicable la perención de la instancia, salvo lo dispuesto en la LOTSJ con relación a la publicación de los carteles de emplazamiento, con la excepción de que se encuentre involucrado el orden público que evitaría la aplicación de la perención. De esta manera se observa, que cuando están involucrados los derechos o intereses colectivos y difusos no procede la perención sino la pérdida del interés o abandono del trámite según la Sala Constitucional, y aún así alguna actuación de los actores puede evitar que se produzca la misma, así como se estima que es inconstitucional la norma que permite la perención en este tipo de acciones por el incumplimiento de las obligaciones en relación al cartel de emplazamiento, al estimar que siempre se encuentra involucrado el orden público.

En el caso de suspensión de la causa y de la prescripción de la acción en estado de sentencia por no existir pronunciamiento dentro del lapso el pronunciamiento de la sentencia termina a partir de su fecha de publicación, siendo que a partir de allí comenzaría a correr el lapso de un (1) año de perención, aplicable si las partes no pidieren la notificación de la sentencia dictada fuera de tiempo a las partes. Así, se elimina la práctica maliciosa de mantener suspendida la prescripción indefinidamente, a través de sucesivos y periódicos registros, sin necesidad de que se practique efectivamente la notificación de la parte de la sentencia pronunciada, lo cual sería igualmente aplicable a lo que ocurre en la etapa de citación del demandado.

En definitiva, el objeto de la perención es sancionar a las partes por su inacción y eliminar la carga a los tribunales de tener en curso causas en el que las partes de manera prolongada e indefinida no han demostrado su interés.

Sin embargo, la acción se puede perder a pesar que el juicio se encuentre en estado de sentencia, pero no por efecto de la perención sino por el transcurso de un tiempo igual al de la prescripción de esta, por lo que al cumplirse se produce la extinción o caducidad de la acción. Aunque se puede producir la pérdida de la acción por efecto de la pe-

rencia si se cumple con el supuesto de hecho establecido en el artículo 1.972 del CC, en el que se considera no hecha la citación ni interrumpe la prescripción de la acción.

En este sentido estimamos que no es correcto considerar que existe falta de interés ni del derecho subjetivo ni de la acción cuando se declara la perención de la instancia, en razón que no se pierde ninguno de los dos, tanto así que el derecho subjetivo subsiste y la acción puede ser interpuesta de nuevo -salvo por las excepciones ya mencionadas, en razón que el interés de la acción es público y no particular- luego de vencido el lapso establecido por la ley. Por ende, cuando se habla de pérdida del interés en la perención, ha de ser bajo el supuesto de una presunción *iure et de iure*, y que se refiere a la pérdida dentro del contenido de la acción del interés (no en sentido material) en la composición de la *litis*, del interés en litigio (que es particular) que es en sentido procesal o instrumental, y nunca del interés como derecho de acción, que es un derecho colectivo que es común a las partes, al juez y a la ciudadanía. Sin embargo, nos queda la duda si realmente sean necesario hablar de pérdida de interés o simplemente se debería establecer unas condiciones objetivas la cuales una vez cumplidas haga que se produzca la perención. También deberíamos preguntarnos, si una simple actuación o manifestación dentro del proceso, como solicitar el expediente o efectuar cualquier actuación dentro del juicio que no sea de impulso procesal como solicitar copias certificadas, sea suficiente para demostrar la existencia de un interés en la resolución de la causa, sobre todo al tomar en cuenta los artículos 26 y 257 de la CRBV que establece al proceso como un instrumento fundamental para la realización de la justicia, en dónde ésta última no se sacrificará por la omisión de formalidades no esenciales o inútiles.

Un código de las obligaciones para América Latina

Releer los *digesta* de Justiniano

Sandro Schipani

“Sapienza” Università di Roma*

Sumario:

1. Premisa. Referencias bibliográficas.
2. La importancia de los “Lineamientos metodológicos para la realización de estudios de armonización legislativa” del Parlamento Latinoamericano.
3. Las implicancias del reconocimiento de la unidad y especificidad del sistema jurídico Latinoamericano como subsistema del sistema jurídico romanista: **a)** la armonización interpretativa; **b)** la integración de las lagunas (entre las cuales aquella dependiente de las novedades de los actuales procesos de integración supranacional); **c)** el aporte para la unificación del derecho en el continente; **d)** el aporte para la formación del *ius gentium* actual en la dinámica de los grandes sistemas jurídicos.
4. La necesidad de un “código”.
5. Centralidad de la obligación. La relectura de los *Digesta* y la tutela de los derechos humanos en la dinámica de la obligación.
6. Las fuentes de las obligaciones entre figuras generales y tipicidad:

* Relación presentada en “Coloquio para la armonización del Derecho Privado Latinoamericano”, Rosario (Argentina), y publicada en *Roma e America. Diritto romano comune. Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina*, número 26. Ed. Mucchi, Modena, Italia, pp. 49 y ss.

la relectura de los *Digesta* y el enfoque de Gayo (D. 44,7,1 pr.) y de Labeón (D. 50,16,19 y las reglas operativas conexas), y el empleo de la analogía.

1.- Premisa. Referencias bibliográficas

La unificación del derecho de las obligaciones en América Latina ya desde hace tiempo viene siendo objeto de numerosos aportes científicos¹.

He comenzado a participar de esta temática en los Congresos Latinoamericanos de derecho romano (Buenos Aires, 1976; Jalapa, 1978, nótese que en esta segunda ocasión fue aprobado un documento propuesto por el jurista brasileño Limongi França). Así es que estaba madurando en América Latina la idea de los “códigos tipo/códigos modelo”. La iniciativa fue recepcionada en algunos sectores disciplinarios de la ciencia jurídica, tales como el derecho penal, el derecho procesal, el derecho tributario, el derecho del trabajo, e incluso en el ámbito del derecho comercial (recuerdo en este sentido el estatuto para la empresa del Mercosur). En materia de derecho de las obligaciones se ha discutido la idea de adoptar el *Proyecto franco-italiano de código de las obligaciones* de 1927². En Bogotá fueron realizados cuatro Coloquios científicos expresamente dedicados a un código tipo (1996, 1999, 2001 y 2009³); y mediante una actividad de cooperación interuniversitaria sostenida en el marco del programa “*América Latina Formazione Accademica (ALFA)*”, un significativo grupo de universidades latinoamericanas y europeas contribuyeron para la realización de tres cursos de Master sobre este tema que han tenido sede en Roma, y con motivo de los cuales oportunamente también se llevaron a cabo respectivos Coloquios científicos.

En relación al derecho de las obligaciones, las dificultades constatadas –en un esfuerzo de síntesis– se refieren a la difundida separación

¹ Quisiera recordar la contribución de L. De Gásperi (La Ley, 1936,II,131), y las aparecidas en el *Boletín del Instituto de derecho civil de la Universidad de Córdoba* (1943-1944-1945), y también las contribuciones de M. Rotondi, I. Winizky, F. Fueyo Laneri, J. Melich Orsini, M. Boffi Boggero, T. Popescu en *Rev. Fac. Derecho* (Univ. Central de Venezuela), 39,1968, 9ss.; 41,1968, 9ss.; 46,1970, 105 ss. e 149 ss.; 48,1971, 9 ss.; 50,1971, 9 ss.,.

² M. Rotondi, *Inchieste di diritto comparato*, 8, Padova, 1980.

