

TEMAS DE DERECHO CIVIL

LIBRO HOMENAJE A ANDRÉS AGUILAR MAWDSLEY VOL. II

Fernando Parra Aranguren
- Editor -



Tribunal Supremo de Justicia
Colección Libros Homenaje, N° 14
Caracas/Venezuela/2004

**KHW409
T2783
V. 2**

**Temas de Derecho Civil: Libro Homenaje a Andrés Aguilar
Mawdsley / Fernando Parra Aranguren, editor – Caracas:
Tribunal Supremo de Justicia, 2004.**

848 p. (Colección Libros Homenaje, N° 14)

1. Derecho Civil - Venezuela.

**El Tribunal Supremo de Justicia no se hace responsable
por el contenido de los artículos firmados**

© República Bolivariana de Venezuela
Tribunal Supremo de Justicia
Colección Libros Homenaje, N° 14

Fernando Parra Aranguren, Director

Depósito Legal lf:

ISBN:

Depósito Legal lf:

ISBN:

Fernando Parra Aranguren
-Editor-

TEMAS DE DERECHO CIVIL
LIBRO HOMENAJE A
Andrés Aguilar Mawdsley

Volumen II

Tribunal Supremo de Justicia
Colección Libros Homenaje, N° 14
Caracas/Venezuela/2004

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

SALA CONSTITUCIONAL

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

SALA POLITICOADMINISTRATIVA

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

SALA ELECTORAL

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

SALA DE CASACIÓN CIVIL

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

SALA DE CASACIÓN PENAL

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

SALA DE CASACIÓN SOCIAL

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

Contenido Volumen II

Oscar Enrique OCHOA GÓMEZ , <i>Personas jurídicas ..</i>	9
Rafael ORTIZ-ORTIZ , <i>Algunas consideraciones sobre el Habeas Data como derecho civil fundamental</i>	35
Gonzalo PARRA-ARANGUREN , <i>Las normas de Derecho Internacional Privado en el Código Civil venezolano del veinte de febrero de 1873</i>	107
Marisela PÁRRAGA DE ESPARZA , <i>Consideraciones acerca del derecho a la identidad de la persona natural y su régimen probatorio</i>	225
María PETZOLD RODRÍGUEZ , <i>Algunas consideraciones filosófico-jurídicas sobre el estatuto del embrión humano</i>	245
Jesús R. QUINTERO P. , <i>Apuntes sobre la teoría general de las personas jurídicas</i>	253

Mariolga QUINTERO TIRADO y Pedro Pablo CAL- VANI, <i>Aproximación al estudio del recurso de apela-</i> <i>ción y de casación en la Ley Orgánica para la</i> <i>Protección del Niño y del Adolescente (LOPNA).....</i>	329
Juan M. RAFFALLI A., <i>La Protección de la Familia en</i> <i>la Constitución Venezolana de 1999</i>	357
Mariliana RICO CARRILLO, <i>El contrato electrónico</i> <i>como fuente de obligaciones</i>	385
Gonzalo RODRÍGUEZ MATOS, <i>La buena fe en la eje-</i> <i>cución del contrato</i>	415
Carlos J. SARMIENTO SOSA, <i>Comentarios sobre la</i> <i>personalidad jurídica de la sociedad civil</i>	455
Ludwig SCHMIDT H., <i>Ser, vida y dignidad humana</i>	493
Domingo SOSA BRITO, <i>La resolución judicial del con-</i> <i>trato de arrendamiento: Sus efectos fundamentales ...</i>	527
Silvia Y. TANZI y Ethel HUMPHREYS, <i>La responsa-</i> <i>bilidad colectiva y su tratamiento en el derecho ar-</i> <i>gentino</i>	559
Enrique URDANETA FONTIVEROS, <i>El retracto con-</i> <i>vencional según el Código Civil venezolano</i>	573
Carlos Alberto URDANETA SANDOVAL, <i>Procedencia</i> <i>en el Derecho venezolano del ejercicio abusivo de</i> <i>los derechos humanos o fundamentales en su efica-</i> <i>cia horizontal</i>	639

Rómulo VELANDIA PONCE , <i>Los contratos electrónicos: el futuro ha llegado</i>	725
Ángel Gabriel VISO , <i>Reflexiones sobre la personalidad jurídica en Derecho Tributario</i>	807

Algunas consideraciones sobre el *hábeas data* como derecho civil fundamental

Rafael ORTIZ-ORTIZ*

SUMARIO:

- 1. Prolegómenos necesarios:** 1.1 *La información y el poder.* 1.2 *La Información y la protección de derechos fundamentales.* 1.3 *El hábeas data como respuesta jurídica al fenómeno informativo.* 1.4 *Importancia del hábeas data en un mundo globalizado.*
- 2. El *hábeas data*: precisiones terminológicas y conceptuales:** 2.1 *Etimología y etiología.* 2.2 *Concepto de *hábeas data* en la*

* **Universidad Católica Andrés Bello**, Abogado, *Especialista y Maestría en Derecho Procesal*, *Estudios doctorales en Derecho*. Jefe de la Cátedra de Filosofía del Derecho. **Universidad Central de Venezuela**, *Especialización en Derecho del Trabajo*. Profesor de pre y postgrado en ambas casas de estudio. **Universidad de Carabobo** y **Universidad Arturo Michelena**, Profesor de pre y postgrado. Profesor invitado en las Universidades **Autónoma de México**, **Santiago de Chile**, **Bicentenario de Aragua** y **Fermín Toro**. Profesor de la Escuela de la Judicatura. **Premio Anual “Procuraduría General de la República”**, Ganador del Sexto y del Noveno Premios, 1992 y 1995, en su orden. Ex Magistrado de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo. Ex Juez Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la región Centro-Norte. Autor de varias obras y numerosos artículos.

doctrina: **2.2.1** El *hábeas data* como libertad informática. **2.2.2** El *hábeas data* como pretensión procesal. **2.2.3** La insuficiencia material y excedencia formal de las definiciones propuestas. **2.2.4** Algunas definiciones de *hábeas data* en la jurisprudencia venezolana. **2.2.5** Nuestra posición: el *hábeas data* como derecho y como recurso judicial: **2.2.5.1** Definición del *hábeas data* como derecho. **2.2.5.2** Definición del *hábeas data* como recurso judicial.

- 3. El *hábeas data* en la Constitución venezolana:** **3.1** *El *hábeas data* propio: la autodeterminación informativa:* **3.1.1** El derecho de acceso a la información. **3.1.2** El control del uso y la finalidad de la información. **3.2** *El derecho de “acceso” a los archivos públicos o *hábeas data* impropio.* **3.3** *El recurso de *hábeas data* ex artículo 28 constitucional:* **3.3.1** El *hábeas data* por intereses colectivos y difusos. **3.3.2** El secreto de las fuentes de información periodística y otras profesiones.

Algunas conclusiones preliminares

1. PROLEGÓMENOS NECESARIOS

1.1 LA INFORMACIÓN Y EL PODER

Desde hace algún tiempo, hemos venido propugnado la idea de que el *hábeas data* no sólo es un remedio procesal frente a las intromisiones indebidas en la intimidad personal o familiar, sino que, también, se perfila como un *derecho fundamental*, es decir, uno de los nuevos *derechos civiles* que pretenden carta de ciudadanía propia en la ciencia del Derecho, como así parece desprenderse de los ordenamientos jurídicos contemporáneos. Esta inquietud ha sido plasmada en nuestro libro *Hábeas data. Derecho fundamental y garantía de protección de los derechos de la personalidad*.

Así es, en efecto, la temática de la “información” como fenómeno jurídico de reciente florecimiento en el mundo civilizado, ha estado emparentado con la “libertad de expresión”, tanto es así que autores muy reputados en la doctrina nacional y extranjera lo tratan como sinónimos, en la falsa creencia que no hay “libertad de expresión” sin “información” y viceversa. Sin embargo, es posible que ambos fenómenos sean

equidistantes de la misma realidad pero ello no autoriza a que la ciencia deba tratarlos como la misma cosa. La *información* se refiere a hechos mientras que la libertad de expresión se refiere a *opiniones*; cierto es que ambos utilizan el mismo “canal de expresión” pero, sus contenidos son diversos. No es este el espacio para profundizar esta temática, pero nos sirve de introito para afirmar que el *hábeas data* es una *emanación del fenómeno informativo*.

Ciertamente, como decía el profesor Rafael Bielsa, las ideas, creencias, ciencia y costumbre se han ido volcando en hojas de papel; desde las instituciones hasta los pactos privados, todo ello está confiado en custodia a millones de páginas; *el papel es la piel de Dios*, decían por el año 1700 los indios chiriguano. Desde hace siglos, el papel es la memoria de Occidente; pero no siempre las informaciones estuvieron en libros, y es posible que las cosas no sean así por mucho tiempo más. Con estas palabras Bielsa¹ nos anima al estudio del tema de la “información computarizada”, su uso y su influencia en el campo del Derecho. Junto con el desarrollo de las ciencias físicas, astronomía y biología (por mencionar el descubrimiento del genoma humano) es suficiente para colocar al “majadero siglo XX” en la cúspide del desarrollo del hombre, ni qué decir sobre el inusitado avance de nuevas y mejores maneras de comunicación, y fundamentalmente, el surgir de tecnologías que día a día aparecen en las páginas de revistas científicas.

El alemán Weis comenta que a comienzos de los años sesenta era apreciable que el aparato administrativo estatal obtendría un esencial instrumento de poder: la tecnología que –a la sazón– traería la transformación de las tareas del Estado, sobre todo a partir del surgimiento de la idea del Estado social, un consecuente aumento de las necesidades de información. Y es que en efecto, la tecnología se constituye en un verdadero “poder”, esto es, el poder del Estado en su sentido clásico pero orientado hacia nuevas y mejores transformaciones socioculturales; es el paso decisivo y definitivo de las sociedades rurales y agrícolas hacia socie-

¹ Vid. Bielsa (86), Rafael: *Recuperación de documentos jurídicos por medios automatizados*. Dott editore. Milano, 1986; pp. 5 y siguientes.

dades más complejamente organizadas cuyo eje central de organización está, precisamente, en la tecnología.

La tecnología es el conjunto de conocimientos propios de un oficio mecánico o arte industrial de modo que hablar de sociedad industrial es, en el fondo y en la forma, hablar también de sociedades con avances tecnológicos. De hecho el grado de industrialización de un país se mide con la vara de sus “conocimientos” tecnológicos. La tecnología refiere, en primer lugar, al conjunto de reglas aptas para dirigir eficazmente una actividad cualquiera, pero rápidamente se advierte que la tecnología y la técnica en general se relacionan con la acomodación del hombre al nuevo ambiente natural y humano producido, curiosamente, por el avance de la tecnología misma. De allí que la tecnología comporta un cambio en el ejercicio del poder del Estado y significa, también, la modificación del cuadro de los seres humanos.²

Víctor A. Salgado S., de la Universidad de La Coruña, señala que no hay duda de la importancia que las tecnologías de la información y de la comunicación han alcanzado en los últimos años, y en tal sentido:

Las llamadas TIC (Tecnologías de la Información y de la Comunicación) han entrado en nuestra sociedad de un modo extremadamente acelerado, produciendo una auténtica revolución de la información, del mismo modo que en su día fue la revolución industrial; amenazando con transformar por completo nuestra idea de sociedad y de las estructuras que la conforman. Tal es la importancia de este nuevo entorno que ya estamos viviendo que el Derecho no puede desconocerlo. La tradicional lentitud de las leyes a la hora de regular nuevas figuras y realidades sociales se hace aquí aún más dramática donde el fenómeno crece a ojos vista en cuestión de meses, incluso de días.

² La explicación de la tecnología y su influencia en el cuadro de los seres humanos puede leerse en Weis (94): *Die informationsgesellschaft; Zum wandel der menschenbilder unter neuen technologien*, 1994, pp. 25 y siguientes, apud Hassemer, Winfried y Chirino Sánchez, Alfredo(97): *El derecho a la autodeterminación informativa y los retos del procesamiento automatizado de datos personales*, pp. 29 y siguientes.

Ahora bien, esa sociedad industrial y correlativamente “avanzada tecnológicamente” requiere, necesariamente, el avance en el “conocimiento” técnico, esto es, necesita de “información” del estado actual de la técnica y su proyección al futuro. A mayor “cantidad” de conocimiento técnico se afirma que hay mayor avance tecnológico; por ello es que puede afirmarse que la tecnología es realmente un “poder” entendido como el complejo de posibilidades de desarrollo y control sobre las personas o los países que caigan bajo su esfera. Estamos en presencia del poder de la tecnología que mide, a su vez, el grado de desarrollo de un país.³

Al lado de este poder que otorga la tecnología, bien puede hablarse también de la tecnología del poder, esto es, la manera o el cómo los países industrializados se ponen en posesión de los conocimientos tecnológicos, como dicen Hassemer y Chirino, tan pronto como el poder estatal pudiera servirse de la automatización de las informaciones, podría convertirse más rápidamente y de manera más enérgica en mucho más desigual de lo que había sido hasta entonces. La tecnología ofrece una enorme capacidad de tratamiento y transmisión de información, y ello ofrece, a su vez, nuevas tecnologías que modifican el avance industrial de un país. Como dice Néstor Sagüés:

El problema que evidencia la última parte del siglo XX es que, con el auge de los sistemas computarizados, ese “derecho informático” genera un “poder informático” de dimensiones insospechadas. La capacidad de registro de las computadoras, la rapidez de consulta y de transferencia de datos y la cobertura de toda esa información genera para quien la posee o puede acceder a ella una fuerte dosis de poder (contar con información es, desde ya, contar con poder), que puede ser tanto de poder económico (“la información se compra y se vende, viaja de un lugar a otro sin que el interesado lo sepa”) como poder político (ya que co-

³ Cuando en nuestro lenguaje cotidiano nos referimos a “sociedades industrializadas” o “desarrolladas” en contraposición a naciones subdesarrolladas, o más elegantemente “naciones en vías de desarrollo” lo que quiere denotarse, allende a lo peyorativo con que muchas personas utilizan la noción, al grado de avance tecnológico, y ello se mide –a su vez– por el manejo de la información sobre la técnica.

nocer minuciosamente la vida de los demás permite, en buena medida, regular, controlar y vigilar su comportamiento.⁴

Efectivamente, la información es poder, y obtener esa información requiere, a su vez, del poder tecnológico, por ello hablamos de una tecnología del poder; la sociedad –dice Héctor Chayer– se ha visto profundamente transformada con la aparición de las nuevas tecnologías de la información. Las omnipresentes computadoras interconectadas en la red mundial llamada Internet son el signo más evidente del impacto que tienen hoy. Para las telecomunicaciones, el tráfico comercial y el entretenimiento, por mencionar sólo tres áreas, estas tecnologías son prácticamente indispensables.⁵ A medida que avanza el desarrollo tecnológico (la tecnología del poder) se hace indispensable manejar mayor cantidad de información (el poder de la tecnología), de tal modo que el control de las máquinas supone, en muchas formas, el control de las personas.

Ese “control” no sólo es necesario para garantizarse un mejor desarrollo tecnológico sino, entre otras muchas razones, también por “seguridad de Estado”; así, por ejemplo, en la anterior República Federal de Alemania, el trabajo de la Policía estatal y del servicio de seguridad del Estado mantenían una permanente vigilancia de los ciudadanos a través de la recolección de datos para fundamentar las operaciones policíacas, y como dice Diemut Majer “se demostró ya desde una etapa muy temprana que el conocimiento estatal podía ser un portentoso medio para la represión”.⁶ La enorme cantidad de información requería un manejo más rápido y expedito, no sólo por razones de espacio físico sino, fundamentalmente, en la manera de obtener la información, es así entonces que nace la “infor”-mación auto-“mática”, es decir, el manejo informático (información automatizada) de los datos necesarios para la tecnología del poder; recordando a Vittorio Frosini:

⁴ Vid. Sagüés (98), Néstor: *Habeas Data, su desarrollo constitucional*, en *Lecturas constitucionales*, N° 33, pp. 88 y siguientes.

⁵ Vid. Chayer (2001), Héctor: *El sistema judicial argentino y las tecnologías de información*, en Foro de Estudios sobre la administración de justicia, *Vlex.com.Argentina*, 2001.

⁶ Vid. Majer (89), Diemut: *Justiz und polizei im 'Dritten Reich'*, pp. 136 y siguientes.

Como toda forma de energía, física o psicológica, también la energía intelectual de la informática constituye una forma de poder. Quien posee más fuerza de músculos, o mayor fuerza de voluntad, o mayor dominio de conocimientos, prevalece sobre quien posee en menor grado estas cualidades, al compararlas. (...)

Una demostración evidente de la importancia de la informática como factor de conocimiento y de poder es la ofrecida por su estrecha conexión con el desarrollo de la tecnología americana en la segunda mitad de este siglo, en la Unión soviética, en la cual, en sus comienzos, la informática fue condenada y combatida como ciencia burguesa, después de la muerte de Stalin, se consiente y favorece su estudio y aplicación como factor indispensable del desarrollo de la sociedad soviética.⁷

1.2 LA INFORMACIÓN Y LA PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Como hemos visto, el poder de la tecnología engendra una nueva manera de “poder” que se bifurca en todos los ámbitos de la vida de los individuos en el marco social, y la enorme capacidad de tratamiento y transmisión de la información que ofrecen las nuevas tecnologías hacen más acuciante la necesidad de proteger los derechos fundamentales, así lo ha reconocido la doctrina española mayoritaria, y es un grito unísono en los países iberoamericanos.

En un maravilloso trabajo dedicado al tema titulado *Los derechos fundamentales*, el profesor Antonio E. Pérez Luño, nos ofrece el estudio más acabado que se haya hecho sobre la noción de derechos fundamentales con referencia a la Constitución española de 1978. El término ‘derechos fundamentales’, *droits fondamentaux*, aparece –según el autor citado– en Francia hacia el año 1770 en el marco del movimiento político y cultural que condujo a la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, de 1789. La expresión ha alcanzado luego

⁷ Vid. Frosini (82), Vittorio: *Cibernética, derecho y sociedad*, pp. 184 y siguientes.

especial relieve en Alemania, bajo la denominación de los *Grundrechte* se ha articulado, de modo especial tras la Constitución Weimar de 1919, el sistema de relaciones entre el individuo y el Estado, en cuanto fundamento de todo orden jurídico-político. Este es su sentido en la actual *Grundgesetz* de Bonn, la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania promulgada en el año 1949.⁸ La clara delimitación de la noción es producto de las siguientes circunstancias:

En primer lugar, suponen el encuentro entre la tradición filosófica humanista, representada prioritariamente por el iusnaturalismo de orientación democrática, con las técnicas de positivación y protección reforzada de las libertades propias del movimiento constitucionalista, encuentro que se plasma en el Estado de Derecho; en segundo lugar, representan un punto de mediación y de síntesis entre las exigencias de las libertades tradicionales de signo individual, con el sistema de necesidades radicales de carácter económico, cultural y colectivo a cuya satisfacción y tutela se dirigen los derechos sociales.

Esto le permite concluir al maestro Pérez Luño que los derechos fundamentales son la fase más avanzada del proceso de positivación de los derechos naturales en los textos constitucionales del Estado de Derecho, proceso que tendría su punto intermedio de conexión en los derechos humanos. De manera que la relación entre ‘derechos humanos’ ‘derechos naturales’ y ‘derechos fundamentales’ sólo se puede precisar una vez que se hace una aclaratoria semántica, sobre todo para comprender sus alcances y derroteros, para quizás concluir que, en el ámbito de las legislaciones, poco importa la denominación si se toma en cuenta la existencia de bienes superiores de tutela preferente.

Siguiendo a Pérez Luño los derechos humanos suelen entenderse como un *conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la*

⁸ El texto que hemos seguido es Pérez Luño (95^o), Antonio E.: *Los derechos fundamentales*, pp. 31 y siguientes. En las primeras 40 páginas de este libro puede encontrar el lector una síntesis muy bien realizada por el autor sobre la evolución histórica de la noción, haciendo hincapié, por supuesto, en la legislación constitucional española.

igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional o internacional. En tanto que con la noción de derechos fundamentales se tiende a aludir aquellos derechos humanos, garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada.

Los derechos humanos tendrían una significación prescriptiva o deontológica de las exigencias vinculadas al sistema de necesidades humanas y que *debiendo ser objeto de positivación no lo han sido*, en cambio que los derechos fundamentales poseen un sentido, más preciso y estricto *‘ya que sólo describen un conjunto de derechos y libertades, jurídica e institucionalmente reconocidos y garantizados por el Derecho positivo. Se trata siempre, por tanto, de derechos delimitados espacial y temporalmente, cuya denominación responde a su carácter básico o fundamentador del sistema jurídico político del Estado de Derecho’*.⁹

Así, entonces, existe una ‘intercambiabilidad’ en el uso semántico de los términos, siendo imprecisa –a nuestra manera de ver– la distancia o la cercanía entre ‘derechos humanos’, ‘derechos naturales’ y ‘derechos fundamentales’; particularmente en el constitucionalismo español comentaba Lorenzo Martín-Retortillo que *“reflexionando sobre este problema de la denominación y tratando de ajustarme en la mayor medida posible a los datos constitucionales, me parece bastante significativa la expresión derechos fundamentales, que resulta, además, muy gráfica, sin duda”*,¹⁰ pues bien, en nuestra Constitución los términos ‘derechos humanos’ que aparecen en los artículos 2, 19, 22, 23, 27, 29, 30 y 31, muy bien pueden aludir a lo que se denomina ‘derechos fundamentales’, sin necesidad de hurgar si corresponden a nociones diversas.