³ A.A.V.V., *El Contrato en el sistema Jurídico latinoamericano. Bases para un Código latinoamericano tipo*, Bogotá, 1998; A.A.V.V., *El Contrato en el sistema Jurídico latinoamericano. Bases para un Código latinoamericano tipo, II*, Bogotá, 2001; A.A.V.V., *IIº Coloquio Internacional de iusprivatistas su: “Roma y America. Para la armonización del Derecho privado latinoamericano”*, Bogotá (en prensa).

entre codificación civil y comercial, que luego se traduce en una serie de problemas puntuales; así respecto al orden sistemático de la materia, tanto por la inclusión o no en los códigos civiles de una parte relativa al negocio jurídico, como por la adopción en algunos ordenamientos de la eficacia real del contrato, y, en general, por las reelaboraciones dogmáticas de algunas partes de la materia, con el consiguiente problema de la colocación sistemática. Sin embargo, a estas dificultades no le es reconocida una relevancia tal como para ser consideradas un impedimento insalvable, sino que –por el contrario– se trata de simples problemas que no deben soslayarse, existiendo concordia en sostener la factibilidad de la obra. Quizá las dificultades principales son, por un lado, la debilidad del apoyo que se requiere de la voluntad política y de las convenciones relativas a los procesos de integración en marcha (en primer lugar las instituciones del Mercosur), colocándose a la par la “fuerza residual” y la “viscosidad” del orden actual, así como la idea que la integración no exija un derecho común que supere los actuales particularismos; y, por otro lado, las presiones de origen diverso que contrastan con la consciencia acerca de la importancia de la dimensión latinoamericana en el contexto de la denominada globalización económica.

Entiendo, además, que el movimiento impulsado mediante los eventos científicos anteriormente recordados pueda expandirse, y confío en que el presente Coloquio sea un momento demostrativo de esta expansión en una perspectiva de búsqueda de la eficacia, que requiere de *qualitas doctrinae* y de una recepción de las propuestas a través de un consenso extendido entre los colegas.

A esta altura de la exposición las conclusiones que podemos formular son las siguientes:

a) Sobre el tema se han ocupado tanto civilistas como romanistas, e inclusive algunos valiosos aportes relativos al sistema y a la unificación del derecho provienen de los teóricos generales o filósofos del derecho. Por lo tanto, será provechoso proseguir con esta fórmula de colaboración interdisciplinaria, afirmando e intentado extender la consistencia del presente núcleo inicial de estudiosos del derecho civil y del derecho romano, en esta doble composición de base;

b) De gran utilidad será elaborar un archivo electrónico que incluya los escritos más significativos sobre la materia, de modo que pueda ser accesible para la consulta por todos los participantes del proyecto y/o por todos aquellos que estuvieren interesados. Se trata de la necesidad

de conservar los aportes ya efectuados (algunos de los cuales son verdaderamente preciosos) y de reflexionar a su respecto, lo cual me parece de importancia capital (*cf. infra*);

c) Es posible y útil además organizar cursos de post-grado (de Master) o dirigir tesis de Doctorado sobre el tema. La Universidad de Roma “*Tor Vergata*” (a la cual ahora se ha sumado la Universidad “*La Sapienza*”) viene trabajando en este sentido; y, mientras agradece a quienes ya han colaborado, solicita a ellos y también a los otros colegas Latinoamericanos de proseguir con este esfuerzo de colaboración en aras de lograr una multiplicación de las iniciativas, para lo cual también resulta importante una adecuada coordinación de las mismas;

d) Desde un punto de vista general, un gran aporte confieren y lo seguirán haciendo los cursos sobre “Principios/Fundamentos” de derecho latinoamericano que progresivamente se van difundiendo en América Latina.

2.- La importancia de los “Lineamientos metodológicos para la realización de estudios de armonización legislativa” del Parlamento Latinoamericano

El documento que en el año 2003 emitió el Parlamento Latinoamericano y lleva por título: “*Lineamientos metodológicos para la realización de estudios de armonización legislativa*” (que se encuentra a disposición de los participantes de este Coloquio en el *sitio-web* respectivo, como he anticipado), constituye a mi criterio una importante contribución para iniciar nuestros trabajos.

No me detengo en referencias relativas a los procesos de integración en América Latina. La aspiración hacia formas de unidad política en el continente ya estaban presentes mientras tenía lugar la gran Revolución por la Independencia; posteriormente (en la segunda mitad de 1800), el nombre mismo “América Latina” emerge en los escritos de Francisco Bilbao y José María Torres Caicedo, justamente en alusión a proyectos dirigidos a concretar dicha unidad⁴. Si bien el Parlamento Latinoamericano cuenta con un sistema de elección de segundo grado, que reduce la relación con los ciudadanos (aunque cabe apuntar que este sistema

⁴ *Cfr.* Francisco Bilbao, *El Evangelio Americano*, 1864; J. M. Torres Caicedo, *Unión Latinoamericana. Pensamiento de Bolívar para formar una Liga Americana*, París, 1865.

también ha caracterizado al Parlamento Europeo por muchos años), en definitiva representa a todos los pueblos del continente, y por consiguiente constituye –a partir de los últimos decenios del siglo pasado– la expresión emblemáticamente más elevada e incluyente de tales diseños. Aún con los límites de competencia que actualmente tiene, el mismo –representando los pueblos y su potestad– constituye también el poder legislativo que, para nuestro sistema jurídico, las leyes de las XII Tablas ya en el V siglo a.C. confirmaban que residía en el pueblo.

El esfuerzo por simplificar al máximo la indicación de los motivos por los cuales corresponde continuar la “armonización legislativa” en América Latina, la ambición de los objetivos y la prudencia en la graduación de los mismos, son todos aspectos que caracterizan al documento en examen y, entiendo por tanto que expresan una actitud realista que nosotros deberíamos también asumir.

En el documento en cuestión se individualizan diversos niveles que puede proponerse el legislador en su actividad cuando opera en el actual contexto institucional Latinoamericano. En este sentido, se enuncian las siguientes tareas: “a) estudios de legislación comparada”, precisándose a propósito, a través de la identificación de dos niveles sucesivos, que “[...] consiste en la recopilación, revisión y análisis, tanto de los cuerpos jurídicos que norman la acción sobre la materia de que se trate, en los países Latinoamericanos, como de todo estudio o antecedente que exista”; “b) definición de los grandes principios y fundamentos”; “c) propuestas de armonización relativa”; “d) propuestas de armonización absoluta”; y, “e) elaboración de códigos y otros cuerpos jurídicos de carácter marco que para los efectos de este documento denominaremos simplemente como *código o código marco*”. Estas actividades representan momentos ideales del trabajo, es decir desde la comparación, pasando por la individualización de los principios y fundamentos comunes, hasta la elección de una solución unificadora en una perspectiva Latinoamericanocéntrica.

De todos estos momentos que el documento luego puntualiza, quiero destacar la correspondencia sustancial que existe con textos Latinoamericanos bien conocidos y utilizados por todos ustedes. Así, pienso –en orden cronológico– en la comparación e individualización de la solución mejor que resulta de las notas puestas por Tristán Narvaja al Proyecto de Código civil para la República Oriental del Uruguay; en aquella desarrollada con mayor amplitud por Freitas en las notas a su

Consolidação y después *al Esboço*; por Vélez Sársfield al Código civil argentino; por Clovis Bevilacqua a la Edición histórica del Código civil brasileño de 1916; inclusive recientemente por el documento inédito sobre los trabajos preparatorios del Código civil de Cuba (1983); o bien por el texto al cuidado de C. Morales Guillén del Código civil boliviano de 1976 (otros textos pueden escapar de mi memoria). Ahora bien, con excepción del último texto citado, tales precedentes reflejan el recorrido –esquemático y sedimentado– transitado por el autor del articulado. En Europa el conocido *Proyecto* de García Goyena es un texto de índole similar; y también cabría mencionar el denominado Proyecto Lando de los *Principios de derecho europeo de los contratos* [en italiano ed. Giuffrè, Milán], cuya actualidad y el propósito que lo inspira hacen que se encuentre mucho más cercano a los problemas que aquí estamos tratando. Si bien los comentarios y notas del Proyecto Lando resultan por lo general de carácter descriptivo, ofrecen una documentación –y creo que esto sea importante– aun con mayor extensión que la que nos proporcionan Freitas, Vélez Sársfield o Bevilacqua. Empero, a diferencia de éstos últimos, entiendo que procuren en menor medida una reconstrucción de los "principios y fundamentos" y de las soluciones consecuentes.