La importancia que deriva de la noción de derechos fundamentales ha sido resaltada por las modernas corrientes del derecho constitucional, y así se ha señalado que tal noción desempeña una doble función, en el plano subjetivo sigue actuando como garantía de la libertad individual, si

⁹ Vid. *Opus cit.*, p. 47.

¹⁰ Vid. Martín-Retortillo, Lorenzo y Otto y Pardo, Ignacio (92): *Derechos fundamentales y Constitución*, p. 80.

bien a este papel clásico se aúna ahora la defensa de los aspectos sociales y colectivos de la subjetividad; mientras que, en el objetivo, ha asumido una dimensión institucional a partir de la cual su contenido debe funcionalizarse para la consecución de los fines y valores constitucionales proclamados.¹¹ Sin embargo, cabe anotar unas notas cualificantes de los derechos fundamentales que deben tomarse en cuenta, a saber:

- a) Los derechos fundamentales constituyen el *reconocimiento* de un ‘sistema de valores’ explícita e implícitamente *reconocido* por el Constituyente, esto es, articulación de los valores del pueblo;
- b) Los derechos fundamentales abarcan y exceden la noción de ‘derechos individuales’, pues dentro de esta noción bien cabe entender también los derechos colectivos, sociales, económicos e, incluso, los llamados derechos de la tercera generación;
- c) Los derechos fundamentales constituyen fuente de tutela privilegiada por parte de todas las ramas del Poder Público, pues – como antes se dijo – su ‘legitimidad’ depende de la medida en que tales derechos sean desarrollados, protegidos y tutelados;
- d) La verdadera tutela judicial efectiva se logra cuando la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales se realiza a través de un procedimiento con celeridad, gratuidad, sencillo en sus formas y – como anota Fix Zamudio – con un sistema flexible de medidas cautelares;¹²

¹¹ Vid. Pérez Luño (95⁶), Antonio: *Opus cit*, p. 25, y Hernández Valle (90), Rubén: *La tutela de los derechos fundamentales*, p. 12.

¹² El maestro mexicano comentaba, refiriéndose a los derechos fundamentales que ‘los citados derechos requieren de un procedimiento en el cual imperen la celeridad y la economía procesal; amplias facultades para el juzgador, incluyendo la de suplir los errores y deficiencias del demandante, así como en la aportación de elementos de convicción; un sistema flexible de medidas cautelares, y especialmente, puesto que los anteriores elementos podemos encontrarlos con más o menos fuerza en otros sectores del enjuiciamiento que los efectos del fallo protector sean esencialmente preventivos y reparadores, es decir, se requiere de un sistema protector, en el cual se evite la violación actual o inminente de los derechos fundamentales y, en todo caso, la restitución de algunos de carácter patrimonial, aquellos que se refieren a la libertad y dignidad del hombre no pueden sustituirse por equivalentes; y finalmente, medidas enérgicas y rápidas de ejecución del fallo judicial que otorgue la tutela’; Vid. Fix-Zamudio,(82), Héctor: *La protección procesal de los Derechos Humanos ante las jurisdicciones nacionales*, p. 49.

e) La tutela de los derechos fundamentales requiere de la existencia, en la legislación ordinaria, de un amplio marco de posibilidades jurisdiccionales, es decir, de un sistema, lo más amplio posible, de ‘garantías constitucionales’, entendiendo por tales el conjunto de remedios procesales que tutelan y aseguran la vigencia de los derechos fundamentales dentro de un ordenamiento jurídico.¹³

Efectivamente, los derechos fundamentales constituyen el más claro reconocimiento de un orden de valores implícito en el articulado constitucional, y por ello mismo se estructuran en orden y directriz para el Estado en cuanto a la actuación de todos los órganos que integran el Poder Público; constituyen, además, un mandato al legislador ordinario para su desarrollo, fomento y protección. Así lo ha reconocido tanto la doctrina como la jurisprudencia española al indicar que la posición central de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico, así como su realidad extraconstitucional, al calificarlos como inherentes a la persona humana. Lucas Verdú ha afirmado, en este sentido que “El constituyente no *otorga* derechos fundamentales. Éstos son creados por un *fiat!* legislativo, aunque sea de carácter constituyente. La dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes (Art. 10.1.) son anteriores al Estado y su Constitución”.¹⁴

Como lo revela otra decisión del Tribunal Constitucional español en sentencia del 11 de abril de 1985:

Los derechos fundamentales son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como

¹³ Vid. Galeotti (63), S.: *Introduzione alla teoria dei controlli costituzionali*, pp. 124 y siguientes, *apud* Hernández Valle (90), Rubén: *o.c.*, p. 15.

¹⁴ Vid. Lucas Verdú (84), Pablo: *Curso de Derecho político*, p. 314. También la doctrina alemana se ha inclinado por reconocer la existencia de un orden de valor *anterior* y *superior* incluso al orden constitucional, así H. Krüger ha señalado que “las condiciones de existencia de los derechos fundamentales no son contenido del Derecho constitucional, sino su supuesto real o jurídico”; Vid. Krüger (73), H.: *Festschr. für Scheuner*, 1973, p. 285, *apud*. Kirchhof (97), Paul: *Tareas del Bundesverfassungsgericht en una época de cambios*, en Revista Española de Derecho Constitucional, Nº 17, Num. 49, Enero-abril, 1997.

de cada una de la ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, han de informar el conjunto de la organización jurídica y política; son, en fin, como dice el Art. 10.1 de la Constitución el fundamento del orden político y la paz social.¹⁵

Ahora bien, los derechos fundamentales en el marco del derecho informático obliga al intérprete a abordarlos desde una doble perspectiva:

a) En sentido positivo, tendiente a determinar las ventajas de considerar un nuevo derecho destinado a concretar el derecho a la información, sea que ésta se encuentre en redes mundiales de información, sea utilizando los elementos de la informática para acceder a ella. En este sentido, la llamada libertad informática sería una derivación del derecho de información que, a su vez, desarrolla el concepto de *libertad* en su más amplio sentido;

b) Bajo una perspectiva negativa, tendiente a revisar los elementos que se ven afectados por el uso de la informática y sus diferentes modalidades; nos encaramos aquí con los bienes jurídicos objeto de protección y tutela, tales como el derecho a la privacidad, intimidad, honor, reputación, propiedad, entre otros bienes jurídicos esenciales de una sociedad democrática.

¹⁵ Sobre el tema, en el Derecho español, puede verse: Rodríguez Paniagua (88), José María: 'El Art. 10.1. de la Constitución española y la fundamentación ética de los derechos humanos', en 'Lecciones de Derecho natural y como introducción al Derecho' pp. 205-210; García de Enterría (81), Eduardo: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, p. 73; Gavara (84), Juan Carlos: *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*; Peces-Barba (84), Gregorio: *Los valores superiores*, pp. 137 y siguientes; Pérez Luño (95⁶), Antonio: *Opus cit.*, p. 25, y Hernández Valle (90), Rubén: *La tutela de los derechos fundamentales*, p. 12; Serna (95), Pedro: *La dignidad de la persona como principio del Derecho público*, en *Derechos y libertades*, pp. 287 y siguientes; Baño León (88), José María: *La distinción ente derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, pp. 176 y siguientes; Cruz Villalón (89), Pedro: *Formación y evolución de los derechos fundamentales*, en REDA, pp. 35-62. Martín-Retortillo (88), Lorenzo: *Régimen constitucional de los derechos fundamentales*, en 'Derechos fundamentales y Constitución', pp. 17-91, Martínez-Pujalte (97), Antonio-Luis: *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, pp. 44 y siguientes entre otros.

La regulación de la protección de la intimidad personal frente a la informática encontró en la Constitución de Portugal de 1976 la primera regulación de rango constitucional en torno al tema, y en tal sentido establece:

Artículo 35.1). Todos los ciudadanos tendrán derecho a tomar conocimiento de lo que conste en forma de registros mecanográficos acerca de ellos y de la finalidad a que se destinan las informaciones, y podrán exigir la rectificación de los datos, así como su actualización; 2). No se podrá utilizar la informática para el tratamiento de datos referentes a convicciones políticas, fe religiosa o vida privada, salvo que se trate de la elaboración de datos no identificables para fines estadísticos; 3) Se prohíbe atribuir un número nacional único a los ciudadanos.

En España, el Anteproyecto Constitucional publicado en el B.O.C. 5 de enero de 1978 establecía “La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal o familiar de los ciudadanos”; el Informe de la Ponencia (B.O.C. 17 de abril de 1978), señalaba: “La ley limitará el uso de la informática de manera que quede a salvo el respeto a la intimidad personal y familiar y honor de los ciudadanos”. La Comisión del Congreso le dio la versión definitiva, y así, el apartado 4º del artículo 18 de la Constitución de 1978, consagra el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen; la mencionada norma dispone:

La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.

Tal era la concienciación del constituyente del 78 sobre la posible incidencia perjudicial de las nuevas tecnologías sobre estos derechos, y esto obliga al legislador a limitar el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos. En cumplimiento de ese mandato constitucional –comenta Leguina Villa– la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de carácter personal (LORTAD), se propone como objetivo primordial “delimitar

una nueva frontera de la intimidad y del honor que, sustituyendo los límites antes definidos por el tiempo y el espacio, los proteja frente a la utilización mecanizada, ordenada y discriminada de los datos a ellos referentes,¹⁶ a lo cual expresa el mencionado autor:

Se protege así, en el marco de los derechos fundamentales de la tercera generación, la llamada “libertad informática” o el derecho a la protección de datos (*Datenschutz, data protection*) y de autodeterminación sobre la información (*informationelle Selbstbestimmung*), es decir, “el derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona”, o “el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos”.¹⁷

Comenta José Serrano Alberca que el nuevo fenómeno de la informática como técnica que permite el uso generalizado de los ordenadores o sistemas de proceso de datos ha planteado el problema de garantizar los derechos individuales frente a esta nueva técnica, y en tal sentido:

Aspectos esenciales en la relación informática-derechos, cabe distinguir: el aspecto individual que se refiere a la protección de los derechos del individuo frente al sistema de proceso de datos que comprende la *protección de la privacidad* y el *derecho de acceso* a los datos (llamado por Brian Nibblet, *hábeas data*), cuyos corolarios son el derecho de *rectificación* y el derecho a ser *informado* de los datos registrados acerca de la persona. Dentro de este aspecto individual está el derecho a que los datos registrados sean utilizados sólo para la finalidad concreta para lo que han sido obtenidos.¹⁸

¹⁶ Vid. Leguina Villa (98), Jesús: *Libertad informática y datos accesibles al público*, en Revista Justicia Administrativa, pp. 5 y siguientes.

¹⁷ Vid. Tribunal Constitucional español en sentencias 254/1993, de 20 de junio; Cfr. Gui Mori (97), Tomás: *Jurisprudencia constitucional 1981-1995. Estudio y reseña completa de las primeras 3.052 sentencias del TC*. Editorial Civitas. Madrid, 1977.

¹⁸ Vid. Serrano Alberca (85), José: *Comentarios al artículo 18 CE*, en Garrido Falla (85²), et Allii: *Comentarios a la Constitución*. Edit. Civitas. Madrid, 1985.

El otro aspecto –sigue diciendo el autor– es el institucional y social del fenómeno informático. En este aspecto social, la problemática se centra en determinar quiénes van a ser los sujetos gestores de la informática, la posibilidad de una informática privada, el control democrático de la informática y los métodos que va a emplearse para la elaboración de informaciones. Como se observa, el *hábeas data* surge como una respuesta a las necesidades de protección de los derechos fundamentales ante el indetenible avance de la tecnología de la informática que, a manera de Orwell, amenaza con convertirse en un monstruo capaz de dominar hasta sus propios creadores.

1.3 EL HÁBEAS DATA COMO RESPUESTA JURÍDICA AL FENÓMENO INFORMATIVO

La respuesta del Derecho frente a la amenaza latente del mundo informático en contra de bienes jurídicos fundamentales se hizo sentir, fundamentalmente en Europa y Estados Unidos, de manera acelerada. Así, por ejemplo, la Cámara de Diputados publicó en mayo de 1983 el libro *Banche dati e tutela della persona*, en el que se recopila la legislación sobre la protección de la vida privada frente a la informática, y Vittorio Frosini comenta:

La civilización tecnológica en que vivimos el derecho a la vida privada se configura como una nueva forma de libertad que no es sólo la libertad negativa de prohibir el uso de la información sobre la propia persona, sino también una libertad positiva de ejercitar un derecho de control sobre los datos referidos a la propia persona que han salido ya de la esfera reservada para convertirse en elemento de un archivo público o privado.

Lo cierto es que una década antes había comenzado el proceso de legislación sobre esta problemática, y de hecho revisten de suma importancia la Ley de Datos de Suecia de 11 de mayo de 1973 (data lag. SF. S 1973), la Ley de Privacidad de los Estados Unidos (*privacy Act* de 1974); la Ley Federal de protección de datos de 27 de enero de 1977 (*Bundesgesetzblatt*, 1, 2, 1977), y la ley francesa N° 78-17, de 6 de enero de 1978, relativa a la informática, los ficheros y las liberta-

des.¹⁹ Como se observa, el *habeas data* surge como una respuesta a las necesidades de protección de los derechos fundamentales ante el indetenible avance de la tecnología de la informática que, a manera de Orwell, amenaza con convertirse en un monstruo capaz de dominar hasta sus propios creadores.

Esta reacción del Derecho surge, a nuestra manera de ver, con carácter sustantivo propio (como lo es el derecho a la autodeterminación informativa) y como medio o instrumento para garantizar los derechos fundamentales. En ambos casos es legítimo denominar, como veremos, a esa sustantivación del derecho de autodeterminación: *habeas data*, sin que ello signifique negarle el carácter instrumental o procesal del instituto para tutelar, como se dijo, los derechos fundamentales.

Así entonces, cuando se pone el acento en una serie de derechos pertenecientes al titular del dato, en aras de permitirle autotutelar su propia identidad, puesta en juego en las múltiples operaciones de registro informático que, a diversos fines, es sometida la persona durante el transcurso de su vida, estamos en presencia de un nuevo derecho sustantivado y comprendida en la noción de *habeas data* como lo anotara Brian Nibblet. En la construcción de este enfoque ha jugado papel relevante la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán del 15 de diciembre de 1983, a propósito de la Ley del Censo de Población del 4 de marzo de 1982, a la que declara parcialmente inconstitucional por no respetar el “derecho a la autodeterminación informativa”, entendido como la posibilidad de “saber quién, qué, cuándo y con qué motivo sabe algo sobre mí”. Así también lo expresa Marcelo Bauzá al señalar:

Dentro de este ámbito de reflexiones es donde termina por delinearse el concepto de *habeas data*, al influjo de los llamados “derechos humanos de tercera generación”, y como garantía de salvaguarda de la libertad informática. No es otra

¹⁹ Vid. Serrano Alberca (85), José: *Comentarios al artículo 18 CE*, pp. 378-379; Joinet (77), L.: *Orientaciones principales de la ley francesa relativa a la información, los ficheros y las libertades*, en *Documentación Administrativa*, abril-junio. Madrid, 1978; Frayssinet y Kaiser (79): *La loi du 6 de janvier de 1978 relative a l'informatique*, en *Revista de Derecho Privado*, N° 3, 1979. Cfr: Binglelow (76), R.P.: *The privacy act of 1974*, en *Informática e diritto*, N° 3.1976.

cosa que la facultad o derecho de acceso, de connotaciones similares a la acción exhibitoria de *hábeas corpus* propia de derechos correspondientes a la primera generación (libertad física o ambulatoria de la persona), seguida de ciertos correlatos lógicos y necesarios (actualización, rectificación o cancelación del dato en su caso).²⁰

Sin embargo, la preocupación estaba extendida por toda Europa, de tal forma que el Tribunal Federal alemán no hizo más que recoger los lineamientos que había hecho el Consejo de Europa quien, reunido en Estrasburgo el 28 de enero de 1981, aprobó el Convenio para la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal, y que entró en vigencia, al menos en España. El 15 de noviembre de 1985 (BOE N° 274). Este convenio, del que son signatarios los miembros del Consejo de Europa, tiene por objeto, como su propio título indica, garantizar la vida privada y las libertades fundamentales con respecto del tratamiento automatizado de datos de la propia persona (artículo 1°), y se asienta sobre unos principios generales y básicos, que deben inspirar el derecho interno de cada parte (Art. 4°), a saber:

- a) A la obligación de obtener y tratar leal y legítimamente los datos personales;
- b) Al registro de datos para finalidades determinadas y legítimas, debiendo ser adecuados y pertinentes y no excesivos, exactos y puestos al día, prohibiéndose su utilización de forma incompatible con las finalidades para las que ha sido obtenidos;
- c) Su conservación no debe exceder del período de tiempo necesario para la finalidad para las cuales se hayan obtenido (Art. 5°);
- d) En cuanto a los datos personales relativos al origen racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas, u otras con-

²⁰ Vid. Bauzá Reilly (2000), Marcelo: *La protección jurídica de los datos personales y los servicios de información comercial y crediticia*, en Vlex. Argentina.

vicciones, vida sexual y salud, se prohíbe su automatización, excepto con las garantías adecuadas.

Con anterioridad a este Convenio 108 del Consejo de Europa, el Comité de Ministros había adoptado una serie de “Resoluciones” que, con las distancias del caso, suponían la misma preocupación; así, la Resolución 73-22 del Comité de Ministros adoptada el 26 de septiembre de 1973 relativa a la protección de la vida privada de las personas físicas respecto de los bancos de datos electrónicos en el sector privado, y la Resolución 74-29, adoptada el 20 de septiembre de 1974 relativa a la protección de la vida privada de las personas físicas respecto de los bancos de datos electrónicos en el sector público, para lo cual comenta Ana Herrán Ortiz:

Como se observa, cronológicamente, la primera limitación a la utilización de la informática se impone al sector privado, tal vez pueda obedecer dicha decisión a la especial peligrosidad y dificultad para controlar y vigilar las actividades del sector privado, mientras que, por el contrario, la actividad administrativa de los entes públicos se halla sujeta a numerosos controles, así como al principio de finalidad y legalidad, por lo que es posible que las amenazas y ataques más graves a los derechos fundamentales procedan del sector privado cuya actividad escapa más fácilmente al control de la ley.²¹

No es aventurado, entonces, afirmar que la institución de *habeas data* nace y se desarrolla como una respuesta del mundo jurídico al campo de la informática para la tutela y defensa de los derechos fundamentales, pero también como un derecho independiente con sustantividad propia: la autodeterminación informativa.

²¹ Vid. Herrán Ortiz (98), A. I.: *La violación de la intimidad en la protección de datos personales*. Ed. Dykinson S. L., Madrid, 1998.

1.4 IMPORTANCIA DEL HÁBEAS DATA EN UN MUNDO GLOBALIZADO

Se viene hablando con mucha fuerza y cada vez de manera más reiterada que vivimos en una época postmodernista y que, quizás sin saberlo, hemos dejado atrás lo que significó aquel rompimiento con el renacimiento europeo. Esta visión de postmodernidad gira en torno al llamado europeocentrismo para denotar la idea que nuestros modelos y nuestras instituciones refiérense siempre a los acontecimientos en el viejo continente. Si bien indagamos sobre lo que es el postmodernismo nos encontramos siempre con respuestas que sólo caracterizan una manera de pensar y de vivir; en lo que a nosotros respecta estimamos que la época postmodernista viene definido, al menos en el campo del Derecho y del Estado, por:

- a) La concepción del Estado de Derecho vinculado al Estado social y de justicia no sólo se trata de una organización jurídico-política de conveniencia social sino que, el Estado y el Derecho están al servicio de la sociedad y del hombre individualmente considerado. No es entonces una vuelta al individualismo de corte francés, sino la doble dimensión humana que siempre está presente: esa inefable esencia individual, y la necesidad de co-existencia social;
- b) En segundo lugar, la presencia y vigencia de los derechos humanos, en la cual la dignidad de la persona es el centro, como control necesario de la actividad de los poderes públicos, con las consecuencias lógicas que esta afirmación supone: la existencia de delitos contra la humanidad a ser juzgado por cualquier tribunal internacional (como ocurrió recientemente con el caso Pinochet, y los ex militares alemanes condenados por genocidio);
- c) La vigencia de la Constitución como hecho normativo de la Constitución, esto es, el reconocimiento de valores *intra*

constitucionales de carácter superior, y mucho más que “un mero orden de organización y procedimiento”;²²

d) La globalización es, definitivamente, el fenómeno que demarca nuestra época postmodernista, entendiendo por tal la apertura de espacios comunes de plataforma política, económica y jurídica de unión entre distintos pueblos.

En efecto, paradójicamente, mientras los políticos ensayan nuevas y más efectivas formas de establecer fronteras, y mecanismos de independencia de pueblos que antes formaban una misma nación (como ocurrió con los países que conformaron la extinta Unión Soviética, o la misma Yugoslavia, o Checoslovaquia), al mismo tiempo los hombres luchan por una plataforma jurídico y económica común que ha dado nacimiento a grandes bloques de poder como ocurre con la Unión Europea, y como se pretende hacer en el Sur de América con el Mercado Común del Sur. Lo cierto es que la “unión” no es sólo simbólica, al menos volvemos al europeocentrismo, sino que marcadamente se ha ido imponiendo una misma moneda, tribunales con jurisdicción sobre todos los países, y una legislación comunitaria. Se trata de un mundo “globalizado” donde las fronteras quedan formalmente en los mapas pero desde el punto de vista humano y cotidiano, se persiguen nuevas y mejores formas de asociación.

La tecnología ha colaborado, de manera decisiva, para el fenómeno de la globalización, las transacciones comerciales en segundos en países situados a largas distancias físicas, o la comunicación cara a cara de

²² Vid. Kirchhof (77), Paúl: *Tareas del bundesverfassungsgericht en una época de cambios*, en Revista Española de Derecho Constitucional, año 17, N° 49, enero-abril, 1977; sobre el carácter normativo de la Constitución, véase García de Enterría (81), Eduardo: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Editorial Civitas. Madrid, 1981; Cfr. De Otto (89), Ignacio: *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*. Edit. Ariel, Barcelona, 1989; críticas a la posición de los autores anteriores en Atienza, Manuel y Juan Ruiz Manero (96): *La regla del reconocimiento y el valor normativo de la Constitución (Una aproximación desde la teoría del Derecho)*, en Revista Española de Derecho Constitucional, año 16, N° 47, mayo-agosto, 1996; Cfr. Peces Barba Martínez (84), Gregorio: *Los valores superiores*. Edit. Técnos. Madrid, 1984; Ruiz Miguel (88), Alfonso: *El principio de jerarquía normativa*, en Revista Española de Derecho Constitucional, año 8, N° 24, 1988.

personas distantes y separadas por esas fronteras formales, entre muchos otros factores, hace que cada día la computadora se haya convertido en la herramienta de globalización por excelencia. El *hábeas data* respira con esa necesidad de ampliación de mercados pero debe mantener la necesaria distancia para la protección de valores fundamentales para la vida de los pueblos, y en tal sentido:

- a) Se trata de un nuevo derecho surgido de la información automatizada (informática) por medio de la cual cada individuo tiene “derecho” de controlar las informaciones que sobre su persona constan en bancos de datos, o en redes mundiales de información. Se trata del derecho de autodeterminación informativa que implica “control” en sus múltiples facetas: acceso a la información, rectificación, modificación, destrucción, actualización, entre otros aspectos. Esta es la línea de pensamiento por la cual creemos que el *hábeas data* puede ser considerado como un verdadero derecho con sustantividad propia;
- b) En segundo lugar, se trata de un mecanismo procesal a manera de medio o instrumento para la defensa de otros derechos fundamentales, la intimidad, honor, reputación, libertad, propiedad, todos son derechos que pueden sustentar una “pretensión procesal” encaminada a su defensa. Se trata pues, de un límite al ejercicio de la libertad de información de los demás, y sólo en este sentido podemos hablar de un “recurso de *hábeas data*”.

Como dice Pérez Luño, la autodeterminación informática o libertad informática ha sido la respuesta histórica de los Estados de derecho más avanzados a las amenazas que dimanan para el disfrute de las libertades de distintos empleos de las nuevas tecnologías, en especial de la informática y telemática. Estos procesos tecnológicos engendran invasiones potenciales o reales en la intimidad y demás libertades y, al propio tiempo, condicionan la capacidad de los ciudadanos para actuar libremente, para elegir sus formas de comunicación con su medio y para participar en la vida social y política. La dialéctica de nuevas sociedades-nuevos derechos se cumple de este modo plenamente en la génesis y fundamentos de la libertad informática.

La autonomía del derecho a la autodeterminación informativa o libertad informática, por la necesidad de reforzar la garantía, no se riñe con el diseño de instrumentos específicos de tutela, como el *hábeas data*, que refuerzan su entidad de derecho fundamental. La libertad informática, señala Zúñiga Urbina, no se puede divorciar en la reconstrucción de un derecho fundamental tácito o implícito de los datos positivos, el catálogo concreto de los derechos fundamentales en la Constitución estatal, y de instrumentos de derecho internacional de derechos humanos.²³

2. EL *HÁBEAS DATA*: PRECISIONES TERMINOLÓGICAS Y CONCEPTUALES

El *hábeas data* debe entenderse como derecho sustantivizado y con contenido material, y como recurso o medio jurisdiccional para tutelar derechos fundamentales, tanto el derecho de control o autodeterminación informativa como otros valores constitucionales vinculados con la privacidad o intimidad de las personas; en este sentido señalamos que la doble perspectiva para analizar esta institución es la siguiente:

- a) Se trata de un nuevo derecho surgido de la información automatizada (informática) por medio de la cual cada individuo tiene “derecho” de controlar las informaciones que sobre su persona constan en bancos de datos, o en redes mundiales de información. Se trata del derecho de autodeterminación informativa que implica “control” en sus múltiples facetas: acceso a la información, rectificación, modificación, destrucción, actualización, entre otros aspectos. Esta es la línea de pensamiento por la cual creemos que el *hábeas data* puede ser considerado como un verdadero derecho con sustantividad propia;
- b) En segundo lugar, se trata de un mecanismo procesal a manera de medio o instrumento para la defensa de otros derechos fundamentales, la intimidad, honor, reputación, libertad, propiedad; todos son derechos que pueden sustentar una “pretensión

²³ Vid. Zúñiga Urbina (1997), Francisco: *El derecho a la intimidad y sus paradigmas*, en *Ius et praxis*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, año 3, Nº 1. Chile.

procesal” encaminada a su defensa. Se trata de un límite al ejercicio de la libertad de información de los demás, y sólo en este sentido podemos hablar de un “recurso de *hábeas data*”.

Conviene precisar, sin embargo, qué se entiende por *hábeas data*, y su evolución tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.

2.1 ETIMOLOGÍA Y ETIOLOGÍA

Según Ekmekdjian y Pizzolo el *hábeas data* no tiene añeja o rancia prosapia, es una de las garantías constitucionales más modernas, aunque se le denomine mitad en latín y mitad en inglés, en efecto:

Su nombre se ha tomado parcialmente el antiguo instituto del *hábeas corpus*, en el cual el primer vocablo significa “conserva o guarda tu...”, y del inglés “data”, sustantivo plural que significa “información o datos”. En síntesis, en una traducción literal sería “conserva o guarda tus datos”.²⁴

La expresión *hábeas corpus* quiere decir “que tengas el cuerpo”, marca el origen de un reconocimiento especial que se exige respecto de causas cuando no se sabe dónde está el detenido o por qué razones fue privado de su libertad. Análogamente –señalan Pierini y otros– *hábeas data* significa “que tengas los datos” o “que vengan los datos” o “que tengas los registros”, es decir, tomar conocimiento de datos propios en poder de otro. Con base en ello:

El *hábeas data* no está referido a una situación relacionada con lo corporal o ambulatorio como la libertad personal, sino que alude al interés del Magistrado y/o de las personas de conocer en forma directa la registración de los hechos, es decir, el “dato” o “información”. De ahí la posibilidad de ordenar la remisión de los registros o archivos de datos para constatar la autenticidad o corrección de lo expresado.

²⁴ Vid. Ekmekdjian, Miguel Ángel y Calogero Pizzolo (98): *Hábeas data. El derecho a la intimidad frente a la revolución informática*, Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1998, pp. 1 y siguientes.

Por último, Othón Sidou ha apuntado también la hermandad entre el instituto de *hábeas corpus* y el *hábeas data*, en el sentido de que:

El instituto clásico y universal garante de locomoción, reconocido en 1215 por la Carta Magna inglesa, pasó a tener cumplimiento deseable a partir del Acto de 1679. Pero su nombre de *hábeas corpus* ya era conocido desde hace siglos formado por las palabras iniciales de la orden judicial expedida al detentor para que “tome el cuerpo del detenido y venga a someter al tribunal el hombre y el caso”. La clara intención es la misma, no obstante la “revolución informática”.²⁵

Más adelante, el mismo autor comenta que, respecto de la locución latina que le da el nombre propio al instituto, se podría referir alguna crítica en su elección pero hay que reconocer que la expresión es feliz como composición latina para un derecho de fin de siglo de la informática. “*Hábeas*” es la segunda persona del presente subjuntivo de *habeo*. *Habere*, que significa aquí “tengas en posesión”, que es una de las acepciones del verbo, y “*data*” es el acusativo plural de *datum*, que los diccionarios más modernos definen como representación convencional de hechos, conceptos o instrucciones de forma apropiada para la comunicación y procesamiento por medios automáticos; entonces: *que tengas los registros, los datos*. El brasileño Cretella Júnior lo ha explicado muy claramente, a saber:

Análogamente al *hábeas corpus*, la expresión *hábeas data* es formada del vocablo *hábeas*, ya analizado cuando tratamos el *hábeas corpus*, y de *data*, acusativo neutro plural de *datum*, de la misma raíz que el verbo latino *do, das, dedi, datum, dare* = “dar”, ‘ofrecer’. *Datum*, singular de *data*, es empleado por Propertio, en las *Elegías*, y por Ovidio en las *Metamorfosis*. Los diccionarios de la lengua inglesa traducen *datum*, plural de *data*, por *facts, things certainly known*, o también *no or available*. En portugués, el *data* es traducido

²⁵ Vid. Othón Sidou (92), J.M.: Las nuevas figuras del Derecho procesal constitucional brasileño: mandamiento de ejecución y “hábeas data”, LL, 1992, pp. 1.010 y siguientes.

por “documentos”, “datos” (común en el lenguaje de la informática: procesamiento de datos). “Datos” son “informaciones relativas a las personas, que constan en registros o bancos de datos. Así, *hábeas data* al pie de la letra significa, en un paralelo con lo que dijimos de *hábeas corpus*: “toma los datos que están en tu poder y entrégalos al interesado”, o “brinda al interesado impetrante, mediante certificación, todos los datos o documentos que se encuentran en tu poder para que pueda defender él sus derechos en juicio”.²⁶

Concluye Othón Sidou que, en toda transición hacia el reencuentro con el Estado de Derecho es común, en las Cartas políticas la inclusión de nuevos recaudos para impedir el retorno del régimen de excepción. Entre los brasileños esto ocurrió en 1934, en 1946 y ahora resurge la precaución con más fuerza, puesto que la Constitución de 1988 tiene tras sí el período más largo de arbitrio en la historia republicana, y luego dos institutos fueron incorporados al espectro de las garantías de los derechos: el *hábeas data* y el mandamiento de ejecución (*mandado de injunção*), sin incluir la acción de amparo colectivo (mandado de segurança coletiva), que es la misma acción de amparo con legitimación causal ampliada a los partidos políticos y a las organizaciones sindicales, entidades de clase y asociaciones legalmente constituidas y en funcionamiento durante un período mínimo de un año (...). Es indudable, concluye Othón Sidou, que el objetivo de los institutos recién creados merecía tratamiento constitucional.²⁷

En cuanto a la etiología o las causas que dan nacimiento al derecho de control de datos personales, ya hemos señalado que se trata de un fenómeno propio de nuestro tiempo con relación al desarrollo del llamado *poder informático*. *Hábeas data* es, en nuestra conciencia “protección de dato”, lo cual significa “control” de la información en todas sus

²⁶ Vid. Cretella Júnior (89), José: *Os “writs” na Constituição de 1988*. Forense Universitaria. Rio de Janeiro, 1989, pp. 114 y siguientes.

²⁷ Vid. Othón Sidou (893), J.M.: *As garantias ativas dos direitos coletivos*. Ed. Forense. Rio, 1989.

facetas, para tomar conocimiento de su existencia, para acceder a esa información, para rectificarla, actualizarla, cancelarla, bloquearla y todo lo relacionado con el derecho sobre la información que se moldea, en nuestros días, como categoría diferenciada de tutela de la información.

Estimamos peligroso que se pretenda hacer una traducción literal de las instituciones, lo que ocurre frecuentemente; al contrario, desde el mismo momento que reconocemos un nuevo derecho fundamental de las personas, éste debe ser interpretado y aplicado de manera amplia y extensiva, esto es, con todas sus connotaciones y denotaciones. Si entendemos *hábeas data* simplemente como “tener el dato”, alguien pudiera llegar a la conclusión de que quien “tenga” el dato no es legitimado para el *hábeas data*. De absurdos se llenan las páginas de la jurisprudencia latinoamericana, y esa misma jurisprudencia también ha hecho nacer gloriosas páginas en el desarrollo de la tutela de la Constitución, mucho mayor que en Europa.

2.2 CONCEPTO DE HÁBEAS DATA EN LA DOCTRINA

2.2.1 *El hábeas data como libertad informática*

Oscar Puccinelli explica que, del mismo modo que ocurre con la libertad de expresión, el principal pilar jurídico del “poder informático” lo constituye la “libertad informativa”, derivación directa de la conjugación del principio-valor libertad y de las aristas del denominado “derecho a la información”: la libertad de recabar información; así, entonces, el autor difiere de la doctrina mayoritaria que suele conjugar el *hábeas data* con la libertad informática.²⁸

El gran defensor de esta tesis es Vittorio Frosini, quien señala que no se trata del antiguo *right to privacy* como derecho a la intimidad, entendido como separación y defensa de la sociedad. Es un nuevo derecho social de libertad; no es ya únicamente el derecho a negar información

²⁸ Vid. Puccinelli (99), Oscar: *El hábeas data en indoiberoamérica*, pp. 96 y siguientes.

sobre sí mismo, sino también el derecho a pretenderla; así explica el profesor italiano:

La libertad informática es el derecho de disponer de la información, de preservar la propia identidad informática o, lo que es lo mismo, de consentir, controlar, rectificar los datos informativos concernientes a la propia personalidad; al derecho de informar y de ser informado se ha agregado el derecho de proteger la libertad de información como un bien personal y un interés civil.²⁹

En la doctrina española, Antonio Pérez Luño se refiere a la libertad informática como un nuevo derecho fundamental, propio de la tercera generación, que tiene por finalidad garantizar la facultad de las personas de *conocer* y *acceder* a las informaciones que les conciernen, archivadas en bancos de datos; *controlar* su calidad, lo que implica la posibilidad de corregir o cancelar los datos inexactos o indebidamente procesados, y *disponer* sobre su transmisión.³⁰ Por su parte, Lucas Murillo se refiere al control que a cada uno de nosotros nos corresponde sobre la información que nos concierne personalmente, sea íntima o no, para preservar de este modo y en último extremo la propia identidad, nuestra dignidad y libertad.³¹

Como se aprecia, la primera enunciación definitiva de *hábeas data* lo vincula con la libertad informática en el sentido de “libertad de acceso a la información” sobre datos personales recogidos en bancos de datos, por ello, en un principio se conoció el *hábeas data* como un “amparo

²⁹ Vid. los trabajos del autor Frosini (93), Vittorio: Italie. La loi sur la protection juridique des programmes d'ordinateur. Expertises des systemes d'information. Juillet 1993. (88): Informática y Derecho, pp. 43 y siguientes. Ed. Temis. Bogotá, 1988; y (82): Cibernética, Derecho y sociedad. Edit. Técnos. Madrid, 1982.

³⁰ Véanse los trabajos del maestro español Pérez Luño (96), Antonio E.: *Manual de informática y Derecho*. Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1996; *Ensayos de informática jurídica*. Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política. México, 1996, y *Derechos Humanos, estado de Derecho y Constitución*. Editorial Técnos, S.A., Madrid, 1995. La cita corresponde a *Los derechos humanos en la sociedad tecnológica*, en Losano (89), Mario y otros: *Libertad informática y leyes de protección de datos personales*. CEC, Madrid, 1989, *apud* Puccinelli (99), Oscar: *El hábeas data en indoiberoamérica*, pp. 96 y siguientes.

³¹ Vid. Lucas Murillo de la Cueva (93), Pablo: *Informática y protección de datos personales*, Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1993.

informativo” vinculado –como dice Néstor Sagués– con el acceso y modificación de ciertas fuentes de documentación, o con el ejercicio del derecho a réplica, rectificación o respuesta.

Explica el autor que la concesión de la modalidad de acción de amparo denominada por la Constitución brasileña de 1988 *hábeas data* (“tráigase la información”), así enunciada en su artículo 5º, parágrafo LXII, tiene por objeto “asegurar el conocimiento de informaciones relativas a la persona del solicitante, que obren en registros o bancos de datos de entidades gubernamentales o de carácter público”, así como la rectificación de datos.³² Estos autores ponen el acento en concebir el *hábeas data* como un derecho más, esto es, como sinónimo de *libertad informática*, cuya actuación judicial –comenta Puccinelli– es encauzable por las vías judiciales tradicionales otorgadas a los otros derechos fundamentales en caso de violación, como es el caso de la acción de tutela (en Colombia) o a través del amparo constitucional. Puccinelli cita, a su vez, a Zúñiga Urbina quien señala:

El *hábeas data* se erige en la actualidad como instrumento de tutela cautelar de la libertad informática, instrumento asociado, en ocasiones, a una legislación específica sobre bancos de datos. En América Latina destaca una tendencia peculiar en orden a erigir el *hábeas data* en un instrumento garantista incorporado a la Constitución estatal. El *hábeas data* se erige como una acción-proceso de naturaleza cautelar de amparo constitucional, que con carácter sumario y extraordinario, permite hacer efectivos derechos específicos en relación a (sic) “información sensible no registrable”: derecho de acceso, derecho de actualización de datos, derecho a la rectificación, derecho a la confidencialidad y derecho a la exclusión.³³

³² Vid. Sagües (954), Néstor: *Derecho procesal constitucional. Acción de amparo*. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1995, pp. 653 y siguientes; véase también Sagües (98), Néstor: *Habeas data, su desarrollo constitucional*, en *Lecturas constitucionales*, N° 33. Buenos Aires, 1998.

³³ Vid. Zúñiga Urbina (97), Francisco: *El derecho a la intimidad y sus paradigmas*, año 3, N° 12, p. 301, apud Puccinelli (99), Oscar: *El hábeas data en indoiberoamérica*, pp. 96 y siguientes.

Sin embargo, en nuestra opinión, el *hábeas data* se distancia del simple derecho de “acceso a la información”, se trata de un problema de “control” total de la información sobre la persona, y no simplemente el “conocer” esa información que sería el objeto, en principio, del llamado amparo informativo. Esto es: vincular el *hábeas data* a la libertad informática, sin requerir algunas otras condicionantes, supondría una libertad absoluta por medio del cual la persona, con razón o sin ella, por el sólo hecho del control de la información puede acudir en *hábeas data*. Como veremos más adelante, hemos preferido hablar de un *derecho sobre la información* que se ejerce a través del *hábeas data* para conocer, acceder, modificar y hasta anular la información personal que, no interesando al interés público, el titular decida mantener en secreto. Esto hace que estas definiciones sean formalmente excesivas y materialmente insuficientes, como tendremos ocasión de revisar en el epígrafe donde criticamos estas posiciones. Este panorama nos permite diferenciar:

- a) Las doctrinas que conciben el *hábeas data* como *libertad informática*, para quienes, no importa la *calidad* de la información, pues lo importante es el “control” que realiza el titular de poder tener acceso y, en consecuencia, modificación o destrucción de datos, *sin requerir la situación dañosa o potencialmente lesiva de derechos constitucionales*, pues la autodeterminación informativa es un derecho en sí;
- b) Frente a ellos, quienes consideran el *hábeas data* como un derecho de carácter instrumental, el derecho a la protección de datos que *no tutela datos en sí*, sino un conjunto de bienes jurídicos que son específicamente atacados por las actividades de recolección, tratamiento y transmisión de los datos nominativos a partir de una serie de principios, derechos y garantías que suelen establecerse en las normas específicas que lo regulan.

Puccinelli no repara en esta situación y por ello afirma la segunda dirección en el pensamiento de quienes, en realidad sostienen lo contrario; Pérez Luño, por ejemplo, considera al *hábeas data* como un verdadero “derecho” de control de informaciones, luego no puede afirmarse que para este autor el *hábeas data* sea instrumental de otros bienes jurídi-

cos que serían afectados por la información errónea, falsa o inexacta. Vittorio Frosini, por otro lado, considera el *hábeas data* como el derecho a la autodeterminación informativa, como *libertad informática*, luego no sería una “condición” para ejercer el *hábeas data* que la información sea agravante o lesiva de otros derechos constitucionales.

Otro error que comete Puccinelli está en citar a Estadella Yuste para fundamentar la tesis del *hábeas data instrumental*, esto es, como “garantía” de otros derechos pero no como un derecho en sí, cuando lo cierto es que esta autora defiende el *hábeas data* como un “derecho individual” a la protección de datos; así señala:

En general, se puede decir que el derecho a la protección de datos está relacionado con aquellos datos que hacen referencia a una persona física identificada o identificable y que han sido objeto de una actividad realizada, en parte o en su totalidad con ayuda de procedimientos automatizados, es decir, operaciones de registro de datos, aplicados a esos datos de operaciones lógicas aritméticas, su modificación, borrado, extracción o difusión.³⁴

Como se aprecia la autora no exige que el *hábeas data* proteja “otros derechos u otros bienes jurídicos” sino que la *información misma* se convierte en el punto central de la protección. El carácter *instrumental* del *hábeas data*, en tanto que tiende a la necesaria protección de otros derechos, es la orientación de quienes han definido el *hábeas data* como “acción” o “pretensión procesal”.

2.2.2 El *hábeas data* como pretensión procesal

Pierini y otros, siguiendo la decisión de un tribunal argentino, indica que el *hábeas data* se explica en virtud del desarrollo del llamado “poder informático”, y se define como:

³⁴ *Id.* Estadella Yusta (95), Olga: La protección de la intimidad frente a la transmisión internacional de datos personales. Edit. Técnos. Madrid, 1995.