Este método guarda una cierta y no casual correspondencia con aquel que fuera propuesto por Justiniano a sus juristas para que, frente al *ius controversum* presente en los escritos científicos de los juristas anteriores y por tanto a la pluralidad de soluciones, no aplicasen más el método de la denominada ‘ley de citas’. Como sabemos, esta última recurría al criterio formal representado por la mayoría de adhesiones a una solución y en base una jerarquía preestablecida entre los juristas, mientras que Justiniano –en cambio– proponía comparar todas las soluciones y seleccionar aquello que se considerara para cada problema específico “mejor y más justo”⁵.

Asimismo, considero importante destacar la dimensión latinoamericanaocéntrica que se caracteriza ante todo por un enfoque que reconoce su eje en el sistema jurídico Latinoamericano con sus coherencias y potencialidades, y posteriormente por el ensanchamiento de la visión en miras de incluir otros aportes que pueden ser valiosos. Estos deberían ser buscados en primer lugar en el cuadro del sistema jurídico

⁵ Cfr. C. 1,17,1,6 (Constitución *Deo autore*).

romanista en su conjunto (es decir en el ámbito de la comunicación entre las experiencias de los ordenamientos y de los subsistemas que se encuentran más próximos⁶), y luego en cada uno de los restantes complejos de experiencia jurídica, pero siempre conservando la capacidad de resistencia asimiladora de los principios propios a fin de que no se resienta la coherencia interna del sistema⁷.

En mérito a este examen sumario del documento del Parlatino se pueden formular las siguientes observaciones:

a) En primer término, pienso que será fundamental informar al Parlatino de la actividad que estamos realizando, y si –como espero– la misma logra tener acogida, corresponderá actuar para madurar un contacto tal a fin de incorporar formalmente dichas actividades dentro de los objetivos del Parlatino;

b) El trabajo a desarrollar podría iniciarse con el reconocimiento e identificación de la peculiaridad del sistema jurídico Latinoamericano en sus diversos aspectos, materializándose las conclusiones en “fichas”. Estas serían redactadas según el esquema de las notas de Bevilacqua: derecho romano, derecho intermedio, códigos latinoamericanos (u otros textos legislativos, o convenciones internacionales, etc.) con su correspondiente doctrina, sin excluir la doctrina que pueda deducirse mediante el examen crítico de las decisiones de los tribunales superiores. De esta manera quedaría explicitada la tarea de reconstrucción-elaboración de los conceptos, principios, institutos y normas con el objeto de alcanzar la determinación de la mejor solución, con un tránsito que va desde la recopilación de los datos, pasando por su organización y elaboración reconstructiva. Este reconocimiento deberá estar también atento a la comunicación particular y privilegiada que se verifica dentro del sistema jurídico romanista. Se examinarán posteriormente eventuales aportes que pueden inferirse de los institutos y normas presentes en otros complejos de experiencia jurídica;

⁶ Sobre la ‘comunicación’ con los ordenamientos más próximos *cfr.* G. GORLA, *Il ricorso alla legge di un “luogo vicino” nell’ambito del diritto comune europeo*, in *Foro italiano*, 1973, V, 89 ss.

⁷ Nótese que esta atención prioritaria al sistema jurídico Latinoamericano evidentemente no puede deducirse de las notas colocadas en los códigos civiles citados que han sido los instrumentos mediante los cuales quedó perfeccionada la ‘transfusión’ [A. Díaz Biallet] del derecho romano en América Latina. Así, a través de dichos códigos, fue puesta en marcha la idea de hacer definitivamente propio el sistema jurídico romanista para la América Latina independiente, portadora de un centro autónomo de desarrollo de aquel, que funda y exige la perspectiva Latinoamericanocéntrica de la que estamos hablando.

c) En definitiva, la perspectiva Latinoamericanocéntrica no importa un límite a la recopilación de informaciones, sino que simplemente es expresiva de la adhesión a la realidad del sistema (de sus principios y de sus coherencias internas) que corresponde llevar a efecto.

3.- Las implicancias del reconocimiento de la unidad y especificidad del sistema jurídico Latinoamericano como subsistema del sistema jurídico romanista: la armonización interpretativa; la integración de las lagunas (entre las cuales aquella dependiente de las novedades de los actuales procesos de integración supranacional); el aporte para la unificación del derecho en el continente; el aporte para la formación del ius gentium actual en la dinámica de los grandes sistemas jurídicos.-

El sistema jurídico Latinoamericano comienza la etapa de su formación a partir del arribo de Cristóbal Colón en tierra americana. Asistimos, entonces, al encuentro entre sistema jurídico romanista, tradición ibérica del mismo (representada esta última ante todo por las *Siete Partidas*) y “costumbres y formas de vivir” de origen pre-colombino que fueron reconocidas e incluidas en una cornisa unitaria sistemática. Este proceso, luego, con la Independencia alcanza su maduración, y en el contexto de la reflexión sistemológica iniciada en la segunda mitad de 1800 por obra de la doctrina jurídica latinoamericana, viene definitivamente formulado el reconocimiento a nivel científico de su unidad y especificidad en el interior del sistema jurídico romanista.

Una de las características salientes del sistema Latinoamericano es que en su seno el nacionalismo jurídico estatal-legalista jamás ha llegado a tener un rol preponderante, y así la operatividad del derecho común Latinoamericano logró ser preservada sin que haya sido nunca negada. En otras palabras, en el sistema Latinoamericano si bien está presente el modelo del estado moderno territorial nacional, no ha sido acogido el planteo del cierre del ordenamiento jurídico sobre sí mismo y del monopolio del estado en la producción e interpretación del derecho. Esta solución fue introducida por primera vez de manera aislada en Prusia (ALR/1794, precedido del *privilegium de non appellando*) y luego deviene hegemónica en Europa a fines de 1800 a causa de dicho nacionalismo, que produjo un nuevo particularismo y no estuvo en condiciones de resistir a los abusos del referido monopolio del estado.

a) El reconocimiento del sistema tiene implicancias operativas en el sentido de que el desarrollo del derecho en su interior está orientado por principios y fundamentos comunes, y esto se verifica especialmente en

relación a la interpretación que –por tanto– debe presuponer y propender a la *consonantia*/ “armonía y coherencia sistemática” de todas las normas del sistema. Se puede decir –simplificando mucho– que, a partir del reconocimiento del Sistema, se consigue que la interpretación e integración de las normas sea realizada a la luz del mismo, de la cual se obtiene su armonización hermenéutica.