Una acción que tiende a proteger los derechos de los “registrados” en los archivos o bancos de datos, que pueden contener información equivocada, antigua, falsa o con potenciales fines discriminatorios, o lesiva del derecho a la intimidad de las personas. De ahí que el promotor del *hábeas data* tendrá que alegar, para tener buen resultado, que los registros del caso incluyen información que es inexacta, o que puede provocar discriminación.³⁵

De lo cual infieren los ilustres colegas argentinos que el *hábeas data* no está referido a todos los registros sino aquellos públicos o privados destinados a dar información, y sólo cuando los datos (*data*) que posee pueden provocar algún tipo de lesión o agravio a los derechos del “registrado”. Esta misma línea de pensamiento ya había sido anotada antes por Néstor Sagüés, quien explica:

Conviene aclarar por qué y para qué está el *hábeas data*. Su origen se explica en virtud del desarrollo del llamado *poder informático*. Quienes *hacen* informática (productor, gestor y distribuidor de datos) tienen generalmente protección constitucional de su actividad en las reglas que tutelan la libertad de comerciar, trabajar, propiedad, inviolabilidad de los papeles privados, etcétera. La situación no es la misma para los *registrados* en los archivos o bancos de datos, ya que éstos pueden contener información equivocada, antigua, falsa, o con potenciales fines discriminatorios, o lesiva del derecho a la intimidad de las personas.³⁶

Sigue señalando el autor citado que el *hábeas data* pretende dar una respuesta transaccional a los derechos constitucionales de *registrantes* y *registrados*, y atiende a cuestiones de fondo (los derechos de cada uno de ellos), y de forma (el tipo de procedimiento para asegurar tales derechos). Esto genera, a decir del autor, la finalidad específica del *hábeas data*, a saber:

³⁵ Vid. CNCiv, Sala F, 6 de julio de 1995, “B.de S., D.A. c/Sanatorio Greyton S.A.”, LL, 1996-C, 473, apud. Pierini, Alicia; Lorences, Valentín y Tornabene, María (99): *Hábeas data. Derecho a la intimidad*. Editorial Universidad. Buenos Aires, 1999, pp. 19 y siguientes.

³⁶ Vid. *Opus cit.*, p. 678.

- 1) Acceder al registro de datos;
- 2) Actualizar los datos atrasados (*v.gr.* si una persona que aparece como procesada, ha sido sobreseída);
- 3) Corregir información inexacta;
- 4) Asegurar la “confidencialidad” de cierta información legalmente colectada, pero que no debería trascender a terceros (p. Ej. balances presentados por una corporación ante un organismo fiscal, pero que no tendrían que suministrarse a empresas rivales), y
- 5) Cancelar datos que hacen a la llamada información sensible (ideas religiosas, políticas o gremiales, comportamiento sexual, etc.), potencialmente discriminatoria o que vulnera la privacidad del registrado.

Como se observa, los autores antes citados acentúan el hecho de que el *hábeas data* es un recurso para “controlar” la información, siempre que ésta afecte algún bien jurídico tutelable o que le cause al agente o legitimado un agravio real o potencial; de hecho, la sentencia del Tribunal argentino exigió que la información fuera “inexacta, o que puede provocarle discriminación” para haber lugar a la protección judicial. Ekmekdjian y Pizzolo, a pesar de que en principio parecieran acoger la tesis de la defensa del “dato” sin importar o requerir la afectación de otros bienes jurídicos, al final condicionan la procedencia a que se requiera la protección frente a *calificaciones* sospechosas; así definen el *hábeas data* como el derecho que le asiste a toda persona –identificada o identificable– a solicitar judicialmente la exhibición de los registros –públicos o privados– en las cuales están incluidos sus datos personales o los de su grupo familiar, para tomar conocimiento de su exactitud; a requerir la rectificación, la supresión de datos inexactos u obsoletos o que impliquen discriminación (*v.gr.* la confesión religiosa, si el registro no tiene por objeto constatar tal situación), pero luego añaden:

Esta herramienta tiende a proteger a la persona contra *calificaciones sospechosas* incluidas en registros (especialmente estatales, aunque también pueden serlo privados), que –sin darle derecho a contradecirlas– pueden llegar a perjudicarlo de cualquier modo.³⁷

Esta opinión de la doctrina argentina se debe a la inclusión del *hábeas data* en el artículo constitucional que regula el amparo, y si bien Andrés Palazzi ha señalado que la aplicación del amparo al “proceso de *hábeas data*” puede hacer que resulte, a veces, inoperante, lo cierto es que la gran mayoría ha considerado –al *hábeas data*– como una pretensión de amparo que se dirige a tutelar la intimidad, privacidad, honor o reputación, entre otros bienes jurídicos. Esta orientación que es mayoritaria y prácticamente universal en el ámbito indoiberoamericano como ha demostrado Puccinelli; sin embargo, en Venezuela, Cosimina Pellegrino mediante en comentarios a la decisión de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo mediante la cual resolvió una petición de *hábeas data* señaló:

Como puede apreciarse, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, con base en el nuevo Texto Fundamental, reconoce como una categoría de amparo, la institución de *hábeas data*. Sin embargo, creemos necesario advertir, que la sentencia antes transcrita desnaturaliza la referida institución, al reconocerla como medio para tutelar los derechos al honor, reputación y vida privada. Al respecto, debe tenerse presente que el *hábeas data* es un mecanismo de defensa contra los excesos del *poder informático* y para tutelar el derecho a la *autodeterminación informativa*, no para tutelar otros derechos como los antes señalados por el fallo.³⁸

³⁷ Vid. *Opus cit.*, p. 2.

³⁸ Vid. Pellegrino Pacera (2001), Cosimina: El derecho a la intimidad en la nueva era informática, el derecho a la autodeterminación informativa y el *hábeas data* a la luz de la Constitución venezolana de 1999, en Revista de la Facultad de Derecho de la UCV, N° 121, consultado en original por la dispensa de mi amigo Fernando Parra Aranguren, coordinador de la mencionada revista.

Sin embargo, la autora desconoce que éste ha sido el movimiento iberoamericano, como se señaló, pues tanto en Brasil, lugar de origen ibérico de la institución, como en Argentina –según se constata de las citas de los autores antes estudiados– conciben, efectivamente, el *hábeas data* como un medio de protección de la intimidad o privacidad con motivo del abuso del poder informático, como se hizo referencia. Lo que ocurre, a nuestra manera de ver, es que tanto la cita de la venezolana como los autores argentinos y uruguayos, no han reparado en la dualidad amplia del *hábeas data*, esto es, como “derecho individual” a la libertad informática (autodeterminación informativa para seguir con la noción alemana) pero también como “recurso” por medio del cual se pretende tutelar, tanto el derecho informático en sí, como otros derechos y bienes jurídicos tutelables.

2.2.3 *La insuficiencia material y excedencia formal de las definiciones propuestas*

A nuestra manera de ver, las definiciones propuestas adolecen, cada una, de deficiencia materia o excedencia formal; así, quienes sostienen que el *hábeas data* sólo implica la libertad informática como el simple control de información *sin importar la calidad de la información* sino como un puro ejercicio del derecho, carecerían de justificación para ejercer la pretensión procesal de *hábeas data*, es decir, carecerían de interés suficiente para acudir a juicio, si entendemos por “interés” la necesidad que tiene una persona de acudir al proceso a realizar pretensiones; esta posición sería *formalmente excesiva* al no exigir, *materialmente*, la justificación necesaria para que el titular presente su pretensión.

Por otro lado, las doctrinas que presentan el *hábeas data* como un mero ejercicio de una pretensión procesal para defender otros derechos se presentan como *materialmente insuficientes*; en efecto, estas tesis suponen la necesidad de una “lesión” a los derechos de privacidad, intimidad, honor y reputación para que el titular pueda ejercer la pretensión de *hábeas data*; en caso contrario, esa pretensión sería improcedente.

En este grupo están quienes afirman el carácter instrumental del *hábeas data*, al punto de radicalizar las posiciones; por ejemplo, Ekmekdjian y

Pizzolo, quienes llegan a afirmar que esta herramienta tiende a proteger a la persona contra *calificaciones sospechosas* incluidas en registros (especialmente estatales, aunque también pueden serlo privados), que –sin darle derecho a contradecirlas– pueden llegar a perjudicarlo de cualquier modo; o a manera del Tribunal argentino, quien afirmara que el promotor de *hábeas data* tendrá que alegar “que los registros del caso incluyen información que es inexacta, o que puede provocarle discriminación”.

Señalamos que estas definiciones son *materialmente insuficientes* por cuanto dejan por fuera una cantidad de situaciones en las cuales *no se requiere la afectación a ningún bien jurídico diferente de la información misma* y que, sin embargo, pueden ser “pretendidas” por *hábeas data*; piénsese en la necesidad del titular de “conocer” si en determinado archivo existe información sobre su persona, o que la información sea necesaria para realizar cualquier labor adicional (por ejemplo, el ejercicio del sufragio). No cabe duda de que el *hábeas data* constituye un desarrollo de la tutela general de la intimidad o privacidad de las personas y, al mismo tiempo, el desarrollo de la libertad de información, pero justamente ese “desarrollo” generó el nacimiento de una tutela diferenciada de uno y de otro aunque sin desconocerlo, es decir, el *hábeas data* puede tutelar la intimidad, y puede también tutelar la información pero su ámbito de implicaciones no se agota con ello.

La evolución se capta inmediatamente cuando se lee a Bidart Campos, quien relaciona la indefensión de las personas frente al “mal uso de sus datos y a la publicidad de los mismos con el derecho constitucional a la privacidad”; Salvador Bergel caracteriza el *hábeas data* como “un derecho humano de tercera generación que surge frente a la necesidad de una protección adecuada de la privacidad ante el desmedido avance de las tecnologías de la información”, y Ekmekdjian lo califica como una garantía al derecho a la intimidad. Gregorio Badeni ha señalado que el propósito del *hábeas data* “es evitar que mediante el uso de la informática se pueda lesionar el honor y la intimidad de las personas y particularmente el segundo de ellos”. La jurisprudencia argentina ha precisado:

La acción de *hábeas data* prevista en el Art. 43, párrafo 3º de la Constitución Nacional contempla un doble objeto. Por un lado,

la posibilidad de que toda persona tome conocimiento de los datos a ella referidos que consten en registros o bancos de datos públicos o privados y de su finalidad, y por el otro, en caso de falsedad o discriminación, se otorga el derecho para exigir su supresión, rectificación, confidencialidad o actualización...

Desde aquí comienza a perfilarse y deslindarse el *hábeas data*, de su motivo inicial en proteger la intimidad o privacidad de las personas, en un verdadero derecho de la persona en el control de sus datos e informaciones personales.³⁹

2.2.4 Algunas definiciones de *hábeas data* en la jurisprudencia venezolana

Resulta indispensable para quienes toman las decisiones judiciales sobre un determinado aspecto del Derecho saber de qué se trata, esto es, detrás de toda decisión de un juez subyacen o se soporta sobre unas consideraciones sobre lo que es y significa una determinada institución jurídica. Ello justifica la inclusión de este epígrafe para tratar de precisar cuál es esa “noción” de *hábeas data* que se ha manejado, hasta ahora, en el país. Hasta donde nuestro conocimiento llega, la primera decisión de *hábeas data* que se conoció en Venezuela fue dictada por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en fecha del 14 de abril de 2000, en el juicio seguido por la empresa INSACA, C.A. contra el Director de Drogas y Cosméticos del Ministerio de Salud (exp. 00-22942, sentencia N° 2000-280), bajo ponencia del Magistrado Carlos Enrique Mouriño, y luego se ha ido popularizando el uso de este extraor-

³⁹ Vid. Bidart Campos (92), Germán: *La informática y el derecho a la intimidad*. Revista El Derecho, 107-921. Buenos Aires, 1992; Cfr. Bergel (96), Salvador D.: *El hábeas data: instrumento protector de la privacidad*, en Revista del Derecho Privado y Comunitario, N° 7, pp. 211 y siguientes. Robinzal Culzoni, El Rosario, 1996; Ekmekdjian (89), Miguel: *La garantía de hábeas data en el Proyecto de Ley de Unificación de la Legislación Civil y Comercial*, en Revista Jurídica de Buenos Aires, 1989-II-III, pp. 72 y siguientes; y del mismo autor *El hábeas data en la reforma constitucional*, en La Ley 1995-E-946, Buenos Aires, 1995; Cfr. Badeni (94), Gregorio: *Reforma constitucional e instituciones políticas*, p. 247. Ed. Ad hoc. Buenos Aires, 1994. La sentencia uno de cuyos párrafos transcribimos, proviene de la Cámara Nacional Civil, Sala B, sentencia del 14/2/97 en el caso Warksberg, Hernán citado por Palazzi, Andrés: *El hábeas data en el Derecho argentino*.

dinario mecanismo. Dedicaremos este epígrafe, como dijimos, a repasar algunas de esas decisiones.

1) El *hábeas data* según el Tribunal Supremo de Justicia

La Sala Constitucional, en sentencia del 23 de agosto de 2000 (en el caso Ruth Capriles Méndez y otros *vs* Consejo Nacional Electoral, exp. 00-2378, bajo ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero), señaló lo siguiente:

El artículo 28 de la vigente Constitución establece el derecho de las personas a conocer la información que sobre ellas, hayan sido compiladas por otras. Dicha norma reproduce un derecho reconocido en varios países como Suecia, Noruega, Francia y Austria, entre otros. Tanto el Estado, como los particulares, mediante diversas formas de compilación de datos: manuales, computarizados, etc., registran y almacenan datos e informaciones sobre las personas o sobre sus bienes, y en vista que tal recopilación puede afectar la vida privada, la intimidad, el honor, la reputación, la vida económica y otros valores constitucionales de las personas naturales o jurídicas, la Constitución, para controlar tales registros, otorga varios derechos a la ciudadanía que aparecen recogidos en el artículo 28 citado. Estos derechos son:

- 1) El derecho de conocer sobre la existencia de tales registros.
- 2) El derecho de acceso individual a la información, la cual puede ser nominativa, o donde la persona queda vinculada a comunidades o a grupos de personas.
- 3) El derecho de respuesta, lo que permite al individuo controlar la existencia y exactitud de la información recolectada sobre él.
- 4) El derecho de conocer el uso y finalidad que hace de la información quien la registra.

5) El derecho de actualización, a fin que se corrija lo que resulta inexacto o se transformó por el transcurso del tiempo.

6) El derecho a la rectificación del dato falso o incompleto.

7) El derecho de destrucción de los datos erróneos o que afectan ilegítimamente los derechos de las personas. Se trata de derechos que giran alrededor de los datos recopilados sobre las personas o sobre sus bienes, por lo que se requiere un interés, personal, legítimo y directo en quien ejerza estos derechos, ya que es la información sobre su persona y bienes el que lo origina. Basta leer el artículo 28 de la vigente Constitución, para que todos estos derechos puedan identificarse. Dicha norma reza: “Toda persona tiene derecho de acceder [derecho de acceso] a la información y a los datos que sobre sí misma o sobre sus bienes [necesidad de interés personal y directo] consten en registros oficiales o privados, con las excepciones que establezca la ley, así como de conocer el uso [derecho de conocimiento] que se haga de los mismos y su finalidad [derecho de conocer uso y finalidad], y a solicitar ante el tribunal competente la actualización, la rectificación o la destrucción de aquellos, si fuesen erróneos o afectasen ilegítimamente sus derechos [derecho de respuesta, actualización, rectificación y destrucción]. Igualmente, podrá acceder a documentos de cualquier naturaleza que contengan información cuyo conocimiento sea de interés para comunidades o grupos de personas. Queda a salvo el secreto de las fuentes de información periodística y de otras profesiones que determine la ley”. El llamado *hábeas data* está conformado por varios derechos que pueden obrar en bloque o independientemente, ya que quienes los ejercen pueden conformarse con pedir el para qué se registra la información sobre su persona, o para conocer cuáles datos suyos están recopilados; así como también puede pedir la rectificación o destrucción de datos y obtener una sentencia a su favor en ese sentido, aunque podría ocurrir que el recopilador tuviera derecho a no rectificar, aclarar o destruir el dato, y el fallo a dictarse fuere en ese sentido.

El artículo 28 de la Constitución de 1999, se refiere a datos o informaciones personales, pero interpretándolo con amplitud, conforme a la naturaleza de lo que se registra, puede tenerse como dato personal el que atañe al individuo con motivo del ejercicio de una función pública o de actuaciones públicas, como lo sería los puntos obtenidos en un concurso, o el número de votos en elecciones o eventos similares.

Así, entonces, la Sala determina que la “acción” fundada en el artículo 28 de la Constitución también puede incoarse, si es a fines de corrección o destrucción, sobre recopilaciones abiertas al público o privadas, y que también su finalidad es conocer lo anotado, con el objeto de saber cuál es su destino, y que los datos se actualicen, se rectifiquen o se destruyan. Como se aprecia, la Sala, por ahora, no vincula la pretensión de *hábeas data* a la *existencia previa de un agravio o de una lesión* a algún derecho constitucional, también puede bastar con pedir el para qué se registra la información sobre su persona, o para conocer cuáles datos suyos están recopilados.

También puede solicitarse protección –a través del *hábeas data*– para lograr “la rectificación o destrucción de datos y obtener una sentencia a su favor en ese sentido, aunque podría ocurrir que el recopilador tuviera derecho a no rectificar, aclarar o destruir el dato, y el fallo a dictarse fuere en ese sentido”. La Sala se inscribe entonces en el grupo que considera el *hábeas data* como un mecanismo de “control” de la información, sea sólo para acceder a ella (derecho acceso) así también como para tutelar otros derechos de carácter constitucional (carácter instrumental). En una decisión anterior, la misma Sala Constitucional, en sentencia del 17-8-2000, en el juicio seguido por William Orlando Ojeda vs Consejo Nacional Electoral (exp. 00-2397):

Quien hace uso del derecho de acceder a la información, y a los datos que están registrados (artículo 28 de la vigente Constitución), lo hace para conocer informaciones sobre sí mismo o sus bienes, por lo que mal puede quien invoca ese derecho obrar en razón de intereses difusos o colectivos; y quien hace uso del derecho que establece el artículo 51 *eiusdem*, se refiere a la

omisión concreta de la Administración ante una petición individualizada. Se trata de una prestación determinada, exigible no por la sociedad, ya que a ella no se refiere la norma, sino al solicitante, a quien determinadamente debe el Estado responder. La norma es clara, el derecho de acceso tiene dos posibilidades, una conocer los datos e informaciones registrados; otra, acceder a documentos de cualquier naturaleza que contengan información cuyo conocimiento sea de interés para comunidades o grupos de personas, y ello es posible si esos documentos sobre los cuales puede igualmente la persona solicitar acceso, recogen datos e información sobre sí mismo o sobre sus bienes. No se trata de un acceso ilimitado a documentos que interesen a grupos de personas o comunidades, sino de aquellos documentos en los que el peticionante, como miembro de la comunidad o del grupo, tiene interés porque recogen de alguna manera información personal, así ellos se refieran a grupos o a comunidades, de allí que la norma exprese: igualmente podrá la persona, es decir, podrá el que tiene derecho –según el citado artículo 28– a conocer sus datos e informaciones.

En esta decisión la Sala definió su posición en torno al *habeas data* como derecho de control de información, extendiendo el “derecho de acceso” en una doble vertiente:

- a) Conocer los datos e informaciones registrados; y
- b) Tomar conocimiento a documentos de cualquier naturaleza que contengan información cuyo conocimiento sea de interés para comunidades o grupos de personas. Sería entonces –siguiendo a Vittorio Frosini– la libertad informática en tanto que derecho de disponer de la información, de preservar la propia identidad informática o, lo que es lo mismo, de consentir, controlar, rectificar los datos informativos concernientes a la propia personalidad; al derecho de informar y de ser informado se ha agregado el derecho de proteger la libertad de información como un bien personal y un interés civil.

En ninguna de las dos decisiones comentadas la Sala ha concebido el *hábeas data* como tutor de la integridad de otros derechos constitucionales como el honor, reputación, privacidad, intimidad o propia imagen, aun cuando señala la posibilidad de que pueda utilizarse para pedir “la rectificación o destrucción de datos”, lo cual supondría –a nuestra manera de ver– la necesidad o interés de esa *rectificación o destrucción* y ello, a su vez, estaría vinculado con la preservación de bienes jurídicos constitucionales más allá que el simple derecho de control sobre el dato. La más reciente sentencia del Tribunal Supremo en su Sala Constitucional, al menos al momento de redactarse este trabajo, la constituyó la sentencia del 14 de marzo de 2001:

El segundo de los derechos enunciados, está vinculado no sólo al artículo 60 de la actual Constitución, sino también a otros de la misma Carta, y es el que nuestra Carta Fundamental otorga a las personas para acceder a la información que sobre su persona o bienes registre otra, por lo que se trata de informaciones o datos nominativos, referidos a personas identificadas o identificables. Este derecho, a pesar de su vinculación con el artículo 60 citado, es más amplio, ya que al no distinguir el artículo 28 –que lo concede– entre personas naturales y jurídicas, lo tiene toda persona domiciliada en el país. No se trata de un derecho absoluto, ya que la ley puede restringirlo (“con las excepciones que establezca la ley”), tal como lo previene el artículo 28 de la Constitución de 1999, y es un derecho conformado –a su vez– por otros derechos. A este conjunto de derechos la doctrina los llama impropriamente el *hábeas data* (tráigase el dato), se ejerza uno o varios de dichos derechos, siendo que con algunos de ellos no “hay entrega de dato” alguno, por lo que resulta inapropiado denominarlos a todos *hábeas data*, ya que de ello no se trata únicamente. Sin embargo, a pesar de lo impropio de la denominación, en este fallo con el nombre de *hábeas data* se reconocen los derechos del artículo 28 constitucional.