b) Además, en los actuales procesos de integración supranacional (que no habían sido previstos en 1800), se verifica una actividad negocial entre sujetos que pertenecen a los países involucrados en dichos procesos, y esta no coincide con la actividad de los sujetos de un mismo país, ni con aquella que presenta elementos de internacionalidad en sentido propio. Las normas de derecho internacional privado no han contemplado esta situación y por ende se debe reconocer la existencia de una laguna en las leyes sobre el punto. Es singular como a veces estamos demasiado atentos a pequeñas novedades y como se nos pasa por alto en cambio esta excepcional novedad, dada por las relaciones entre sujetos pertenecientes a los ordenamientos comprendidos en los procesos de integración en marcha, y que –por lo general– se busca de reconducirlas dentro de los esquemas del derecho internacional privado clásico (interestatal). Después del fracaso del Congreso de Lima de 1875, en el cual se discutió sobre la posibilidad de adoptar un derecho civil común para América Latina, se pasó a la idea de un derecho internacional privado uniforme. Empero, esta solución ignora la específica dimensión de las relaciones con elementos de internacionalidad que se producen dentro de América Latina, y tampoco es una solución adecuada en orden a la específica dimensión de los procesos de integración en los cuales tales relaciones asumen una especificidad que estrictamente no es interna ni internacional⁸. Si se reconoce que los procesos de integración hoy en marcha no están previstos en el ámbito del Derecho internacional privado, se debe admitir que nos encontramos frente a una laguna, y como en los supuestos de lagunas corresponde recurrir a los principios generales, así se debería hacer en este caso echando mano a los principios propios del sistema jurídico latinoamericano⁹.

⁸ Sobre la Conferencia de Lima cfr. J. Samtleben, *Derecho internacional privado en América Latina. Teoría y Práctica del Código Bustamante*, I, Buenos Aires, 1983, 10 ss.

⁹ Se podría trazar un paralelo con el derecho romano, cuando entre los ciudadanos y los extranjeros existía la categoría de los que gozaban entre sí del *ius commercii*, que era un derecho común a ellos y así formaban parte de un proceso de integración: *el foedus Cassianum*.

c) En fin, es cierto que el común sistema del derecho romano no configura un derecho generalmente uniforme, sino que incluye una variedad de derechos civiles, y aunque pareciera que son ámbitos en los cuales una uniformidad no es recomendable ni factible, en algunos sectores la uniformidad es perfectamente posible y más aún aconsejable, tal como en el de las obligaciones. El reconocimiento de la unidad y especificidad del sistema jurídico Latinoamericano, entonces, constituye –como ha sido admitido en diversas ocasiones– la base para la unificación del derecho en materia de obligaciones. Aquí encuentra un camino más fácil que en otros contextos, como por ejemplo el europeo donde coexisten sistemas jurídicos diversos, o aquel a escala universal que también es de gran importancia y para el cual –como es sabido– hay valiosas iniciativas en curso.

d) Justamente en relación a la elaboración de un derecho universal uniforme, pienso que también deba ser tenido en consideración el reconocimiento del sistema jurídico Latinoamericano. En orden a los *Principios de Unidroit* ya se había abierto esta discusión, destacándose –entre otras cosas– la asimetría a veces presente en las posiciones de las partes contratantes y la necesidad de ponderarlas especialmente¹⁰. La experiencia de la deuda internacional y de las modalidades en base a las cuales la misma ha sido tratada, llevó asimismo a evidenciar puntos críticos de tales modalidades de gestión, así como también principios fundamentales que no han sido respetados y los daños causados por la forzada renuncia al propio derecho. De aquí, la importancia de una tempestiva y unitaria afirmación de los principios del derecho latinoamericano en el contexto internacional, de su reconocimiento y respeto en estos tipos particulares de actividad negocial e incluso –no vacilo en decir– en las actividades negociales en general. El sistema Latinoamericano ha dado claras muestras de su capacidad para ser portador de un patrimonio que se evidencia más adecuado para la tutela de los derechos humanos, en especial de las partes más débiles y/o pertenecientes a los países económicamente más vulnerables, y este aporte es sumamente importante en la formación del *ius gentium* que corre en nuestros días¹¹.

¹⁰ Cfr. los Congresos de Roma (A.A.V.V., I' *Principi per i contratti commerciali internazionali* e il sistema latinoamericano, al cuidado de M. J. Bonell - S. Schipani, Padua, 1996), y de Valencia (A.A.V.V., *Los Principios de Unidroit: ¿un derecho común de los contratos para las Américas?*, Roma 1998, 256 ss.).

¹¹ Cfr. Parlamento Latinoamericano, *Conclusões do Seminário sobre: "Divida externa dos Países em desenvolvimento"* (São Paulo, 11/11/2007), en *Roma e America. Diritto romano comune*, 23/2007, 323 s.

4. La necesidad de un “código”

A fin de que el sistema pueda desarrollar toda su potencialidad en los diversos niveles que esquemáticamente he enunciado, falta aún el instrumento representado por el esfuerzo constructivo que cabe exigir de la ciencia jurídica, y así poder materializar definitivamente los resultados en un *corpus* unitario.

Nuestro sistema jurídico se funda en la ley, en el edicto del pretor (el gran ausente ya en la época de Justiniano), en la obra de los juristas y en la costumbre.

Los códigos esencialmente son el fruto de la convergencia de la actividad científica de los juristas y de la voluntad del legislador. Así es que la ciencia jurídica latinoamericana, en tanto ya ha reconocido la especificidad y unidad del propio sistema, debe hacerse cargo de elaborar el renovado derecho común de América Latina. Un corpus de principios y reglas producido por la misma, el texto de un articulado por ella redactado e integrado en el sistema, haría practicable en lo cotidiano la ‘realidad’ del mismo en sus diversas dimensiones. Y luego, el apoyo del Parlamento Latinoamericano resultará fundamental para la consolidación de estos objetivos.

Sobre este punto las conclusiones son que:

a) El código Latinoamericano de las obligaciones encuentra aplicación en los países de América Latina entre los cuales están en marcha (o entrarán en lo sucesivo) procesos de integración supranacional o bien otras formas de unión tendientes a facilitar e intensificar las relaciones entre los ciudadanos de los países comprometidos;

b) Dicho código tenga aplicación incluso fuera de tal ámbito, siempre que las partes reenvíen voluntariamente al mismo;

c) Los principios dispuestos en la base de este código sean funcionales asimismo para orientar y armonizar unitariamente la interpretación de los respectivos ordenamientos estatales:

d) Y finalmente, como *Código marco*, sirva para guiar la producción de eventuales reformas en los respectivos códigos.

5.- Centralidad de las obligaciones. La relectura de los Digesta y la tutela de los derechos humanos en la dinámica de la obligación

La individualización de las obligaciones es un importante y característico aporte del derecho romano. El más antiguo sistema de relaciones

sociales y jurídicas parece constituido en gran medida por posiciones potestativas, y se discute si también aquel que posteriormente llegó a ser el vínculo obligatorio pudo haber aparecido originariamente en el seno de este tipo de relaciones. En esta discusión se hace referencia a la situación en la cual el “obligado”, es decir ‘ligado en razón del’ cumplimiento de una prestación, lo estaba en virtud de “vínculos materiales” (jurídicamente regulados), y –por tanto– si bien continuaba siendo hombre libre quedaba sometido al poder del acreedor, mientras que el cumplimiento debía ser llevado a cabo por un tercero que, teniendo en cuenta la conducta debida, “disolvía” al “responsable” de tal vínculo material de sujeción. Omitiendo considerar los pasos intermedios, es cierto que la “obligación” en sentido propio nace recién cuando dicho vínculo material pasa a ser un vínculo meramente jurídico, y –en consecuencia– queda puesta en primer plano ya no la sujeción personal a una potestad ajena, sino la necesidad jurídica de cumplir. Así es que esta última viene adosada a la misma persona “obligada” que resulta constreñida a una colaboración, y que –en caso de eventual incumplimiento– responde exclusivamente con su patrimonio, sin que su libertad personal sufra restricciones aun en la hipótesis de insuficiencia de dicho patrimonio en relación al valor de la prestación. La obligación, así separada de las relaciones de sujeción, se distingue de los diversos deberes jurídicos (generales o particulares), cargas, etc. La obligación, toda vez que hace jurídicamente necesarias las conductas del obligado que es precisamente compelido a cumplir las prestaciones (principales y accesorias), viene definida, delimitada en sus posibles contenidos y alcances, a través de una constante labor de interpretación jurídica y de control de dichas prestaciones –en nombre de la licitud, la buena fe, la equidad, la diligencia, los usos, las leyes, etc.–, que variadamente los distintos sujetos proponen con su voluntad. En esta obra de “construcción-definición” se evidencia como emerge el aporte de las luchas sociales, así como el valor de la ley (solo basta recordar las leyes para limitar los intereses y la famosa *lex Poetelia* que ha afirmado que los deudores no debían más estar sujetos a vínculos materiales) y también el de la ciencia jurídica.

Elaborada unitariamente en primer lugar a través de la acción *in personam*, luego incorporada en las Instituciones de Gayo (Gai. 3,88), y posteriormente en las de Justiniano (J. 3,13 pr.), como uno de los institutos sistemáticos de base para la organización de la materia en el ámbito de las relaciones patrimoniales (*res corporales-incorporales*), en torno a la definición de obligación se ha construido su respectiva parte

general que constantemente continúa a desarrollarse y perfeccionarse, encontrando amplia acogida en el sistema jurídico Latinoamericano.

La ciencia jurídica que ha elaborado la “parte general” de las obligaciones en los códigos Latinoamericanos, ha luego proseguido su trabajo adecuándola a las exigencias prácticas en continua mutación. Si bien es verdad que la obligación cuyo objeto es una prestación de ‘dar’ haya prevalecido en la primera fase de elaboración de dicha parte general (condicionando por ende algunas de las reglas), es igualmente verdad que la relevancia de las actividades que venían incluidas en el “hacer” ha después hecho sentir su voz. Por último, el extraordinario crecimiento de los “servicios” ha modificado la realidad, comprometiendo una mayor atención por determinados aspectos y exigencias de la conducta debida, incluso tipificando otras prestaciones además de las principales. En este sentido, considero fundamental y proficuo efectuar una “relectura” de los Digestos de Justiniano que vaya más allá tanto –por ejemplo– de Pothier o del Pandectismo alemán, como de Bello, de Freitas o de Vélez. Así por ejemplo, el problema de la denominada “imposibilidad de la prestación” ha sido ya agudamente discutido a la luz de tal relectura¹², como también el rol de la diligencia, la llamada obligación de resultado, la garantía por la calidad del producto, la aprobación de la obra, la *datio in solutum*, etc.

Sin embargo, quiero ahora indicar la importancia del hecho que la mentada “relectura” concierna a institutos que han aparecidos en otros momentos obsoletos y no fueron recogidos en los códigos. Puramente a título de ejemplo, se puede leer D. 17,2,63 pr. En este texto se hace referencia al *beneficium competentiae/condemnatio in id quod facere potest* (“condena a lo que pueden hacer”), en base al cual el ya recordado límite de la patrimonialidad de la responsabilidad del obligado, que no respondía más –como ya he destacado– con su persona sino solamente con su patrimonio, encuentra un posterior desarrollo en nombre de la *fraternitas/* “fraternidad”, por lo cual la salvaguardia de la persona exige que no quede reducida a la miseria, y paraliza la ejecución patrimonial dentro de ciertos límites que los tiempos y las situaciones generales variamente concretizan y que hoy podemos indicar en la garantía que exige el respeto por la vida, la salud, la familia y la vivienda¹³.

¹² Cfr. R. CARDILLI, “*Bona fides*” tra storia e sistema, Turín, 2004.

¹³ Este tema ha sido tratado por V. ABELNDA en su tesis de doctorado, la cual espero sea próximamente publicada.

6. Las fuentes de las obligaciones entre figuras generales y tipicidad: la relectura de los Digesta y el enfoque de Gayo (D. 44,7,1 pr.) y de Labeón (D. 50,16,19 y las reglas operativas conexas), y el empleo de la analogía.

La unificación del derecho ha tenido lugar generalmente con relación a institutos bien circunscriptos. Pensemos, por ejemplo, en la letra de cambio, en la compraventa de cosas muebles, o en la tutela del consumidor (si bien este ámbito goza de mayor extensión que los anteriores).

La problemática de las obligaciones nos remite al examen de sus fuentes, y en este sentido juega un papel dominante el ya citado texto de las Instituciones de Gayo (Gai. 3,88), con la conocida bipartición: “contrato-delito”, cuyo carácter sumario en principio se inspira en razones didácticas, aunque tales formulaciones simplificadas se usan a veces también por brevedad¹⁴. Dicha bipartición, de todos modos viene luego corregida e integrada en las Instituciones de Justiniano (3,13,2), que la transforman en la cuatripartición “contrato-como de contrato-delito-como de delito”.

La relectura de los Digestos, sin embargo, nos ofrece también otro modo de corregir la bipartición en D. 44,7,1 pr., texto que también corresponde a Gayo, extraído de sus *res cottidianae* (obra posterior y más profundizada que las Instituciones), en el que propone la tripartición “contrato-delito-varias causas típicas”.

En realidad, este texto ha sido objeto de muchas discusiones e inclusive se ha impugnado que su autoría correspondiese a Gayo. No obstante, tanto la imposibilidad de atribuir a Gayo la idea de que dicha bipartición fuese exhaustiva y que no fuese solo una simplificación didáctica, como en particular el modo de proceder de Gayo en la ejemplificación sucesiva¹⁵, inducen a considerar que es genuina la tripartición. La misma se encuentra, pues, en sintonía con un uso equilibrado de la analogía, como parece derivar de la fijación del edicto perpetuo que había acaecido pocos decenios antes¹⁶.

¹⁴ Cfr., por ejemplo, en los mismos textos justinianos J. 4,6,1. Puede también señalarse que la bipartición tiende asimismo a ser exhaustiva a través de un uso del término “contrato” bastante genérico, por lo cual queda incluida en el mismo la *negotiorum gestio* en D. 3,5,15 (16), la tutela en D. 13,5,1,6, la *communio* en D. 42,4,3 pr., el testamento en D. 45,2,9 pr., el legado en D. 50,17,19 pr. No obstante, no es este empleo del vocablo “contrato” que técnicamente se fija.

¹⁵ Cfr: D. 44,7,5.

¹⁶ Cfr: *Const. Tanta*, § 18 (*in fine*): “[...] si algo no se encontrara consignado en el edicto, pudiese resolverlo una nueva autoridad, según las reglas, las conjeturas y las analogías de aquel”

Este planteamiento tiene seguramente ventajas, a saber: se renuncia a reconducir las *fattispecies* que no constituyen contratos o delitos dentro de las categorías generales de las cuales no puedan definirse sus elementos constitutivos comunes; y se adecua por tanto explícitamente a la tipicidad y a la posibilidad de aplicar la analogía sobre la base de una verificación atenta de la efectiva presencia de los presupuestos en cada instituto típico para que aquella proceda. A primera vista parece que los códigos sigan las Instituciones de Justiniano, pero luego a menudo funden en una sola las dos categorías de delito y de cuasi-delito, y, al mismo tiempo, no ofrecen indicaciones para precisar cuales sean los elementos constitutivos comunes del cuasi-contrato, por lo cual éste viene a corresponder –no obstante la denominación– a la categoría de las varias causas típicas.