La Sala pareciera circunscribir el *hábeas data* a su noción etimológica “tráigase el dato” y los demás (rectificación, cancelación o actualización) no serían propiamente *hábeas data*; a pesar de que acogió una

denominación genérica estimamos que no existe un uso inapropiado, pues el *hábeas data* no se restringe a lo etimológico sino que implica más bien *control de datos* y ese “control” puede realizarse accediendo a ellos, modificándolos o simplemente destruyéndolos.

2) El *hábeas data* en las decisiones de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo

Como antes dijimos, la primera sentencia que se dicta en el país, salvo alguna que no conozcamos, se dictó el 14 de abril de 2000, en el juicio entre la sociedad de comercio INSACA, C.A. contra el Director de Drogas y Cosméticos del Ministerio de Salud, y en tal sentido la Corte señaló:

De acuerdo a lo anterior, podemos definir al *hábeas data* como aquella categoría del género de amparo, que cualquier persona, natural o jurídica, puede interponer solicitando el acceso, corrección, destrucción, supresión, actualización o confidencialidad de aquellos datos relacionados con su persona que consten en documentos que reposan en archivos oficiales o privados, cuando tales datos o informaciones sean erradas o falsas e ilegítimamente vulneren o menoscaben de cualquier forma o en cualquier sentido sus derechos al honor, reputación, dignidad, propia imagen, vida privada, etc. En este orden de ideas, podemos decir que el *hábeas data*, como forma de protección frente a vulneraciones a los derechos al honor, a la reputación, a la dignidad y a la buena imagen, y que el *hábeas corpus*, como medio de protección a la libertad, tienen significado y justificación equivalentes, en virtud de la naturaleza y jerarquía de los derechos o bienes jurídicos tutelados por cada una de éstas instituciones, ambas de rango y previsión constitucional, que encuentran la justificación a su existencia en la trascendencia y jerarquía de los derechos por ellas tutelados, los cuales son esencialísimos y de vital importancia para cualquier ente que interactúa en la sociedad. En este sentido, el *hábeas data* es para el derecho al honor lo que el *hábeas corpus* es para el derecho a la libertad.

Como se aprecia, de profunda influencia de la doctrina argentina y uruguaya, la Corte vinculó el *hábeas data* como “instrumento de defensa” de derechos constitucionales, al indicar que garantiza el acceso, corrección, destrucción, supresión, actualización o confidencialidad de aquellos datos relacionados con su persona que consten en documentos que reposan en archivos oficiales o privados, pero establece la “condición” de que tales datos o informaciones sean “erradas o falsas e ilegítimamente vulneren o menoscaben de cualquier forma o en cualquier sentido sus derechos al honor, reputación, dignidad, propia imagen, vida privada, etc.”.

Bien es cierto que no existe un “rechazo” del *hábeas data* como “control de la información”, o para garantizar no más el “acceso” (tal como lo realizaría después el TSJ), pero importa conocer esta primera noción que manejaron nuestros tribunales en torno a la institución. En dos decisiones tomadas por la CPCA, en el caso de dos profesoras de la Universidad Santa María de Caracas, ambas de fecha 26 de mayo de 2000, la Corte precisó su noción sobre *hábeas data*; así por ejemplo, en el juicio de Franca Alfano vs Universidad Santa María (Exp. 00-22967, sentencia 2000-523), con ponencia nuestra, se señaló lo siguiente:

Tradicionalmente se había negado la posibilidad de amparo constitucional por existir tales vías o mecanismos jurisdiccionales. Esta posición constituyó y constituye una de las tantas fuentes de deslegitimación de la ‘autoridad’ que ejercían los órganos del Poder Público y, dentro de ellos, los órganos jurisdiccionales. Esa miopía judicial debe terminar no sólo por su incongruencia lógica y emocional (no otra cosa es el Derecho), y la nueva Constitución precisa mecanismos expeditos para efectivamente proteger el derecho constitucional al honor y reputación, y tal mecanismo no es otro que el llamado en la doctrina y el Derecho comparado “*hábeas data*”. El *hábeas data* no es otra cosa que un mecanismo de control de información que puedan afectar otros derechos constitucionales, y este control de información tiene varias denotaciones: 1. Acceso a la información y a los datos sobre la persona misma o sus bienes; 2. Control del uso y la finalidad de tales datos e informaciones; 3. Rectificación por error o, independientemente del error, aparejan una afectación ilegítima; 4. Actualización de

tales datos o informaciones cuando las mismas estén equivocadas o sean falsos; 5. Destrucción de tales datos o informaciones (si los mismos están contenidos en algún documento) que sean erróneos, falsos, o que afecten ilegítimamente otros derechos.

Desde aquel momento pensamos que el *hábeas data* tenía ciertamente un fin “instrumental”, esto es, de defensa de los derechos constitucionales, p. Ej., vida privada, honor y reputación, pero inmediatamente precisamos que el *hábeas data* también es un mecanismo de control de información que puede afectar otros derechos constitucionales; control que supone el acceso a la información aunque sea para “conocer” los datos que, sobre su persona o sobre bienes, se encuentren en archivos públicos o privados, lo cual supone que, para este caso concreto no pueda exigirse que la “información lesione el honor o reputación o cualquier otro derecho”, por cuanto es obvio que si no se conoce la información mal puede exigirse tal lesión; además de ello, el *hábeas data* permitía el control y conocer la finalidad (lo cual tampoco supone lesión previa alguna); y en cuanto a la rectificación y actualización puede ser para preservar “otros derechos constitucionales” pero nada obsta para que se realice por el mero control de la información.

Distinto es el caso de la “destrucción de tales datos o informaciones” pues ello sí requiere, al menos, que sean erróneos, falsos, o que afecten ilegítimamente otros derechos. Por último, la CPCA en sentencia del 20 de junio de 2000, en el juicio de Manolo Domínguez Menda vs ELECAR (exp. 00-23279, sentencia N° 2000-743), bajo ponencia del Magistrado Pier Paolo Pasceri, la Corte señaló:

De la norma transcrita –*supra*– de recientísima incorporación a nuestro ordenamiento jurídico, por su inclusión en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, aplicado en concordancia con los artículos 26 *eiusdem*, que prevé genéricamente el derecho de acceso a los órganos de administración de justicia y 27 del mismo texto constitucional, en el que se consagra la importante institución del amparo constitucional, ofrecen la posibilidad de que los particulares puedan interponer pretensiones de amparo constitucional en la modalidad de *hábeas data*, en el caso de que

su honorabilidad, reputación, imagen y otros derechos similares o equivalentes resulten vulnerados como consecuencia de error o falsedad de datos que consten en cualquier tipo de documentos que reposen en archivos oficiales o privados. (...) aquella categoría del género de amparo, que cualquier persona, natural o jurídica, puede interponer solicitando el acceso, corrección, destrucción, supresión, actualización o confidencialidad de aquellos datos relacionados con su persona que consten en documentos que reposan en archivos oficiales o privados, cuando tales datos o informaciones sean erradas o falsas e ilegítimamente vulneren o menoscaben de cualquier forma o en cualquier sentido sus derechos al honor, reputación, dignidad, propia imagen, vida privada, etc.

En aquel momento estimamos que si el derecho a la autodeterminación informativa constituía un derecho fundamental que tutelaba, a su vez, otros valores constitucionales como la intimidad, vida privada, honor y reputación resultaba congruentemente lógico que aplicáramos la misma noción de amparo constitucional. La protección de los datos o informaciones era una consecuencia y no la causa para acordar el amparo, y de allí que se estableciera la condición “cuando tales datos o informaciones sean erradas o falsas e ilegítimamente vulneren o menoscaben de cualquier forma o en cualquier sentido sus derechos al honor, reputación, dignidad, propia imagen, vida privada, etc.”. Además de ello estimábamos, al menos el autor de este trabajo, que si la Constitución establecía un “derecho”, luce francamente absurdo que se afirmara que el mismo no tiene “operatividad”; el intérprete debe hurgar en el marco del ordenamiento jurídico vigente la vía más adecuada o conveniente para la tramitación del derecho que se trate, y el procedimiento de amparo constitucional, nos lució el procedimiento más adecuado.

2.2.5 *Nuestra posición: el hábeas data como derecho y como recurso judicial*

Nuestra posición, sostenida antes como Magistrado de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, no ha variado esencialmente, quizás pensemos hoy de manera más sistemática; en efecto, creemos que el *hábeas data* es, al mismo tiempo que un derecho, también constituye un recurso.

2.2.5.1 Definición del *hábeas data* como derecho

El *hábeas data* es un derecho subjetivo individual consagrado por el texto constitucional, por medio del cual toda persona puede acceder a los datos relativos a su persona, así como también tener control sobre el uso y la finalidad de tales datos o informaciones, u oponerse a tal uso, lograr su actualización o destrucción de esos datos cuando resultaren falsos, erróneos o desactualizados o que, de alguna manera, puedan afectar otros derechos. Este derecho también puede ser ejercido cuando la información requerida sea de interés para comunidades o grupos de personas. No se trata de un derecho *límite* o de *defensa* contra agresiones a la privacidad, intimidad u otros bienes jurídicos, sino que el “control” sobre la información se convierte en el contenido del nuevo derecho surgido como respuesta, como dice Frosini, ante el *poder informático*; constituye una visión positivada y sustanciada por un derecho con configuración distinta y con propia entidad referida al *information control* del que había hablado Shattuk y Pérez Luño.⁴⁰ Es un derecho de control de las informaciones sobre sí mismo (*right to control information about one self*) del que había hablado Alan Westin por los años 60, y como dicen Hassemer y Chirino Sánchez:

Esta tendencia también fue seguida por Lusky (*Invasion of privacy*) y por Fried (*Privacy*, 1968), ambos subrayando claramente la necesidad de que los ciudadanos controlen la información que les concierne, ya como mero derecho de defensa frente a las intromisiones de otros, sino ahora, y frente a riesgos tecnológicos, como un derecho activo de control sobre el flujo de informaciones que circulan sobre nosotros.⁴¹

⁴⁰ Vid. Shattuk y su obra *Rights of privacy*, citado por Pérez Luño (84), Antonio: *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Editorial Técnos. Madrid, 1984, pp. 329 y siguientes.

⁴¹ Vid. Hassemer, Winfried y Chirino Sánchez, Alfredo (97): *El derecho a la autodeterminación informativa y los retos del procesamiento automatizado de datos personales*. Editores del Puerto. Buenos Aires, 1997, pp. 124 y siguientes; véase también Hadley (84), Herbert S.: *The right to privacy*, en *New York Law Review*, N° 3, pp. 1-21. NY, 1984; Freedmann (87), Warren: *The right to privacy on the computer age*, New York/Connecticut/Lonfres, Quórum Books, 1987; Flaherty (84), David H.: *Privacy and data protection*. Mansell, ed. London, 1984.

Así, entonces, consideramos válidas las premisas que sostuvimos en nuestro paso como Magistrado por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, cuando afirmamos que el *derecho de hábeas data* incluía:

1. Acceso a la información y a los datos sobre la persona misma o sus bienes;
2. Control del uso y la finalidad de tales datos e informaciones;
3. Rectificación por error o, independientemente del error, aparezcan una afectación ilegítima;
4. Actualización de tales datos o informaciones cuando las mismas estén equivocadas o sean falsas;
5. Destrucción de tales datos o informaciones (si los mismos están contenidos en algún documento) que sean erróneos, falsos, o que afecten ilegítimamente otros derechos.

2.2.5.2 Definición del *hábeas data* como recurso judicial

A la par de concebir el *hábeas data* como un verdadero derecho de control de información, pensamos que el *hábeas data* es también un medio, o una herramienta que sirve para tutelar derechos fundamentales, y es por ello que lo definimos como:

El medio procesal jurisdiccional establecido por la Constitución mediante el cual se logra protección y tutela de los derechos fundamentales al control de información, y la defensa de la intimidad, honor y reputación tanto de las personas naturales como jurídicas por el uso indebido o ilegítimo de informaciones o datos sobre ellas.

El *hábeas data* es una modalidad de *amparo constitucional* (no del procedimiento legal establecido en la LOASDGC, sino como parte del derecho constitucional por medio de la cual toda persona debe ser amparada en el goce y ejercicio de sus derechos y garantías, ex artículo 27 constitucional) que puede ser tramitado a través del mismo cauce

procesal establecido en las leyes procedimentales de amparo, o de un trámite procesal diferente, con la característica de que esta especial protección tiende a proteger los derechos fundamentales de control de información, tal como se definió antes, y, al mismo tiempo, de defensa de otros bienes jurídicos constitucionales. Hemos empleado la noción de “recurso judicial” no en el exacto sentido procesal sino en un sentido amplio del término, es decir, la voz “recurso” se asimila a *mecanismos técnicos de impugnación* tal como lo define Jaime Guasp, y en este sentido el *hábeas data* no impugna decisión administrativa o judicial alguna; pero se trata de un medio o un mecanismo de defensa de derechos fundamentales, es decir, recurso como medio de amparo frente a las intromisiones ilegítimas a bienes constitucionales tutelables.

Debemos recalcar la idea de que el *hábeas data* es un verdadero derecho con sustantividad propia y diferenciada (derecho de control de información) sobre la base de la libertad de información, y es también una *garantía procesal* en el sentido de recurso jurisdiccional para la tutela de los derechos fundamentales referidos a la privacidad, honor y reputación y, en general, de los derechos de la personalidad, cuando éstos se vean amenazados o hayan sido vulnerados por el uso indiscriminado e ilegítimo de la información, y además de esos derechos tutela también propiamente el derecho de conocer, acceder, rectificar, modificar, cancelar o bloquear información.

Esta visión, sin embargo, no es novedosa. En Costa Rica, en 1996 el diputado Constantino Urcuyo redactó un proyecto de reforma a la Ley de la Jurisdicción Constitucional N° 7.135 del 19 de octubre de 1989, a fin de que se adicionara un Capítulo VI referido al *hábeas data* en el título III sobre los recursos, como una forma de “amparo específico” en materia de “identidad” o “libertad” informática. El proyecto parte de la premisa de que la estructura del recurso de amparo, en Costa Rica, tenía una gran amplitud, y que serviría para brindar tutela a la libertad informática “ágil e inmediata”. En la Exposición de Motivos del proyecto se considera al *hábeas data* como un “remedio procesal” que protege dos fases de la “libertad informática”: por una parte, los datos personales en sí mismos (*hábeas data propio*) y, por otra parte, el *hábeas data impropio*, el cual *tutela el derecho de los ciudadanos*

al acceso a la información, frente a la cual se tiene un interés legítimo. Como se observa, el *hábeas data propio* contemplaría los derechos de acceso, modificación, adecuación al fin, confidencialidad, eliminación e inclusión de datos de la persona; y el *hábeas data impropio* exigiría un *interés legítimo* fundamentado en la lesión de derechos constitucionales.⁴²

3. EL HÁBEAS DATA EN LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA

El *hábeas data* ha entrado en nuestro ordenamiento por vía del artículo 28 (*hábeas data propio*) y previsto también en el artículo 143 (*hábeas data impropio*). El Proyecto sometido por la Comisión de Derechos Humanos y Garantías Constitucionales, Deberes constitucionales, Derechos individuales, Seguridad ciudadana, Régimen penitenciario y Derecho a la información, presidida por Tarek William Saab, presentó a consideración de la Plenaria de la Asamblea, la siguiente propuesta de norma:

Artículo 28.- Toda persona tiene derecho de acceder a la información y a los datos que sobre sí misma o sobre sus bienes consten en registros oficiales o privados de carácter público, así como de conocer el uso que se haga de los mismos y su finalidad, y a solicitar ante el Tribunal competente la actualización, la rectificación o la destrucción de aquéllos, si fuesen erróneos o afectaran ilegítimamente sus derechos. De la misma manera podrá acceder a documentos de cualquier naturaleza que contengan información cuyo conocimiento sea de interés para comunidades o grupos de personas.

En la sesión ordinaria N° 25, correspondiente al 21 de octubre de 1999, el Presidente de la Asamblea Nacional Constituyente sometió a consideración de la Plenaria esta norma que previamente se había leído, y

⁴² Para el estudio del *hábeas data* en Costa Rica, el trabajo de López F., Gloriana y otros (95): *El hábeas data en Costa Rica*. Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1995; también Hassemer, Winfried, y Chirino Sánchez, Alfredo (97): *El derecho a la autodeterminación informativa y los retos del procesamiento automatizado de datos personales*. Editores del Puerto. Buenos Aires, 1997, pp. 124 y siguientes. En el capítulo IX de Puccinelli (99), Oscar: *El hábeas data en indoiberoamérica*, pp. 517 y siguientes.

luego de una pausa se declaró aprobada. En la segunda discusión dada a la norma, se eliminó la mención “registros oficiales o privados de carácter público” para quedar con la redacción actual de “datos oficiales o privados”; de igual manera se incluyó a renglón seguido de esta noción la expresión “con las excepciones que establezca la ley”. De igual manera se incluyó la parte final del artículo relativo a “Queda a salvo el secreto de las fuentes de información periodística y de otras profesiones que determine la ley”. La norma aprobada y sometida a referéndum aprobatorio el 15 de diciembre de 1999 establece lo siguiente:

Artículo 28.- Toda persona tiene derecho de acceder a la información y a los datos que sobre sí misma o sobre sus bienes consten en registros oficiales o privados, con las excepciones que establezca la ley, así como de conocer el uso que se haga de los mismos y su finalidad, y de solicitar ante el Tribunal competente la actualización, la rectificación o la destrucción de aquéllos, si fuesen erróneos o afectasen ilegítimamente sus derechos. Igualmente, podrá acceder a documentos de cualquier naturaleza que contengan información cuyo conocimiento sea de interés para comunidades o grupos de personas. Queda a salvo el secreto de las fuentes de información periodística y de otras profesiones que determine la ley.

Como se aprecia la norma recoge en mucho la consagrada en el artículo 135 de la Constitución de la República del Paraguay que, a los efectos de su comparación, transcribimos a continuación:

Artículo 135.- Toda persona puede acceder a la información que sobre sí misma, o sobre sus bienes, obren en registros oficiales o privados de carácter público, así como conocer el uso que se haga de los mismos y de su finalidad. Podrá solicitar ante el magistrado competente, la actualización o destrucción de aquéllos, si fuesen erróneos o afectaren ilegítimamente sus derechos.

De igual manera se incorporó la expresión: “Igualmente, podrá acceder a documentos de cualquier naturaleza que contengan información cuyo conocimiento sea de interés para comunidades o grupos de personas.

Queda a salvo el secreto de las fuentes de información periodística y de otras profesiones que determine la ley”.

3.1 *EL HÁBEAS DATA PROPIO: LA AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA*

En nuestro concepto el derecho de autodeterminación informativa implica el reconocimiento de un derecho fundamental que consiste en el control de la información que sobre nuestros bienes o nuestras personas se encuentren en poder de otra persona (incluso, el propio Estado) tanto en archivos automatizados como en archivos manuales y privados. Este control denota, a su vez, diferentes fases: el acceso a la información, la posibilidad de rectificación, la actualización o la destrucción si la información se presenta como lesiva de otros derechos fundamentales. Este “nuevo” derecho fundamental de control (en su más amplio sentido) se ejercita a través de un mecanismo procesal efectivo, cual es el *hábeas data*.

A los efectos metodológicos, cabe precisar lo que entendemos por *hábeas data* propio y *hábeas data* impropio que –repetimos– se trata de nociones que ha venido utilizando la doctrina comparada desde hace más de una década. En Costa Rica, la “Exposición de Motivos” del proyecto de reforma de la ley de jurisdicción constitucional se considera al *hábeas data* como un “remedio procesal” que protege dos fases de la “libertad informática”; por una parte, los datos personales en sí mismos (*hábeas data* propio) y, por otra parte, el *hábeas data* impropio, el cual tutela el derecho de los ciudadanos al acceso a la información, frente a la cual se tiene un interés legítimo. Como se observa el *hábeas data* propio contemplaría los derechos de acceso, modificación, adecuación al fin, confidencialidad, eliminación e inclusión de datos de la persona. Estimamos entonces que:

- a) El *hábeas data* propio constituye el derecho a la autodeterminación informativa, es decir, la protección de los datos personales o sobre bienes (que también serían datos personales patrimoniales) y que contemplaría los derechos de acceso, modificación, adecuación al fin, confidencialidad o destrucción;

b) El *hábeas data* impropio mira la tutela del derecho a la información en sentido amplio, es decir, el acceso a la información pública. Se vincula más bien con el derecho fundamental de acceso a los archivos y registros públicos, concretamente con el artículo 105, b de la Constitución española, y constituido en Venezuela por el artículo 143 de la Constitución de la República Bolivariana.

3.1.1 *El derecho de acceso a la información*

Como se aprecia, nuestra Constitución opta por consagrar de manera expresa el derecho de autodeterminación informativa o libertad informática al establecer el derecho de toda persona a conocer los datos que sobre sí misma o sobre sus bienes consten en archivos públicos o privados, ese hecho del mero conocimiento que no supone la afectación de algún otro bien jurídico tutelable, como el derecho al honor, reputación o privacidad, sino el solo hecho del control de los datos personales o sobre bienes nos señala de manera clara que la consagración constitucional es la de un derecho fundamental de control de la información.