En suma, entiendo que dicha tripartición pueda ser de utilidad para nuestro trabajo, aunque esta conclusión requiere al menos otras dos puntualizaciones.

En primer lugar, cabe tener presente que el sistema jurídico Latinoamericano ha elaborado y fijado en algunos de sus códigos asimismo la categoría del acto/negocio jurídico, cuyos efectos pueden ser diversos. Es verdad también que en tales códigos, dentro de dicha categoría científica de mayor extensión y generalidad, se distinguen los institutos que son fuente de obligaciones (o que inciden sobre las vicisitudes de las obligaciones) de los restantes, como aquellos acuerdos con eficacia real o el testamento. Es, pues, igualmente verdad que en un significativo grupo de los códigos que no han acogido la mencionada categoría general, el contrato no se ha desarrollado en una dirección que tienda a generalizarlo (es decir, no se ha desarrollado hacia la asunción del rol de acto jurídico bilateral, como *v.gr.* ha sucedido en Italia). No obstante algunas importantes orientaciones, se debe decir que el sistema Latinoamericano está caracterizado por una perspectiva más directamente romanista que marca una separación entre los actos con eficacia real y los contratos, estos últimos con eficacia obligatoria¹⁷.

La posibilidad de atribuir al contrato una eficacia más extendida –tanto real como obligatoria– propia de la experiencia ítalo-francesa,

¹⁷ Cfr. S. SCHIPANI, *Las definiciones de contrato del sistema jurídico latinoamericano*, en A.A.V.V., *El contrato en el sistema jurídico latinoamericano. Bases para un código latinoamericano tipo*, Bogotá, 2001, 13 ss.

podría estar sometida a la voluntad explícita de las partes, o podría también ser presunta (salvo prueba en contrario), en los casos que ambas partes pertenezcan a ordenamientos cuyos códigos la prevén¹⁸.

En segundo lugar, la tripartición en examen impone un orden de la materia que no incluye el tratamiento del hecho, del acto o del negocio jurídico, volviendo a incluir en la parte relativa al contrato también aquellos argumentos que han sido incluidos en la disciplina de tales categorías más generales, con generalizaciones que son todavía objeto de incertidumbres o de críticas, o que requieren enunciados normativos que derogan las mismas. De este modo se enfoca además la distinción entre las materias que se refieren a la obligación y aquellas que se refieren al contrato que comportará ciertamente, en varios casos, discusiones. Advértase que entre los Códigos Latinoamericanos más ilustres —una vez dejada de lado una parte general sobre el hecho, acto, negocio jurídico—, es sin duda el de A. Bello al cual es dable recurrir como punto de partida para la sistematización de la materia. Es cierto que los desarrollos de la Ciencia jurídica siguen modificando en diversos aspectos la sistematización de la materia, y, a este respecto, el índice del Código civil italiano ofrece un esquema que ha recogido resultados ampliamente difundidos y aceptados en el sistema romanista, y por lo tanto puede ser utilizado para la integración y modificación del código de Bello como potencial nuevo punto de partida para nuestro trabajo. En fin, una comprobación debe tal vez realizarse en relación a otro problema.

En la romanística reciente ha sido realizada una relectura de la noción de contrato que evidencia una riqueza de posibles implicancias¹⁹. Releyendo los Digestos de Justiniano, es sabido que encontramos en aquella de Labeón la única definición de contrato formulada por los juristas romanos.

D. 50,16,19 ULPIANO, *Comentarios al Edicto, libro XI*: “Labeón define en el libro primero del edicto del pretor urbano, que unas co-

¹⁸ Este enfoque por tanto sería diferente de aquel del *Code européen* de GANDOLFI, que en cambio prevé la posibilidad de otros efectos, a más de aquellos obligatorios, en un idéntico plano (art. 1, inc. 1).

¹⁹ Cfr. F. GALLO, *Contratto e atto secondo Labeone: una dottrina da riconsiderare*, en *Roma e America. Diritto romano comune*, 7/1999, 17 ss. (trad. esp. en *Sistema Jurídico latinoamericano y Derecho de los Contratos*, al cuidado de D. F. ESBORRAZ, 17 ss.); J. ADAME GODARD, *Hacia un concepto internacional de contrato (o la interpretación de la palabra ‘contrato’ en los Principios de Unidroit*, en A.A.V.V., *Contratación internacional. Comentario a los Principios sobre los contratos internacionales de Unidroit*, México, 1998, 15 ss.; D. F. ESBORRAZ, *Contrato y Sistema en América Latina*, Santa Fe, 2006.

sas (*asuntos*) se hacen, otras se gestionan, y otras se contratan. Y ciertamente que “lo actuado” (*actum*) es una palabra general, ya sea que alguna cosa (*asunto*) se haga (*agitur*) de manera verbal (*verbis*), “ya sea con documentos escritos”, ya sea mediante la entrega de una cosa (*re*), como en la estipulación (*stipulatio*), “o en las transcripciones de obligaciones en el libros de las entradas y de las salidas (*nomina transcripticia*)”, o en la entrega de dinero (*numeratione*); pero “lo contraído” (*contractum*) significa la obligación de una y de otra parte, lo que los griegos llaman “*synállagma*” (*συνάλλαγμα*), como la compra, venta, locación, conducción, sociedad “y mandato”; “lo gestionado” (*gestum*) significa alguna cosa (*asunto*) hecha sin palabras”.

Esta definición “explícita” (ya que las otras se infieren de los discursos y razonamientos que podemos deducir de las fuentes y por ende son “implícitas”) concentra la noción de contrato sobre aquel acto bilateral/plurilateral del cual emanen obligaciones correspectivas, reconociendo entre ellas un vínculo de interdependencia que –por ejemplo– concurre a precisar la operatividad de la buena fe. Así, se individualiza un ligamen recíproco entre las obligaciones, en cuya virtud no pudiendo surgir una de ellas no surgiría tampoco la otra (salvo la hipótesis de los denominados contratos claudicantes²⁰). Este ligamen se prolonga a lo largo del curso de la vida del contrato, por lo cual las vicisitudes de una obligación se reflejan sobre la otra con un atento balance de las razones y de la misma consistencia de aquellas²¹. Y se recoge –en tal ligamen recíproco– el presupuesto para la posible superación de la tipicidad contractual que caracterizaba el sistema romano de los contratos durante la época de Labeón, y, por tanto, cobra impulso la formación del instituto jurídico del contrato con eficacia bilateral, que incluye además las convenciones atípicas, aquellas en las cuales podía ser dudoso el encuadramiento del tipo concluido²², y también las figuras con bilateralidad llamada imperfecta o potencial²³, permaneciendo en el ámbito de la tipicidad las demás figuras generadoras de obligaciones no

²⁰ Cfr. D. 19,1,13,29; pero vid. 18,5,7,1; D. 16,2,9 pr.

²¹ Cfr. D. 19,1,50; D. 19,2,28; D. 19,2,60. Sobre el punto F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne. Corso di Diritto romano*, I, Turin, 1992, 214 ss.

²² Cfr. por ej. D. 19,5,1,1; D. 18,1,50 (cfr. F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto cit.*, 190 ss.).

²³ Cfr. por ej. D. 17,1,8 pr. relativo al mandato y al depósito, sobre lo cual F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto cit.*, 210 ss.

correspectivas²⁴. A esta definición parece que en las fuentes puedan vincularse otras reglas operativas que también emergen de la relectura de los Digestos: así *v.gr.* la resolución del contrato por incumplimiento²⁵, o la *exceptio non adimpleti contractus*²⁶, o la misma responsabilidad por imposibilidad sobrevenida²⁷, o la lesión enorme²⁸; las cuales merecen una renovada reflexión crítica.

Un desarrollo parcialmente distinto al propuesto por Labeón es el que encontramos en Aristón:

D. 2,14,7 pr. ULPIANO, *Comentarios al Edicto, Libro IV*: “Algunas convenciones de derecho de gentes producen acciones; otras, excepciones. 1.- Las (convenciones) que producen acciones, no subsisten con su nombre (genérico de convenciones), sino que pasan a (asumen) el nombre propio de un contrato, como compra, venta, locación, conducción, sociedad, comodato, depósito, y los demás contratos semejantes. 2.- Si la cosa (la convención) no pasare (no diese lugar) a otro contrato, y subsistiere (hubiere sido ejecutada), sin embargo, la causa, respondió acertadamente Aristón a Celso “hijo”, que había obligación (o mejor dicho, un acto generador de obligaciones); por ejemplo te di una cosa, para que me dieras otra; di para que hagas algo, esto es *συνάλλαγμα*, y de aquí nace una obligación (acción) civil. Y por ello opino que con razón fue Juliano reprendido por Mauriciano en esto: te di a Stico, para que manumitas a Pánfilo; lo manumitiste; Stico fue vindicado. Juliano escribe que se ha de dar por el pretor la acción del hecho (*in factum actionem*); aquel “Mauriciano” dice que basta la acción civil de cosa incierta (*civilem incerti actionem*), esto es, la *praescriptis verbis*; pues que hay un contrato, que Aristón llama sinalagma (*συνάλλαγμα*), de donde nace esta acción”.

Este planteamiento de Aristón se inserta en un sistema que no pone en discusión la regla de la tipicidad, y se preocupa —en cambio— por integrar la serie de los contratos típicos ya acuñados con el reconocimiento

²⁴ F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto* cit., 251, observa: «L'attività negoziale ha bisogno di uno spazio di atipicità: l'atto giuridico bilaterale produttivo di obbligazioni reciproche corrisponde ad esigenze non eliminabili nelle relazioni umane e presenta una propria individualità (viene sottoposto ad apposite regole) in ogni sistema giuridico».

²⁵ *Cfr.* D. 12,4,3,2.3.

²⁶ *Cfr.* D. 19,1,13,8; D. 44,4,5,4.

²⁷ *Cfr.* D. 19,1,50; D. 19,2,9,4.

²⁸ *Cfr.* C. 4,44,2.

de efectos civiles a aquellos acuerdos concluidos entre las partes a los cuales haya seguido la ejecución de la prestación por una de ellas; esta ejecución, en efecto, hace civilmente exigible la otra prestación prevista. Y todo esto en nombre del equilibrio que debe ser garantizado entre los patrimonios durante el desenvolvimiento de la actividad negocial.

Estas perspectivas están presentes también en el ámbito de aquellas elaboraciones más sensibles al perfil del acuerdo, como en el texto de las Instituciones de Gayo relativo a los contratos consensuales, y permiten tener debida cuenta de todos los matices posibles:

GAYO, *Institutas*, libro III; 135: “Se contraen obligaciones mediante el consentimiento en las compraventas, en los arrendamientos, en las sociedades, en los mandatos; 136. Y decimos que por estos modos se contraen las obligaciones mediante el consentimiento porque no se requiere ninguna formalidad ni de palabras ni de escritura, sino que es suficiente con que consientan aquellos que realizan el negocio; [...] 137. Además, en estos contratos una persona se obliga con la otra por aquello que debe hacer una a la otra de acuerdo con la equidad, mientras que, por el contrario, en las obligaciones por las palabras una estipula y la otra promete, y en las transferencias de créditos, una obliga anotando el desembolso y la otra queda obligada²⁹”.

Para concluir, entiendo que todas estas perspectivas merecen ser atentamente ponderadas y en alguna medida es factible que sean combinadas, eventualmente desplazando el acento puesto en las obligaciones (presente en la definición de Labeón) hacia las prestaciones, como fue propuesto recientemente³⁰. Sin que implique tomar directamente posición en esta sede sobre la noción científica de contrato, a los fines de la predisposición de un código, quizá sería útil verificar si no pueda ser proficua una noción de contrato aún más restringida de las habituales, pero que igualmente sirva para poner de resalto las exigencias fundamentales de equidad y transparencia. Las mismas podrían encontrar debido resguardo en una convención de los contratantes expresiva de un “querer” cumplir prestaciones recíprocas, donde –por consiguiente– la prestación (o las prestaciones) de una de las partes haya su justificación y justa medida en aquella (o aquellas)

²⁹ Vid. también Gai. 3,155: “El mandato tiene lugar [...] y quedamos obligados recíprocamente el uno con el otro en lo que se deba hacer de buena fe [...]”.

³⁰ F. GALLO, *Contratto e atto secondo Labeone* cit.; D. ESBORRAZ, *Contrato y Sistema* cit.

de la otra³¹. A este “contrato” se podría sumar una norma relativa a la aplicación analógica, cuya utilidad ya he indicado a propósito del problema general de las fuentes de las obligaciones y de la eficacia del contrato. A título de ejemplo, se podría prever que el Código se aplique por analogía –en la medida de lo posible y con las oportunas adecuaciones– a los otros acuerdos dirigidos a constituir, modificar o extinguir obligaciones de una sola de las partes, o bien un derecho real, e inclusive a las promesas unilaterales, y, en suma, a todos aquellos comportamientos jurídicamente relevantes que evidencien la presencia de una voluntad negocial³².

³¹ La definición propuesta por F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto* cit., 55, reza: “Il contratto è l’atto plurilaterale produttivo di prestazioni patrimoniali corrispettive[tradurre]”; mientras que D. ESBORRAZ, *Contrato y Sistema* cit., 240 (vid. también 252 y 258) sugiere la siguiente: “El contrato es el acto jurídico plurilateral que tiene por fin inmediato constituir entre las partes relaciones jurídicas creditorias recíprocas de naturaleza patrimonial, así como su regulación, modificación, interpretación, transmisión o extinción; pudiéndose también beneficiar con él a terceros”.

³² *Cfr.* un enfoque semejante en los *Principios Lando*, art. 1:107.

Recensiones de Libros

Las instituciones judiciales chinas

Del Derecho imperial al ordenamiento republicano y la China popular

Le istituzioni giudiziarie cinesi

Dal diritto imperiale all'ordinamento repubblicano e alla Cina popolare

Mauro Mazza

Università degli Studi di Bergamo. Facoltà di Giurisprudenza. Giuffrè Editore. Milano 2010, pp. VIII – 262. ISBN: 9788814155376.



Emilio Spósito Contreras

Abogado de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Profesor de Derecho Civil I, Personas de la Universidad Central de Venezuela

Cada cierto tiempo, exploradores llegaban hasta el lejano Oriente y Occidente “descubría” a China y se maravillaba de su cultura. Ahora, China se pasea por Occidente y no puede pasar desapercibida. Su protagonismo en el mundo contemporáneo y futuro, nos impulsa a conocerla y, sin embargo, cuando menos son pocos los textos que nos permiten comprender a “(...) uno de los países de más larga historia del mundo (...)”¹.

En materia jurídica, salvo contadas excepciones², los textos disponibles se encuentran en idiomas distintos al español. En italiano, destaca la obra de Mauro Mazza,

¹ *Preámbulo de la Constitución de la República Popular China*. En http://www.politica-china.org/imxd/noticias/doc/1232451324Constitucion_china_ES.pdf. Consultado el 18 de febrero de 2013.