Como sabemos el control de la información supone el ejercicio real, autónomo e independiente del derecho a conocer los datos por el solo interés de conocerlo sin que se requiera –perdone el lector la repetición– que esa información afecte la privacidad o el honor del interesado. Ello resulta especialmente lógico por cuanto la persona mal puede alegar que un determinado dato personal afecta el honor, reputación o vida privada si previamente no se conocen las informaciones que constan sobre sí misma o sobre sus bienes. Tal como está redactada la norma “toda persona tiene derecho de acceder a la información y a los datos que sobre sí misma o sobre sus bienes consten en registros oficiales o privados, con las excepciones que establezca la ley”, supone –a nuestra manera de ver– el ejercicio de un nuevo y diferente derecho constitucional, el de la libertad informática o, con mejor precisión, el derecho a la autodeterminación informativa. Nuestra Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia del 23 de agosto de 2000, en el juicio seguido por Ruth Capriles Méndez y otros vs Consejo Nacional Electoral (procedimiento: Amparo

constitucional de *hábeas data*, expediente 00-2378), bajo ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero (en lo adelante caso “Veedores de la Ucab”), señaló lo siguiente:

El artículo 28 de la vigente Constitución establece el derecho de las personas a conocer la información que sobre ellas hayan sido compiladas por otras. Dicha norma reproduce un derecho reconocido en varios países como Suecia, Noruega, Francia y Austria, entre otros. Tanto el Estado como los particulares, mediante diversas formas de compilación de datos: manuales, computarizados, etc., registran y almacenan datos e informaciones sobre las personas o sobre sus bienes, y en vista que tal recopilación puede afectar la vida privada, la intimidad, el honor, la reputación, la vida económica y otros valores constitucionales de las personas naturales o jurídicas, la Constitución, para controlar tales registros, otorga varios derechos a la ciudadanía que aparecen recogidos en el artículo 28 citado (las cursivas son nuestras).

Debemos señalar que no compartimos las apreciaciones de la Sala en cuanto a que el artículo 28 de la vigente Constitución establece el derecho de las personas a conocer la información que sobre ellas, hayan sido compiladas por otras porque “tal recopilación” pueda afectar la vida privada, la intimidad, el honor, la reputación, la vida económica y otros valores constitucionales y que “por eso” la Constitución otorga varios derechos a la ciudadanía que aparecen recogidas en el artículo 28 constitucional.

A nuestra manera de ver, la fórmula de la Constitución no sujeta ni condiciona el ejercicio de los derechos a que se contrae el artículo 28 a que la información afecte o pueda afectar los derechos a la vida privada, honor, reputación o cualquier otro valor constitucional, repárese que la norma consagra simplemente el derecho de acceder a la información y a los datos que sobre sí misma o sobre sus bienes consten en registros oficiales o privados con las excepciones de ley, y no como –pretende la Sala– “condicionar” el ejercicio de ese derecho a la afectación de “otro derecho constitucional”.

El derecho del “control de la información” es un derecho fundamental autónomo y no instrumental de otros derechos sino que, sobre la base de la libertad de información todo ciudadano tiene el derecho de conocer cuáles son los datos sobre sí misma o sobre sus bienes que consten en archivos públicos o privados, y ese es un derecho autónomo no mediático que se basta a sí mismo sin necesidad que la información o los datos sean lesivos de otros bienes constitucionales. Aclaramos, es posible que los datos afecten, efectivamente, tales valores constitucionales pero la “causa” para el ejercicio del derecho de autodeterminación informativa no está en la afectación de esos “otros valores constitucionales” sino el mero ejercicio del derecho fundamental del control de la información. Sería irracional exigir como “condición del ejercicio del derecho” que la información lesione la vida privada si, justamente, su titular ejerce el derecho para “saber” los datos o la información que sobre sí o sobre sus bienes consten en archivos públicos o privados; de hecho, esta posición nuestra nos resulta tan congruente que si la información afecta sólo “los bienes” de la persona no tiene ningún sentido hablar de honor, reputación o privacidad, se trata del derecho de “saber”, de “conocer” los datos que sobre los bienes consten en archivos públicos o privados.

En un juicio donde se había decretado una medida cautelar de “administrador *ad hoc*” que, en realidad, era un funcionario que investigaría la existencia y el lugar donde se encontraban los bienes comunes a la comunidad conyugal (socios de varias empresas), la Sala Constitucional concluyó que esa medida tendría mayor “apoyo” en la nueva Constitución con la figura del *habeas data* previsto en el artículo 28 constitucional. Así en efecto, en sentencia del 15 de marzo de 2000, en el juicio seguido por la Sociedad Inversora Bohemia II C.A., y otras *vs* Juzgado Quinto de Primera Instancia de Familia y Menores del Área Metropolitana de Caracas (procedimiento: Amparo constitucional contra decisión judicial, Exp. 00-0086, N° 94) con ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera, la Sala señaló:

Lo que no puede, en principio, la medida cautelar es sustituir los órganos societarios, destituir a un administrador, y violar las normas de derecho mercantil; pero lo que pretendía la medida ni

siquiera violaba el artículo 41 del Código de Comercio, ya que se trataba de un caso de comunidad de bienes, que es uno de los que permite la manifestación y examen general de libros de comercio. Luego, a la luz de la Constitución de la República de Venezuela de 1961, la medida cautelar innominada declarada por la Juez era posible en la forma como la estructuró.

En la actualidad –dice la Sala– con la vigente Constitución, tal medida con el mismo contenido tendría aún mayor base constitucional, ya que el artículo 28 *crea el derecho de acceso a la información o hábeas data*, así como acceder a documentos de cualquier naturaleza que contengan información, “cuyo conocimiento sea de interés para comunidades o grupos de personas”, derecho de acceso que se ejerce contra partes o terceros, ya que la norma no hace distingos.

Repárese que la sentencia señala que “el artículo 28 crea el derecho de acceso a la información o *hábeas data*, así como acceder a documentos de cualquier naturaleza que contengan información, “cuyo conocimiento sea de interés para comunidades o grupos de personas”, derecho de acceso que se ejerce contra partes o terceros, ya que la norma no hace distingos”, desde luego entonces que para ese “acceso” a los datos sobre bienes en modo alguno significa que “deba” acarrear una lesión a la vida privada, intimidad, honor o reputación. El criterio esbozado en esta decisión fue ratificada por sentencia del 06 de febrero de 2001 (Oficina González Laya C.A. y otras vs Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito del Área Metropolitana de Caracas), con ponencia del Magistrado José Manuel Delgado Ocando. Sin embargo, a pesar de este amago de la Sala Constitucional de exigir que la información requerida afecte otros derechos constitucionales es dilucidado más adelante cuando en la propia sentencia del caso “Veedores de la Ucab” la Sala señala que “El llamado *hábeas data* está conformado por varios derechos que pueden obrar en bloque o independientemente, ya que quienes los ejercen pueden conformarse con pedir el para qué se registra la información sobre su persona, o para conocer cuáles datos suyos están recopilados”, esto es, el simple derecho de información en sentido propio, conocer cuáles datos suyos están

recopilados, independientemente que tales datos afecten o no la esfera de otros derechos constitucionales.

La Constitución entonces garantiza el “acceso” a la información, y según nuestra percepción no se requiere una lesión o un amenaza para ejercer ese derecho de acceso. La Sala Constitucional en sentencia del 17 de agosto de 2000 (William Orlando Ojeda vs Consejo Nacional Electoral, en Amparo constitucional de *habeas data*, exp. 00-2397), con ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero, se pregunta y se responde:

¿En qué consiste este acceso? La palabra acceder tiene varios significados, pero el que utiliza el artículo 28 *eiusdem*, es a juicio de esta Sala, el de paso o entrada a un lugar, es decir, entrada a los registros y documentos (ya que se trata de dos supuestos distintos) a fin de enterarse qué existe en ellos, que sea interesante para la persona.

Tal acceso, sin embargo, no es ilimitado, ya que hay otros derechos y garantías constitucionales de los ciudadanos que deben armonizarse con el ejercicio de este derecho (como lo son la protección a la vida privada, al honor, a la intimidad, el secreto de las comunicaciones privadas, etc.)

La idea del constituyente al crear el derecho de acceso, no ha sido otro que la persona se entere qué hay registrado sobre sí misma y en qué documentos (así no formen parte de registros) existen datos personales que son a su vez de interés para comunidades y grupos de personas, caso excepcional en que cualquier persona tiene acceso a documentos archivados, ajenos a registros.

El derecho de la persona que utiliza el artículo 28 citado llega sólo al acceso, y no a la obtención de prueba, como lo serían copias certificadas de los datos o de los documentos. Pero en la práctica, lo que sucede es que si el acceso se hace mediante orden judicial, el órgano jurisdiccional competente deberá levan-

tar un acta del acto de acceso y de sus resultados, y siendo este el modo de operatividad del acceso, no resulta una petición ilegal, ni absurda, que se otorgue al peticionante copia de los registros y los documentos, si es que ellos iban a ser reproducidos en el acta, como prueba del cumplimiento del derecho de acceso.

El giro que da la Sala Constitucional en esta decisión es bien importante, pues la lesión a la vida privada, el honor o la reputación ya no se mira como una “condición” para el ejercicio del derecho de autodeterminación informativa sino como un “límite” al ejercicio de ese derecho; repárese en la afirmación de la Sala según la cual ese “acceso” no es ilimitado, “ya que hay otros derechos y garantías constitucionales de los ciudadanos que deben armonizarse con el ejercicio de este derecho (como lo son la protección a la vida privada, al honor, a la intimidad, el secreto de las comunicaciones privadas, etc.)”. Por otro lado, el derecho de acceso está regulado en la ley sueca como una obligación a cargo del responsable de los ficheros tal como se desprende de los artículos 8 y siguientes de la ley titulado “las obligaciones del responsable del fichero”. Asimismo, la ley francesa N° 78-17 de enero de 1978, regula en el capítulo quinto “Ejercicio del derecho de acceso”, y así se establece:

Artículo 34.- Toda persona, que justifique su identidad, tiene el derecho de interrogar los servicios u organismos operadores de un sistema automatizado cuya lista sea accesible al público en aplicación del Art. 22 precedente, para saber si ese sistema trata informaciones nominativas que le conciernan y, en tal caso, obtener copia de ellas.

Artículo 35.- El titular del derecho de acceso puede obtener comunicación de las informaciones que le conciernan. Tal comunicación, en lenguaje claro, será conforme al contenido del registro. Se entregará una copia al titular del derecho de acceso que de hecho la solicite, contra la percepción de una tasa fija establecida por decisión de la Comisión y homologada por el Ministerio de Economía y Finanzas. Sin embargo, en caso

de duda o contradicción, la Comisión podrá acordar al responsable del archivo:

- Una prórroga para la respuesta.
- Una autorización de no tomar en cuenta las solicitudes manifiestamente abusivas por su cantidad, carácter o repetición sistemática.

Cuando exista sospecha de simulación o desaparición de las informaciones mencionadas en la primera parte de este artículo, incluso antes del ejercicio del recurso jurisdiccional, puede solicitarse ante el juez competente que se dispongan las medidas necesarias para evitar la simulación o desaparición.

El acceso a la información sin duda es el meollo y pilar del derecho a la autodeterminación informativa. El problema se plantea con respecto de la legitimación y el interés, porque repárese que esta primera parte de la norma se refiere a “toda persona tiene derecho de acceder a la información y a los datos que sobre sí misma o sobre sus bienes consten en registros oficiales o privados”, pero nos preguntamos ¿tendrá esa persona que demostrar la existencia de los datos en ese fichero?, ¿tendrá que probar que esa información es sobre su persona o sobre sus bienes?, ¿se le podrá exigir que precise cuál es la información cuyos datos se piensan están en el fichero? El asunto, ciertamente, no es fácil de desentrañar.

En principio hemos afirmado que no es una condición para el ejercicio del derecho de *habeas data proprio* una lesión a los derechos de privacidad o intimidad, o ningún otro, pero también resulta evidente que la persona tiene que justificar el motivo por el cual considera que en tal fichero (público o privado) existen informaciones que le conciernen. No se trata de exigirle que especifique y determine cuál es esa información, pero debe crear al menos la “presunción grave” de que existe información o puede existir información en un determinado fichero público o privado. Este acceso además debe tener como limitación (en sana y congruencia lógica) la imposibilidad de que la persona “revise”

todo el fichero o todos los documentos para saber si hay información que le concierne porque ello será una directa violación de la privacidad y el secreto de los documentos personales, ya que por mandato constitucional se garantiza el secreto e inviolabilidad de las comunicaciones en todas sus formas (los cuales pueden ser comunicación escrita en forma de documentos).

Desde luego que el límite a ese acceso es la existencia de los derechos fundamentales de los demás, por ello entonces la solicitud de acceso a la información bajo la modalidad de este *hábeas data* tiene que estar precedida de la demostración *prima facie* al menos con una presunción de que, en tal o cual fichero, existe información sobre su persona o sobre sus bienes. Razonar de una manera contraria (no diferente sino contradictoria) implicaría que cualquier persona puede imponerse del contenido de cualquier fichero público o privado sin limitación alguna, convirtiendo el *hábeas data* en una verdadera mofa de los derechos fundamentales. Ni hablar en el sector público donde los ficheros, además, pueden contener elementos de interés para la República, sea para seguridad de Estado o de cualquier otra manera que afecte el interés general. En estos casos la limitación tiene que ser mucho más justificada.

La propia Sala Constitucional ha señalado que lo personal de la información restringe para aquellos que no piden sus datos o informaciones, el derecho que otorga el aludido artículo 28, ya que de no ser así, se estaría ante una vía para interferir en la intimidad o en la vida privada de las personas, en la obtención de secretos industriales o comerciales, en asuntos atinentes a la defensa y seguridad nacional, etc., los cuales son valores constitucionales igualmente protegidos y por ello la remisión que hace la norma a documentos de cualquier naturaleza que contengan información de interés para comunidades o grupos de personas, no puede ser entendida sino como aquellas informaciones que corresponden al peticionario, como parte de una comunidad o un grupo de personas; e indicó:

El artículo 28 de la vigente Constitución establece el derecho de las personas a conocer la información que sobre ellas hayan sido compiladas por otras. Dicha norma reproduce un derecho reconocido en varios países como Suecia, Noruega,

Francia y Austria, entre otros. Tanto el Estado, como los particulares, mediante diversas formas de compilación de datos: manuales, computarizados, etc., registran y almacenan datos e informaciones sobre las personas o sobre sus bienes, y en vista que tal recopilación puede afectar la vida privada, la intimidad, el honor, la reputación, la vida económica y otros valores constitucionales de las personas naturales o jurídicas, la Constitución, para controlar tales registros, otorga varios derechos a la ciudadanía que aparecen recogidos en el artículo 28 citado. Estos derechos son:

- 1) El derecho de conocer sobre la existencia de tales registros.
- 2) El derecho de acceso individual a la información, la cual puede ser nominativa, o donde la persona queda vinculada a comunidades o a grupos de personas.
- 3) El derecho de respuesta, lo que permite al individuo controlar la existencia y exactitud de la información recolectada sobre él.
- 4) El derecho de conocer el uso y finalidad que hace de la información quien la registra.
- 5) El derecho de actualización, a fin que se corrija lo que resulta inexacto o se transformó por el transcurso del tiempo.
- 6) El derecho a la rectificación del dato falso o incompleto.
- 7) El derecho de destrucción de los datos erróneos o que afectan ilegítimamente los derechos de las personas.

Se trata de derechos que giran alrededor de los datos recopilados sobre las personas o sobre sus bienes, por lo que se requiere un interés, personal, legítimo y directo en quien ejerza estos derechos, ya que es la información sobre su persona y bienes el que lo origina. Basta leer el artículo 28 de la vigente Constitución, para que todos estos derechos puedan identificarse.

3.1.2 *El control del uso y la finalidad de la información*

Además del derecho de “conocer” la existencia de datos personales o sobre bienes que se encuentren en archivos públicos o privados, la Constitución garantiza que la persona pueda conocer, también, cuál es el “uso que se haga de los mismos” o la “finalidad”; en efecto la Constitución dispone que “toda persona tiene derecho de acceder a la información y a los datos que sobre sí misma o sobre sus bienes consten en registros oficiales o privados, con las excepciones que establezca la ley, así como de conocer el uso que se haga de los mismos y su finalidad”. Con respecto al “uso de la información” no ofrece mayor resistencia al análisis, se refiere a nuestra modo de ver con lo que la doctrina foránea ha denominado “tratamiento de la información”. En efecto, el control sobre el uso de los datos personales o sobre bienes puede analizarse bajo la óptica del tratamiento automatizado de datos, entendiendo por “tratamiento” cualquier operación o complejo de operaciones o procedimientos técnicos, de carácter automatizado o no, que permitan recolectar, almacenar, grabar, organizar, elaborar, seleccionar, extraer, confrontar, interconectar, disociar, comunicar, ceder, transferir, transmitir o cancelar datos de carácter personal, o utilizarlos en cualquier otra forma, tal como lo define la ley chilena sobre procesamiento de datos.

El control de la información significa no sólo la garantía del acceso a la información sino también conocer el uso que se haga de los datos personales y la finalidad para el cual fueron registrados, lo cual significa asimismo que la persona legitimada puede oponerse a un “uso diferente” o que se utilice con una finalidad desviada o simplemente diferente de aquel fin para el cual fueron recopilados. No se trata de una situación extraña en la legislación constitucional donde se consagra el *hábeas data* sino como una noción bastante frecuente, sea a nivel constitucional o en el ámbito legislativo. A título de ejemplo, la Ley sueca de Procesamiento de datos dispone en su artículo 21 que:

Quien consigne ilegalmente material para procesamiento electrónico de datos o ilegalmente cambia, destruye o incluye en el fichero tales datos, será condenado por intromisión en el procesamiento de datos a multa o cárcel hasta por dos años,

en caso que dicho acto no sea penado por el Código Penal, Capítulo 23.

Esta es una consecuencia del celo que ponen las legislaciones para que no se “cambien” los datos consignados, o no se utilicen para una finalidad diferente. El Reglamento de la Ley de Procesamiento de Datos en Suecia, del mismo año de 1973, establece como requisito indispensable para obtener la licencia para abrir o llevar un fichero personal que especifique “la finalidad y el objeto del fichero” (Art. 2.3). También la ley francesa 78-17 de enero de 1978, establece en el artículo 19 como requisito para el procesamiento de datos “la característica, finalidad y, si hay lugar, la denominación del procesamiento”; y también es un requisito para la reglamentación de la ley la “denominación y la finalidad del procesamiento”. Asimismo, el artículo 29 de esta ley establece:

Toda persona que efectúe u ordene un procesamiento de informaciones nominativas se compromete por este hecho ante las personas implicadas a tomar todo tipo de precauciones útiles, a fin de preservar la seguridad de las informaciones y especialmente, de impedir que ellas sean deformadas, dañadas o comunicadas a terceros no autorizados.

Así entonces el *hábeas data* propio, a la luz de nuestra disposición constitucional, implica tanto el acceso como el control del uso y la finalidad para la cual se ha destinado la información.

3.2 EL DERECHO DE “ACCESO” A LOS ARCHIVOS PÚBLICOS O HÁBEAS DATA IMPROPIO

El derecho de acceso al cual se refiere el artículo 28 puede ejercerse, incluso, si la información está en ficheros públicos o privados, y también si se hallan en “archivos” y “registros” de la información; el acceso a la información ciertamente no es ilimitado, pues el propio artículo 28 dispone que el derecho de acceder a la información que conste en registros oficiales o privados “con las excepciones que establezca la ley”; se le olvidó a la norma mencionar las “limitaciones que imponga la misma

Constitución”. Así entonces el artículo 143 de la vigente Constitución venezolana dispone:

Los ciudadanos y ciudadanas tienen derecho a ser informados e informadas oportuna y verazmente por la Administración Pública, sobre el estado de las actuaciones en que estén directamente interesados e interesadas, y a conocer las resoluciones definitivas que se adopten sobre el particular. Asimismo, tienen acceso a los archivos y registros administrativos, sin perjuicio de los límites aceptables dentro de una sociedad democrática en materias relativas a seguridad interior y exterior, a investigación criminal y a la intimidad de la vida privada, de conformidad con la ley que regule la materia de clasificación de documentos de contenido confidencial o secreto. No se permitirá censura alguna a los funcionarios públicos o funcionarias públicas que informen sobre asuntos bajo su responsabilidad.

Queremos resaltar la existencia, ex artículo 28 constitucional, tanto del *hábeas data* propio (autodeterminación informativa) como el *hábeas data* impropio (acceso a los archivos de la administración, por personas individuales o por grupos de personas).

3.3 EL RECURSO DE HÁBEAS DATA EX ARTÍCULO 28 CONSTITUCIONAL

Nuestro artículo 28 además de consagrar en la primera parte de la norma el *hábeas data* propio (“toda persona tiene derecho de acceder a la información y a los datos que sobre sí misma o sobre sus bienes consten en registros oficiales o privados, con las excepciones que establezca la ley, así como de conocer el uso que se haga de los mismos y su finalidad”, y el *hábeas data* impropio en cuanto al acceso a los registros y archivos públicos (en concatenación del artículo 28 con el artículo 143 constitucional) también consagra el ejercicio de un procedimiento para hacer efectivo esos derechos, es decir, consagra una verdadera “pretensión procesal” que se deduce por ante los tribunales competentes para ejercer el derecho de autodeterminación informativa y acceso a los registros y archivos públicos, además de tutelar o garantizar el cabal

ejercicio de otros derechos constitucionales. Así entonces la segunda parte del artículo mencionado establece:

(Toda persona tiene el derecho de) solicitar ante el Tribunal competente la actualización, la rectificación o la destrucción de aquéllos, si fuesen erróneos o afectasen ilegítimamente sus derechos. Igualmente, podrá acceder a documentos de cualquier naturaleza que contengan información cuyo conocimiento sea de interés para comunidades o grupos de personas. Queda a salvo el secreto de las fuentes de información periodística y de otras profesiones que determine la ley.