² *V. gr. AA.VV., China, el dragón rampante. Panorama político, económico y jurídico*. Rafael Domingo Oslé, editor. Universidad de Navarra, Cátedra Garrigues - Thomson Aranzadi. Madrid 2007.

profesor de Derecho Público Comparado de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Bérgamo, titulado *Le istituzioni giudiziarie cinesi. Dal diritto imperiale all'ordinamento repubblicano e alla Cina popolare*.

La obra está estructurada en tres capítulos:

- I. La administración de justicia en la China imperial;
- II. La organización judicial en la China nacionalista; y,
- III. Lineamientos del sistema judicial en la República Popular China.

En el primer capítulo, Mazza desarrolla: 1. La peculiar concepción de leyes, códigos y Derecho en la antigua China; 2. Las principales escuelas filosóficas y el problema de la dimensión jurídica de la vida social; y, las posiciones doctrinarias expresadas por las escuelas filosóficas minoritarias y las tendencias a la hibridación de los contradictorios modelos de pensamiento jurídico-social; 3. Las notas identificativas generales del Derecho imperial chino; 4. La legislación y codificación durante las dinastías imperiales chinas; 5. El Derecho judicial imperial chino; 6. La conciliación extrajudicial de las causas legales; y, 7. El reclutamiento de los magistrados en el Derecho de la China imperial.

En el segundo capítulo, aborda: 1. La occidentalización del Derecho tradicional chino y la teoría del Estado elaborada por Sun Yat-sen; 2. La codificación y la legislación de la China nacionalista; y, 3. El ordenamiento de los tribunales y de las cortes.

Finalmente, en el tercer capítulo, el profesor de Derecho Público Comparado analiza: 1. El Derecho democrático popular chino y la administración de justicia; 2. El sistema de los órganos judiciales con funciones de juicio; 3. El aparato de las procuradurías populares de Estado; 4. La justicia administrativa; 5. El contencioso constitucional; y, 6. La conciliación popular como método extrajudicial de resolución de las controversias.

Como se vislumbra del esquema del trabajo, el estudio de las instituciones judiciales chinas se fundamenta en una estricta visión diacrónica, recorriendo la historia del Derecho chino a partir de la administración de justicia en la China imperial, delineando la organización judicial en la China nacionalista y, finalmente, el sistema judicial de la República Popular China. Además, se abordan aspectos particulares como la hibridación en el Derecho de las distintas corrientes filosó-

ficas, la occidentalización del Derecho tradicional, o la conciliación popular como método extrajudicial de resolución de las controversias.

En tal sentido, es de resaltar la referencia a los “ritos” de la antigua China –preceptos jurídicos que en Occidente asimilaríamos a juicios morales–, a los cuales se sucederían las interpretaciones del Derecho de las escuelas de Confucio³, los legistas –entre quienes destacaron Guan Zi, Shang Yang, Shen Tao, Yin Wen y Hon Fei⁴ –; Lao Tse⁵ y Me Tse⁶; interpretaciones que a lo largo de milenios⁷ se mezclaron, no sin fluctuaciones y conflictos. También resulta interesante descubrir que en 1929, la República de China tuvo un Código Civil inspirado en el *Bürgerliches Gesetzbuch*; o la particular relevancia de la conciliación popular como método extrajudicial de resolución de las controversias, si se considera la semejanza entre las funciones judicial y administrativa y, sin embargo, la relevancia de esta última.

Al respecto, es elocuente el siguiente extracto del autor:

“Nel sistema di diritto costituzionale della Repubblica popolare cinese (...) gli organi giudiziari sono posti sostanzialmente sullo stesso livello degli organi del potere esecutivo, nel senso che i componenti tanto dell'uno quanto dell'altro sono nominati e possono essere revocati dai rappresentanti del potere legislativo o deliberativo, ossia dai deputati delle assemblee elettive dei vari livelli (...). Questo sistema, lasciando in disparte ogni considerazione sul piano dell'autonomia e dell'indipendenza della magistratura, nozioni che del resto assumono necessariamente una peculiare fisionomia in un modello ordinamentale come quello cinese-popolare edificato sul principio ideologico del mancato riconoscimento del principio della separazione dei poteri, manifesta secondo l'opinione della stessa dottrina cinopopolare alcuni non trascurabili inconvenienti pratici. Gli aspetti fondamentali appaiono due. In primo luogo, balza all'evidenza il profilo del finanziamento delle spese per il settore della giustizia. Non esiste in Cina un sistema centralizzato di finanziamento degli organi giurisdizionali, poiché le risorse economiche

³ *Le istituzioni giudiziarie cinesi...* pp. 8-12.

⁴ *Ibidem*, pp. 12-15.

⁵ *Ibidem*, p. 15.

⁶ *Ibidem*, p. 16.

⁷ A partir del emperador Dong Zhongshu (circa 179-104 a. C.).

per la giustizia sono messe a disposizione dei governi locali del gradino amministrativo corrispondente (...). In secondo luogo, l'esecuzione forzata delle decisioni della magistratura necessita della cooperazione delle forze di sicurezza"⁸⁻⁹.

Efectivamente, un libro imprescindible para conocer del sistema jurídico y el ordenamiento de China, uno de los BRICS y, según algunas previsiones, la mayor economía del futuro¹⁰.

En conclusión, como señalara Marco Polo, el más célebre explorador occidental de China de todos los tiempos, en *El millón*: "*Señores emperadores, reyes, y duques, y todas las demás personas que quieran saber sobre las gentes y la diversidad de las regiones del mundo, lean este libro donde encontrarán grandes maravillas (...)*"¹¹.

⁸ *Op. cit.*, pp. 110-111.

⁹ "En el sistema de Derecho constitucional de la República Popular China (...) los órganos judiciales son puestos sustancialmente sobre el mismo nivel de los órganos del poder ejecutivo, en el sentido que los componentes tanto del uno como del otro son nombrados y pueden ser revocados por los representantes del poder legislativo o deliberativo, o sea por los diputados de las asambleas electivas de los varios niveles (...). Este sistema, dejando aparte toda consideración sobre el plano de la autonomía y la independencia de la magistratura, nociones que del resto asumen necesariamente una peculiar fisonomía en un modelo de distintos ordenes como el de la China popular edificado sobre el principio ideológico de la ausencia de reconocimiento del principio de la separación de los Poderes, manifiesta según la opinión de la misma doctrina chino-popular algunos relevantes inconvenientes prácticos. Los aspectos fundamentales resultan dos. En primer lugar, resulta evidente el perfil del financiamiento de los gastos para el sector de la justicia. No existe en China un sistema centralizado de financiamiento de los órganos jurisdiccionales, ya que los recursos económicos para la justicia son puestas a disposición de los gobiernos locales del grado administrativo correspondiente (...). En segundo lugar, la ejecución forzada de las decisiones de la magistratura necesita de la cooperación de las fuerzas de seguridad (...)" (traducción del autor).

¹⁰ "Según el Conference Board (...), China podría representar casi una cuarta parte de la economía global para el año 2020, comparado con el 15 por ciento de EEUU y el 13 por ciento de Europa Occidental, los quince miembros originales de la Unión Europea (UE)" (*La economía china podría superar a la de EEUU en dos años*. En <http://www.expansion.com/2010/11/11/economia/1289441626.html>. Consultado el 22 de febrero de 2013).

¹¹ Traducción del autor, de POLO, Marco, *Il milione*, I. A cura de Valeria Bertolucci Pizzorusso. Letteratura italiana Einaudi. Milano 1975.