Tal como lo entendemos la norma puede escindirse en dos aspectos: el derecho de acceso a la información y luego el mecanismo procesal para ejercer los derechos que se derivan de aquella autodeterminación informativa y el acceso a los archivos y registros públicos. Mediante este mecanismo procesal, como se desprende de la norma, puede la persona legitimada:

- a) Solicitar la “actualización” de los datos sobre su persona o sobre sus bienes, si la información hubiese cambiado o no se ajusta a la verdad por haber cambiado las circunstancias desde el momento en que tales datos fueron compilados.
- b) El derecho de “rectificación” si la información personal (individual o patrimonial) fuere errónea, o incompleta;
- c) El derecho a la destrucción si fuesen erróneos o afectasen ilegítimamente sus derechos.

Repárese que la necesidad de demostrar lo “erróneo” o que “afectan ilegítimamente” sus derechos está referida al derecho de solicitar la destrucción de los datos personales, no es una “condición” ni mucho menos la “causa” para pedir la actualización o la rectificación; estos últimos derivan del derecho de control de la información, esto es, con independencia de que el dato personal afecte o no los derechos del legitimado, la persona puede pedir la “actualización” o la “rectificación”

para lo cual sólo tendrá que demostrar que la situación fáctica a la que se refiere la información es incorrecta porque han cambiado las circunstancias bajo las cuales se tomaron los datos (actualización), o que los datos se presentan como no ajustados a la realidad por error de quien dio los datos o de quien los recibió, ello genera el “interés” para solicitar la rectificación.

En cambio el derecho de solicitar la “destrucción” del dato personal tiene que estar acompañado con la demostración de que el dato es totalmente erróneo (en cuyo caso puede optarse por la rectificación) pero puede ser que el dato o los datos afecten el derecho a la vida privada, el honor, reputación, propia imagen, intimidad por tratarse de datos sensibles; o simplemente que los datos fueron recogidos ilegal o inconstitucionalmente, en todos estos casos opera la “destrucción” del dato.

El operador de justicia tendrá serios problemas para dilucidar si frente a la existencia de datos personales, que no afecten los derechos antes señalados (vida privada, honor, reputación, etc.) pueden ser objeto de “destrucción”. A nuestro ver, la única manera en que nacería el interés para solicitar la “destrucción” del dato personal sea que el mismo haya sido recabado de manera ilegal o inconstitucional (independientemente, por supuesto que afecte derechos constitucionales, pues en este caso es evidente), en tal caso existe un vicio en el consentimiento que debe operar a favor del titular del dato. En cambio, no se lograría la destrucción si el “dato” es necesario para el control de las actividades por parte del Estado, *vgr.* el censo nacional de la población; las estadísticas de enfermedades (sólo en cuanto al número); datos electorales, educativos, médico-asistencial y de esta índole.

No podemos olvidar que frente al derecho de autodeterminación informativa y los llamados derechos de la personalidad, antes enumerados, también debe reconocerse el derecho al Estado de saber quiénes son sus ciudadanos, dónde viven, si trabajan o no, si están inscritos en el Seguro Social, etc., el interés general impone que el Estado deba “planificar” y “distribuir” la eficacia y efectividad, lo cual supone que el Estado deba “conocer” y por supuesto “registrar” datos esenciales de sus ciudadanos. Ahora bien, esos datos no pudieran ser eliminados, o des-

truidos como lo señala la Constitución, o “cancelados” que es la expresión utilizada en el derecho comparado. La Constitución venezolana establece dos cosas adicionales que no es frecuente encontrarlo en las legislaciones constitucionales comparadas:

3.3.1 *El hábeas data por intereses colectivos y difusos*

Quizás uno de los temas más angustiantes que debe resolver la doctrina y la jurisprudencia es el significado de la disposición constitucional al establecer:

Igualmente, podrá acceder a documentos de cualquier naturaleza que contengan información cuyo conocimiento sea de interés para comunidades o grupos de personas

La norma evidentemente regula el “interés” y conecta ese interés con comunidades o grupos de personas; si ello se vincula con el artículo 26 del Texto Fundamental según el cual toda persona tiene acceso a los órganos de administración de justicia para la tutela de sus derechos e intereses e incluso los colectivos o difusos, la conclusión parece obvia: la posibilidad de que, a través del interés colectivo o difuso, pueda lograrse el acceso a la información que sea de “interés para comunidades o grupos de personas”. Adelantamos que nuestra Sala Constitucional, en el caso de los Veedores de la Ucab asomó una línea de interpretación completamente diferente, a saber:

Invocan igualmente los accionantes, como fundamento de su pretensión, al artículo 143 *eiusdem*, pero no surge de autos que ellos sean parte de ningún proceso administrativo que amerite se les informe sobre el estado de las actuaciones en que están directamente interesados o interesadas, y que conduzcan a una resolución definitiva, indudablemente una sanción administrativa, ya que el artículo 143 se refiere a la administración pública. Por otra parte, lo solicitado por las pretensiones no es el acceso a los archivos y registros administrativos, sino que se les otorgue “información electoral digitalizada relacionada con los resultados obtenidos en todas y cada una de

las mesas de votación que funcionaron en las respectivas jurisdicciones electorales y de manara [sic] discriminada; mesa por mesa”. Tal petitorio tampoco es congruente con la letra del citado artículo 143 de la vigente Constitución.

Del petitorio se colige que los accionantes consideran que tienen derecho a una información ilimitada, atribuyendo al derecho de información de los artículos 48 y 143 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela un alcance que no surge del texto de ambos artículos, e interpretando la frase del artículo 28 citado “Igualmente, podrá acceder a documentos de cualquier naturaleza que contengan información cuyo conocimiento sea de interés para comunidades o grupos de personas”, de una manera aislada, sin concatenarlo con la letra del principio del artículo, que sería a lo que se refiere la frase “Igualmente, podrá”. El comienzo del artículo 28 señala que toda persona tiene el derecho de acceder a la información y a los datos que sobre sí misma o sobre sus bienes consten en registros oficiales o privados. Luego, esa persona y para los mismos fines, igualmente podrá acceder a documentos que sean de interés para comunidades o grupos con los cuales se encuentra jurídicamente vinculada. Con estos argumentos la Sala considera inadmisibles las acciones intentadas, fundadas en los artículos 28 y 143 de la Constitución de la República, ya que lo solicitado y los hechos en que se fundan no pertenecen a los tipos de ambos artículos, por lo que una acción autónoma en ese sentido sería improcedente. Pero en el exiguo escrito de los actores, se colige que se está en presencia de una acción de amparo constitucional, fundada en la violación de los artículos 28, 143 y 294 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y ello se desprende del petitorio de la solicitud, en el cual se exige que se restablezca la situación jurídica infringida, lo que es el *petitum* natural de una acción de amparo.

El accionante en amparo debe tener un interés jurídico actual y legítimo para proponerlo, ya que lo que persigue con la acción es que se le restablezca una situación jurídica personal o colectiva que se le ha lesionado. Los accionantes obran en su

propio nombre como electores y como miembros de la Red de Veedores de la Universidad Católica Andrés Bello (a pesar que no cursa en autos ningún instrumento que los vincule a dicha Universidad), y en base a tal condición solicitan que el Consejo Nacional Electoral les proporcione los resultados de los escrutinios, ya que dichos resultados les han sido negados.

El que unas personas sean electoras, o formen un grupo privado que denominen Red de Veedores, a manera del cual asumen tareas de supervisión electoral, ¿los habilita para pedir documentos e información del Consejo Nacional Electoral y para constituir una situación jurídica que les pueda ser infringida? Entiende la Sala que cuando la norma constitucional establece el derecho de acceder a documentos de cualquier naturaleza que contengan información cuyo conocimiento “sea de interés para comunidades o grupos de personas” se requiere, además, un interés personal, legítimo y directo, esto es, que la información afecte su persona o a sus bienes.

Estimamos que esta no es la orientación que dejó plasmada el texto constitucional. La tutela de los intereses colectivos, sin duda, supone que el legitimado se encuentre en una situación fáctica común, pues irremediablemente la decisión que se tome beneficiará o afectará a ese colectivo determinado y específico de personas; pero la tutela de intereses difusos no exige ni puede exigirse que el legitimado tenga –al mismo tiempo– un interés personal legítimo y directo, ello es no acatar el mandato constitucional del artículo 26 según el cual toda persona puede acudir ante los órganos de administración de justicia en tutela de sus derechos e intereses e incluso los colectivos o difusos. Más adelante volveremos sobre el tema de la legitimación para interponer la pretensión de *hábeas data* en el derecho venezolano y comparado.

3.3.2 *El secreto de las fuentes de información periodística y otras profesiones*

Queda a salvo el secreto de las fuentes de información periodística y de otras profesiones que determine la ley. Muy sabio fue el constituyente

de 1999 al adicionar al Proyecto de Constitución presentado en la primera reunión de la Plenaria de la Asamblea Nacional Constituyente.

ALGUNAS CONCLUSIONES PRELIMINARES

Sobre esta materia, por lo novedoso y lo incipiente en nuestra doctrina y jurisprudencia, sólo se pueden presentar conclusiones preliminares que implican una puerta para mayores y mejores investigaciones. La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia considera que el artículo 28 de la vigente Constitución otorga, en principio, a las personas un doble derecho, a saber:

- 1.- El de recopilar información sobre las personas y sus bienes, lo que se desprende implícitamente de dicha norma;
- 2.- Al acceso, por parte de aquel cuyos datos constan en los registros, a la información que sobre él ha sido recopilada. Ambos derechos los pueden ejercer tanto las personas naturales como las jurídicas, sean estas últimas, entes de derecho público o privado.

De la afirmación de la Sala se constata que el derecho consagrado en el artículo 28 constitucional sufre las siguientes limitaciones:

- a) En primer lugar que el *hábeas data* “no funciona en relación a expedientes de trabajos que reposan en un archivo, a datos sueltos que alguien tenga sobre otro, anotaciones en diarios o papeles domésticos o comerciales”;
- b) En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, “funciona con sistemas –no solo informáticos– de cualquier clase de ordenación de información y datos sobre las personas o sus bienes”;
- c) Que tal ordenación de información tenga una finalidad concreta y es que se tengan “con fines de utilizarlos en beneficio propio o de otros”; y

d) Se exige, además y concomitantemente, que “real o potencialmente pueden serlo en forma perjudicial contra aquellos a que se refiere la recopilación”.

A nuestro entender las anteriores limitaciones al derecho fundamental de control de la información no se deriva ni se deduce del artículo constitucional, ni es así en ninguna parte del mundo donde la institución ha sido desarrollada, o al menos, en los ordenamientos jurídicos que hemos investigado para este trabajo. Repetimos, nuestra concepción del derecho de autodeterminación informativa implica el reconocimiento de un derecho fundamental que consiste en el control de la información que sobre nuestros bienes o nuestras personas se encuentren en poder de otra persona (incluso el propio Estado) tanto en archivos automatizados como en archivos manuales y privados. Este control denota, a su vez, diferentes fases: el acceso a la información, la posibilidad de rectificación, la actualización o la destrucción si la información se presenta como lesiva de otros derechos fundamentales. Siendo ello así, el derecho de conocer de la información no se ve “limitada” o “definida” por la actividad de quien posea la información, esto es, no es necesario que quien posea la información se dedique a “compilar” o a “almacenar información” sobre los bienes o sobre las demás personas.

En segundo lugar, tampoco creemos necesario que la información tenga como “finalidad” el hecho de que sea usada en “beneficio propio o de otra persona”, ni mucho menos requiere que esa información sea “real o potencialmente, pueden serlo en forma perjudicial contra aquellos a que se refiere la recopilación”, antes por el contrario, y en nuestra modesta visión del asunto:

a) La autodeterminación informativa opera frente a cualquier tipo de información que sobre los bienes o sobre las personas se encuentren en poder de otras personas (sea que se dediquen a compilar información, sea que la tengan para su uso privado y personal), esto es, la actividad profesional de quien posee la información no limita el derecho que tiene una persona de ejercer el “control” de la información.

Una aspecto del problema es que, efectivamente, la información se halle en bancos de datos, o archivos informáticos o manual, pero de allí a que sólo en el caso de que esa sea la actividad de quien posee la información como “límite” para que una persona ejerza el control sobre la información, nos parece que no se deriva del postulado constitucional.

Nuestra posición tampoco implica reconocer un derecho absoluto de acceder a la privacidad de las personas, o frente a quien sea y como sea, sino que, con independencia de si la persona se dedica a compilar información o no, cualquier persona tiene derecho a conocer y modificar esa información cuando la misma resulte lesiva; o simplemente a ejercer el control de tales datos personales. Como dice Pérez Luño, no se trata de reconocer un derecho de propiedad sobre los propios datos, de manera que no se podría comerciar con ellos como se hace con tantos bienes que son objeto de un derecho de propiedad; por el contrario, se aspira al reconocimiento a cada individuo de una cierta capacidad de decisión respecto al registro y utilización de los datos relativos a su persona, derecho que en modo alguno tiene carácter absoluto, sino que también se encuentra limitado y debe ceder a favor de otros derechos.⁴³

b) La autodeterminación informativa implica “conocer” incluso cuál es la finalidad o el uso que se le da a la información, y en consecuencia no puede ser un límite a ese “conocimiento” que la finalidad sea “en beneficio propio o de otra persona”; en tal sentido, estimamos que la necesidad de conocer y controlar la información que sobre los bienes o sobre las personas se encuentran en poder de otras, no tiene nada que ver que si esa persona que posee la información la usa o no, y si la usa en

⁴³ Vid. Pérez Luño (89), Antonio: *La libertad informática. Nueva frontera de los derechos fundamentales*, en *Libertad informática y leyes de protección de datos personales*, Cuadernos y Debates, N° 21, Madrid, 1989. Ortiz Vallejo (94), Antonio: *El nuevo derecho fundamental (y de la personalidad) a la libertad informática. A propósito de la STC 254/1993, de 20 de julio*, en *Derecho Privado y Constitución*, N° 2, Enero-abril. Madrid, 1994; López-Ibor Mayor (93), Vicente: *Los límites al derecho fundamental a la autodeterminación informativa en la Ley española de protección de datos (LORTAD)*, AI, N° 8. 1993; y Ruiz Miguel (95), Carlos: *El derecho a la intimidad informática en el ordenamiento español*, en RDG, N° 607, 1995.

beneficio propio o ajeno; lo importante es que la información exista, y el solo hecho de existir la información es la “causa” para que se tenga derecho a saber cuál es, y para qué se utiliza.

c) Y donde nos alejamos más de las afirmaciones de la sentencia es precisamente en la última condición según la cual se exige que “real o potencialmente pueden serlo en forma perjudicial contra aquellos a que se refiere la recopilación”, pues el derecho que se tiene para “controlar” la información no supone ni requiere que la información sea perjudicial, sino que la información en sí misma o el “dato” es el bien jurídico a proteger y tutelar.

Sin duda hace falta más tinta sobre el *habeas data* en nuestro país, primero para ser comprendido y conocido y, luego, para ser ejercitado como un nuevo derecho civil fundamental.

Las normas de Derecho Internacional Privado en el Código Civil venezolano del veinte de febrero de 1873

Gonzalo PARRA-ARANGUREN*

SUMARIO:

- I. Los antecedentes.**
- II. Apreciación general del Código.**
- III. La regulación del Derecho internacional privado.**
- IV. La nacionalidad.**
- V. La condición de los extranjeros.**
- VI. La jurisdicción internacional de los tribunales venezolanos.**
- VII. La eficacia internacional de las sentencias extranjeras.**
- VIII. La determinación del derecho aplicable: A: *La posibilidad de aplicar derecho extranjero.* B. *La facultad legislativa.***

* **Universidad Central de Venezuela**, Doctor en Ciencias Jurídicas y Políticas *summa cum laude* **Universidad de Nueva York**, Instituto Interamericano de Derecho, Curso en Derecho Comparado, **Ludwig Maximilians Universität**, Munich, Doctor en Derecho *cum laude*. **Universidades Central de Venezuela y Católica Andrés Bello**, Profesor Titular Emérito. **Corte Internacional de Justicia**, La Haya, Reino de los Países Bajos, Magistrado (desde 1996).

va de sancionar reglas de Derecho Internacional Privado. C. Las normas fundamentales de Derecho Internacional Privado. D. La celebración del matrimonio. E. Materias diversas: (a) Testamentos otorgados por militares. (b) Hipoteca judicial en virtud de sentencias extranjeras. (c) Registro de sentencias y actos celebrados en el extranjero.

IX. Comentarios finales

I. LOS ANTECEDENTES

1. La celeridad del Congreso en la preparación del Código Civil del **veintiuno de mayo de 1867** fue objeto de severos comentarios críticos.

2. Efectivamente, en forma simultánea a los trabajos preparatorios, el Licenciado **Ramón Ramírez**, bajo el título **Administración de Justicia**, hizo las siguientes observaciones:

Al ver el empeño, la constancia y el afán con que todos los Congresos, todos los gobiernos de Venezuela piden, proyectan y se ponen a hacer **códigos**, el mundo que nos contempla creará una de dos cosas, o que aquí vivimos sin leyes civiles de ninguna especie, o que las que tenemos son las más bárbaras y absurdas del mundo. Ni una ni otra cosa es cierto: tenemos más leyes de las que son necesarias para vivir legalmente, incluso sobre policía urbana y rural, cuyas ordenanzas son extra-super-excelentes: más bien pecamos por exceso, porque hay algunas disposiciones contradictorias, como que los códigos son de diversas épocas (principios de siglo V, Fuero Juzgo) y tantos otros y tan escasos, que ya apenas se encuentran en las bibliotecas de los anticuarios (un abogado que tiene hoy todos nuestros códigos, es un anticuario).¹

¹ **El Federalista**, Caracas, número 1089, marzo de 1867, pp. 303-304.

3. De inmediato agregó las siguientes advertencias:

Pero antes de pasar a hacer unas ligeras reflexiones sobre los peligros de adoptar de repente y sin discusión (porque la discusión en el Congreso sobre códigos legislativos es **no sólo imposible, sino ridícula y contraproducente**), preguntáremos ¿cuál es la mayor necesidad de Venezuela, tener nuevas leyes o cumplir las que tenemos?... No habrá un solo venezolano que no se apresure a contestar esta pregunta, si no sonriendo al ver el empeño con que pedimos leyes antes de haber podido digerir las que tenemos, **lleno de indignación al ver el estado en que se encuentra la patria de Bolívar**, donde lejos de guardarse respeto y veneración a la ley, **se ha hecho ya objeto de befa y escarnio el citar la constitución y las leyes que garantizan los derechos individuales que son precisamente los que menos se acatan y veneran**. No son leyes nuevas las que necesitamos, sino el respeto y cumplimiento de las que tenemos. Y en qué sentido vamos a reformar esas leyes mientras los principios que dominan en la legislación puramente nacional son enteramente contrarios no sólo a los principios de la ciencia, sino a los que están reconocidos y mencionados en la Ley Fundamental. ¿Ni cómo puede pensarse en que los códigos que haya el Congreso de la Nación vayan a ser acatados y reverenciados, cuando cada Legislatura dando una absurda y arbitraria interpretación al artículo 13, párrafo 22, se cree autorizada para legislar **adjetivamente**, pero con una adjetividad que modifica la sustancia de tal modo que ya no hay un abogado que pueda decirse de la República sino de cada Estado? ²

² **El Federalista**, Caracas, número 1089, marzo de 1867, pp. 305-306. En virtud del párrafo 22 del artículo décimo tercero de la Constitución de **veintidós de abril de 1864**, los Estados de la Unión venezolana quedaron comprometidos “a tener para todos ellos una misma legislación sustantiva, civil y criminal”. El Licenciado **Ramón Ramírez** comentó al respecto: “Pero nosotros preguntaríamos al jurisconsulto más eminente de Venezuela y del mundo entero ¿Cree U. Posible hacer una discriminación tan exacta entre lo que se quiere llamar legislación **sustantiva** y **adjetiva**, que sea dable conceder su sanción a diversos poderes?”.

4. Asimismo **Ramón Ramírez** afirmó:

Hay otro gravísimo inconveniente para hacer los códigos mientras el país se encuentra en el estado de transición que hoy lo domina. Es evidente que la República está dividida en partidos y fracciones de partidos... Esto da motivo a que el partido vencido, que sin duda reúne una gran mayoría de eminencias científicas, esté como **emperrado**, y no quiera tomar parte en las cosas públicas, a lo menos con espontánea iniciativa. - Ni culpamos su escepticismo, ni aprobamos su desesperación: **vita hominis militia super terram!!!** Así, no hay que contar con él para la discusión por la prensa a que deberían someterse los códigos antes de recibir la sanción pública, porque no sería regular que el Congreso imitase la Dictadura, sancionando los códigos sin discusión. Y bien se ve que Venezuela no está tan abundante de hombres inteligentes, que pueda prescindir de la mitad por lo menos de sus eminencias científicas.

5. En consecuencia, **Ramón Ramírez** concluyó:

Es claro, pues, que por ahora, no es en códigos en lo que debe pensarse: hay otras cosas mucho más importantes y que deben ser previas. El principio es el de la SALVACIÓN, todo lo demás vendrá por añadidura. Con las leyes que tenemos hay de sobra **con tal que se cumplan...** El Código de Procedimientos que tenemos es de lo mejor que hay en el mundo, si no es así, díganos que hay otro mejor. Pero nos parece que la razón principal para posponer la MANUFACTURA de códigos la ha dado el Poder Ejecutivo en su mensaje a las Cámaras, **NO EXISTE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN VENEZUELA**, y sin campanas no se puede repicar.³

6. Las Cámaras Legislativas no hicieron caso de las admoniciones del Licenciado **Ramón Ramírez**; antes el contrario sancionaron en forma

³ **El Federalista**, Caracas, número 1089, marzo de 1867, p. 306.

perentoria el proyecto de Código Civil presentado por la Comisión designada pocas semanas antes, compuesta por los doctores **Diego Bautista Urbaneja, Julián Viso y Ángel Fermín Ramírez**; y al día siguiente, **veintiuno de mayo de 1867**, recibió el Ejecútese del Poder Ejecutivo, para entrar en vigencia el veintiocho de octubre del mismo año.

7. Algún tiempo después fueron hechos públicos los siguientes comentarios:

El mal mayor que le ha hecho el período de Falcón a Venezuela fue destruir la verdadera **constitución social**, su organización judicial. Hoy no hay acto civil ninguno seguro: todas las tradiciones están destruidas: lejos de generalizarse el conocimiento de la Ley, se ha embrollado de tal modo que hoy no se sabe a qué atenerse, aun en los negocios más comunes, matrimonios y tutelas, por ejemplo. El Código civil no ha circulado todavía en toda la República. ¡Pero tenemos Código!⁴

8. A pesar de reconocer expresamente los “grandes defectos” del Código Civil del **veintiuno de mayo de 1867**, que imponen su “revisión general y esmerada”, el Licenciado **Luis Sanojo** se pronunció en contra de su derogación porque, en su criterio, era preferible evitar las malas consecuencias de volver al sistema de las Partidas; antes el contrario sostuvo que “los mismos defectos del código y los grandes tropiezos que encontraremos al ponerlo en práctica, impelirán a nuestros legisladores a corregirlos”.⁵

⁴ **El Pensamiento Vivo**, Caracas, número 49, diez de julio de 1868, p. 326.

⁵ **Luis Sanojo. Juicio crítico sobre el Código Civil**. Caracas. Imprenta de El Federalista, 1867, p. 108. Asimismo informó: “Según lo que hemos oído, volverá a procederse con precipitación, y la revisión no será tan fructífera como debiera. Parece que la pretensión es hacerla en los dos meses que faltan para la reunión de la Legislatura. Con todo, aprobamos la idea, aunque deje todavía lugar a una segunda revisión. Hai tal urgencia de enmendar los más notables defectos del código, que la doble operación no debe ser parte a diferir su corrección con motivo de hacer una más general y completa” (**Gonzalo Parra-Aranguren. El Derecho Internacional Privado venezolano en el Código Civil del veintiuno de mayo de 1867, Libro Homenaje a Gustavo Planchart Manrique**, pp. 540-572).

9. Sin embargo, la tarea no fue emprendida por el Gobierno de turno. Una vez triunfante la *Revolución Azul*, al mando del General **José Tadeo Monagas**, por Decreto de **diez de octubre de 1868** modificado el **veintisiete de octubre de 1868**, se creó una Comisión integrada por el Licenciado **Luis Sanojo**, **Manuel Cadenas Delgado**, **Cecilio Acosta**, **Juan Pablo Rojas Paúl** y el doctor **Ramón Fernández Feo**, para que, en el menor tiempo posible, “examine el Código Civil vigente, (y) proyecte las reformas que en su concepto deban hacersele”.⁶

10. Pocos días más tarde, en el diario *El Federalista* de Caracas, fue destacada la urgente necesidad de una legislación que tuviera efectiva vigencia en el país; y en la edición correspondiente al **veinticuatro de diciembre de 1868**, bajo el rubro *Colaboradores*, se hicieron valer los siguientes conceptos:

Cuando a la hora en que escribimos, la autoridad y vigencia de los Códigos nacionales es, para algunos centros de población, un problema, un mito o una superchería; cuando en Caracas rige el de Comercio sancionado el año de 1862, y más allá las Ordenanzas de Bilbao; y a tiempo que el civil impera en varias partes del territorio de la Unión, en otras vecinas no se conoce siquiera su existencia, decidiéndose los litigios por las Partidas y la Recopilación; cuando se piensa, con juicio, a nuestro entender, en conservar mejorada la nueva forma y, hasta donde es posible, el espíritu de las últimas prescripciones civiles decretadas ¿no valdría la pena de reunir a los abogados para que discutiendo se entendieran, y entendiéndose divulgaran, razonaran, y dieran solidez en la confianza pública a la obra ardua y necesaria de

⁶ **Recopilación de Leyes y Decretos Vigentes de Venezuela**, Tomo IV, Caracas, 1874, Imprenta de La Concordia, número 1645, p. 749. Se le encomendó también la formulación de un Código de Procedimientos Judiciales. El Decreto de **diez de octubre de 1868** había creado una Comisión con el encargo de preparar el Código Civil compuesta por el Doctor **José Manuel García**, el Licenciado **Manuel Cadenas Delgado**, **Cecilio Acosta** y **Ramón Fernández Feo**; y otra Comisión para elaborar el Código de Procedimientos Judiciales, integrada por el Licenciado **Luis Sanojo**, **Juan Pablo Rojas Paúl** y **Elías Michelena** (*El Federalista*, Caracas, número 1541, *catorce de octubre de 1868*).

una jurisprudencia requerida por nuestro hábitos y la fisonomía de los tiempos? La vacilación de los jueces, la discrepancia de sus fallos en presencia del Código civil será más temible y desastrosa, a proporción que los mandatos de aquél vayan alcanzando por el transcurso de los años a mayor número de actos y contratos de la vida social, haciendo así más inminente y saludable la creación de un foco que irradie clara luz sobre los complicados y trascendentales asuntos del derecho.⁷

11. Algún tiempo después, la Memoria presentada al Congreso por el Ministerio de Fomento, a cargo de **Nicanor Borges**, de fecha **treinta y uno de diciembre de 1868**, formuló las siguientes consideraciones:

Toca a los Legisladores de 1869 perfeccionar y consolidar la obra de nuestra rehabilitación política, sustituyendo en su plenitud el imperio de la Ley, base de progreso, al pretendido derecho de la fuerza, germen de desorganización y atraso. La marcha moral y material de la Nación exige urgentemente la reforma del Código Civil, no practicado en gran parte, por ser defectuoso, a pesar de haberse mandado observar desde el veintiocho de octubre de 1867. No podría ser de otro modo, atendidos el poco tiempo de que pudieron disponer para su formación los juriconsultos comisionados al efecto, y la ligereza con que fue sancionado por los Legisladores de 1867. En un pueblo esencialmente católico no se hacen lugar las leyes que contrarían las disposiciones de la Iglesia, o a ésta directa o indirectamente. Enhorabuena que haya tolerancia para las sectas y los usos y prácticas religiosas y civiles emanados de aquellas: esto lo permite el catolicismo y lo demanda la civilización del mundo; pero la razón y la conveniencia social aconsejan que los Legisladores católicos no alteren repentinamente las costumbres de un pueblo, ni lo expongan a riesgos y peligros nuevos, ya conduciéndolo, por lo menos, al desprecio de sus creencias, ya abriéndole ancha puerta para desobedecer la

⁷ *El Federalista*, Caracas, número 1599, veinticuatro de diciembre de 1868.

autoridad paterna que es la base de la sociedad y entre nosotros el fundamento principal de la moralidad, casi proverbial de nuestras familias. También aconsejan no entabrar la autoridad de los testadores sino, por el contrario, dar a éstos la mayor libertad posible para sus últimas disposiciones. El País tampoco se halla en el estado de ser regido por las disposiciones llamadas de crédito que contiene aquél Código. Aunque sin una buena legislación no puede haber prosperidad de ninguna especie, me limito sólo en este párrafo a anunciar lo que tiene una íntima relación con las materias asignadas al Despacho de este Ministerio.⁸

12. La Comisión Revisora de Códigos comenzó a publicar el resultado de sus trabajos en el diario *El Federalista* del **catorce de enero de 1869**, “con el debido permiso del Ejecutivo Nacional”, previa la siguiente nota explicatoria:

El Proyecto, que principia hoy a ver la luz pública, no está definitivamente aprobado por la Comisión, quien se reserva el derecho de modificarlo, si lo encontrase conveniente, siendo cabalmente el objeto de la publicación oír las observaciones que tengan a bien hacer las personas competentes en la materia. En tal concepto, se excita a todos a que dirijan a la Comisión, sea privadamente, sea por la prensa, las indicaciones que se les ocurran. Conoce la Comisión lo arduo de la empresa y por lo mismo quiere aprovecharse de las luces de todos para que la obra quede con la mayor perfección posible. Y no se

⁸ **Memoria del Ministerio de Fomento, 1869**, *Exposición Preliminar*, pp. V-VI. En consecuencia, llamó “la atención del Congreso a los títulos 2, 3, 5, 6 y 8 y a la sección 2ª, Título 15 del Libro 1º; a las Secciones 7, 9 y 13 del Título 1º Libro 3º; y a la 1ª del Título 5º del mismo Libro, y a las 9ª, título 4 y 3ª Título 17, Libro 4º y sus concordantes del Código citado”. Las materias indicadas por el Ministerio de Fomento se encontraban agrupadas bajo las siguientes denominaciones: *De los esponsales y del matrimonio*, *Del divorcio*, *Del modo de probar el matrimonio*, *De la paternidad y filiación*, *De la menor edad*, *De la mayor edad*, *De la capacidad para disponer y adquirir por testamento*, *De la sustitución*, *De la manda y legados*, *De la naturaleza de las donaciones entre vivos y de sus diferentes especies*, *De la rescisión de las obligaciones y Del simple préstamo*.

crea que al hablar de personas competentes, se quieran señalar únicamente los profesores del derecho. Es competente en la materia toda persona ilustrada, todo el que tenga conocimiento de nuestras costumbres, del estado general del país, de sus necesidades y recursos de todo género. ¡Cuántas veces una observación útil viene de un hombre extraño a toda ciencia, pero que por su posición particular, por su espíritu práctico y por mil otras circunstancias ha podido ver lo que se escapa a las veces a hombres que han estudiado con ahínco y con buen éxito la materia sobre que versa la observación! La Comisión quiere que el país tome parte, en cuanto esto sea posible, en la formación de su Ley civil, que regla y pone bajo la guarda de la sociedad muchos de los actos más importantes de la vida.⁹

13. Con vista de la tarea emprendida, el doctor **Ricardo Ovidio Limardo** escribió desde París:

En materia de codificación se inician asimismo trabajos importantes, atento a que el Código de Comercio y el civil, hechos de carrera, en medio de vaivenes políticos, y por lo tanto sin meditación ni concierto alguno, parecen calculados más bien para multiplicar los pleitos y enmarañar la legislación, que para disminuirlos y establecerla de un modo preciso y duradero... los trabajos de codificación no pueden hacerse como lo entienden algunas gentes: nada requiere mayor ciencia y meditación, como que las leyes disponen de la vida, honor y propiedad de ciudadanos y extranjeros, y en más de un punto conciernen las relaciones exteriores de los Estados.¹⁰

⁹ **El Federalista**, Caracas, número 1614, *catorce de enero de 1869*. Sin embargo, no fue publicado en su totalidad (**Gonzalo Parra-Aranguren**, *El Derecho Internacional Privado en el Proyecto de Código Civil Venezolano de 1869*, **Revista del Tribunal Supremo de Justicia**, Caracas, 2003, Número 9, pp. 91-181).

¹⁰ **Ricardo Ovidio Limardo**, **Legislación Comercial Comparada**, Tomo I, París, 1869, p. 287. A título informativo se indica que **Ricardo Ovidio Limardo** obtuvo título de Doctor en Derecho en la Universidad Central de Venezuela, con sede en Caracas, en 1852, pero abandonó el país nueve años después. Se instaló en París, con posterioridad trasladó su residencia a Madrid, fue el primer venezolano que ostentó la categoría de Miembro Correspondiente de la Real Academia de la Lengua (1864), y falleció en Caracas en 1907 (**Fundación Polar. Diccionario de Historia de Venezuela**, Tomo II, Caracas, Editorial Ex Libris, 1988, p. 696).

14. Las elecciones populares ordenadas el veintisiete de junio de 1868 por el Gobierno surgido de la *Revolución Azul* se realizaron dentro de las posibilidades que permitía la situación política del país. Sin embargo, el **dieciocho de noviembre de 1868** falleció su General en Jefe, **José Tadeo Monagas**, en quien se sabe por notoriedad que había votado para Presidente de la Unión gran parte de los Estados”, según se indica en el Considerando cuarto de la Resolución legislativa del **doce de febrero de 1869**.

15. En esa misma fecha se fijó día “a fin de que en vista de aquél desgraciado accidente resuelva el Congreso lo conveniente”.¹¹ La Resolución legislativa del **diecisiete de febrero de 1869** declaró insubsistente la elección presidencial realizada y el Acuerdo de **veinticuatro de mayo de 1869** fijó el primer domingo del siguiente mes de agosto de 1869 para la elección de Presidente de la República.¹²

16. No obstante frecuentes alteraciones del orden público, las elecciones presidenciales se realizaron en la fecha fijada, **primero de agosto de 1869**, habiendo resultado electo el General **José Ruperto Monagas**, aun cuando el escrutinio definitivo correspondía al Congreso.¹³ Sin

¹¹ **Recopilación de Leyes y Decretos Vigentes de Venezuela**, Tomo IV, Caracas, 1874, Imprenta de La Concordia, de Evaristo Fombona, número 1654, pp. 755-756. Asimismo se fijó el **veinte de febrero de 1869** para elegir Designados a la Presidencia de la República, habiendo sido electos el General **José Ruperto Monagas** y el doctor **Guillermo Tell Villegas**, Primero y Segundo Designado, respectivamente. El **veintitrés de febrero de 1869**, **Guillermo Tell Villegas**, Segundo Designado en ejercicio de la Presidencia de la República, de acuerdo con el artículo 4º de la resolución legislativa de doce del mismo mes, declaró vigente en todas sus partes la constitución federal de 1864 (**Recopilación de Leyes y Decretos Vigentes de Venezuela**, Tomo IV, Caracas, 1874, Imprenta de La Concordia, de Evaristo Fombona, número 1655, p. 756). A este respecto es de recordar su vigencia había sido dispuesta por el Decreto de **veintisiete de junio de 1868** lo mismo que “todas las leyes y decretos hasta hoy expedidos”, pero con una salvedad, “en lo que no se opongan al espíritu de la revolución” (**Recopilación de Leyes y Decretos Vigentes de Venezuela**, Tomo IV, Caracas, 1874, Imprenta de La Concordia, de Evaristo Fombona, número 1637, p. 743).

¹² **Recopilación de Leyes y Decretos Vigentes de Venezuela**, Tomo V, Caracas, 1874, Imprenta de La Concordia, de Evaristo Fombona, número 1704, p. 824.

¹³ La falta legal de los registros electorales impidió al Congreso, instalado el **catorce de marzo de 1870**, efectuar el escrutinio de las elecciones de Presidente, que habían resultado favorables al General **José Ruperto Monagas**; pero eligió Primer Designado a **Mateo Guerra Marcano**, quien no aceptó, y al doctor **Juan Vicente González Delgado**, como Segundo Designado a la Presidencia de la República (**Francisco González Guinán. Historia Contemporánea de Venezuela**, Tomo IX, Caracas, 1910, p. 309).

embargo, la normalidad no se restauró. Se cometieron faltas y errores, algunos funestísimos, del Gobierno y de sus opositores.¹⁴ Los adversarios se agruparon alrededor del General **Antonio Guzmán Blanco**; y el grave tumulto con ocasión de una reunión social ofrecida a sus amistades a mediados del mismo agosto, constituyó “el mayor de los escándalos que ha presentado la sociedad de Caracas, sin que ocurriese a impedirlo ningún funcionario público”.¹⁵ El anfitrión consideró el atropello como una declaratoria de guerra. Exilado en Curazao organizó la revolución que, después de diversas peripecias y del fracaso de los esfuerzos conciliadores, hizo su entrada triunfal en Caracas.

17. El mismo día, **veintisiete de abril de 1870**, el General **Antonio Guzmán Blanco** convocó la reunión de un Congreso de Plenipotenciarios a fin de elegir Presidente Provisional de la República; y en el artículo quinto del respectivo decreto fue dispuesto:

Quedan desconocidos por la Revolución Federal que presido, todas las elecciones, leyes y contratos, decretos, resoluciones y demás actos expedidos desde el veintiocho de junio de 1868, hasta el día de hoy, que he ocupado la capital.¹⁶

¹⁴ **L. Level de Goda. Venezuela Política y Militar (1858-1866). Estudio Preliminar**, Tomo I, Caracas, Imprenta Nacional, 1954, p. XX.

¹⁵ **Francisco González Guinán. Historia Contemporánea de Venezuela**, Tomo IX, Caracas, 1910, p. 233.

¹⁶ **Recopilación de Leyes y Decretos Vigentes de Venezuela**, Tomo V, Caracas, 1874, Imprenta de La Concordia, de Evaristo Fombona, número 1714, p. 2. Posteriormente, “para su inteligencia y exacto cumplimiento”, la Resolución del **ocho de noviembre de 1872**, comunicada por el Ministerio del Interior y Justicia al Presidente Provisional del Estado Maturín siguiendo instrucciones del Presidente de la República, hizo la siguiente aclaratoria: “La disposición del artículo 5º del decreto de 27 de Abril, desconociendo todas las elecciones, leyes, contratos, decretos, resoluciones y demás actos expedidos y celebrados desde el 28 de junio de 1868 hasta aquella fecha, sólo se refiere a actos puramente administrativos o a contratos celebrados por autoridades públicas; de ninguna manera pueden hacerse extensivos sus efectos hasta anular o alterar las sentencias y decretos judiciales en asuntos entre partes, ni los contratos que ellos hayan celebrado en uso de sus derechos, sino cuando estos actos adolecen de vicios que los invaliden, y esto por los caminos que las mismas leyes demarcan” (**Recopilación de Leyes y Decretos Vigentes de Venezuela**, Tomo V, Caracas, 1874, Imprenta de La Concordia, de Evaristo Fombona, número 1714 a, p. 2).

18. De esta manera resultó afectado el decreto del **veintiocho de octubre de 1868** que había creado la Comisión Revisora del Código Civil, cuyos trabajos fueron divulgados en forma parcial, a comienzos de 1869, en varios ejemplares del periódico **El Federalista** en la ciudad de Caracas.¹⁷

19. Fue sólo dos años más tarde, el **nueve de septiembre de 1872**, cuando el mismo General **Antonio Guzmán Blanco** dictó un Decreto con fundamento en el siguiente Considerando:

Que ya es de imperiosa necesidad el arreglo de la legislación en sus diferentes ramos, con el fin de uniformarla y adoptarla a nuestras instituciones y al progreso y civilización de nuestra época.¹⁸

20. En consecuencia creó una *Comisión General de Códigos*, dividida en cuatro Secciones. La Primera Sección, con el encargo de preparar un Proyecto de Código Civil, originalmente estuvo compuesta por los doctores **Diego Bautista Barrios**, **José Reyes Piñal** y **Ramón F. Feo**;¹⁹ con posterioridad fueron incluidos el doctor **Diego Bautista Urbaneja** y el Licenciado **Luis Sanojo**.²⁰ La Revisión del Código de

¹⁷ En vista de estos acontecimientos resulta insólito que cinco semanas antes, en su mensaje al Congreso Nacional de fecha **catorce de marzo de 1870**, con el carácter de Segundo Designado Encargado de la Presidencia de la República, el doctor **Guillermo Tell Villegas** se refiriera a la designación por el Ejecutivo Provisional de las comisiones para la formación del Código Penal y revisión del Civil, con el ofrecimiento de que “os serán presentados sus trabajos”; y que, no obstante el estado de anarquía reinante en el país, agregara: “Yo espero que les prestéis deferente atención, a fin de que la República tenga una legislación propia, y cesen los graves inconvenientes que en la práctica ha presentado el Código Civil sancionado en 1867” (**Presidencia de la República. Mensajes Presidenciales**. Tomo I. 1830-1875. Recopilación, Notas y Estudio Preliminar preparados por el doctor **Antonio Arellano Moreno**. Caracas, Talleres Italgráfica, 1975, p. 323).

¹⁸ **Recopilación de Leyes y Decretos Vigentes de Venezuela**, Tomo V, Caracas, 1874, Imprenta de La Concordia, número 1764, p. 149.

¹⁹ **Ramón F. Feo** es el mismo **Ramón Fernández Feo**, miembro de la Comisión creada el **diez de octubre de 1868**, reformada el **veintiocho de octubre de 1868**.

²⁰ El doctor **Diego Bautista Urbaneja** había sido el Ministro de Estado en lo Interior y Justicia que suscribió el Decreto de nueve de septiembre de 1872 creando la Comisión General de Códigos. El historiador **Francisco González Guinán** indica como miembros de la Comisión Revisora del Código Civil a los doctores **Diego Bautista Urbaneja**, **José Reyes Piñal**, **Luis Sanojo** y **Ramón F. Feo** (**Historia Contemporánea de Venezuela**, Tomo X, Caracas, 1910, pp. 125, 147). Según advierte el doctor **Luis I. Bastidas** omite al doctor **Diego Bautista Barrios**, pero considera que “el caso se debe a un lapsus de amanuense o de imprenta por la concurrencia, dos veces, del nombre Diego Bautista” (*Historia del Código Civil Venezolano*, **Boletín de la Biblioteca de los Tribunales del Distrito Federal**, número 9, Caracas, 1959, p. 45).

Comercio fue encomendada a la Segunda Sección, compuesta por el Licenciado **Manuel Cadenas Delgado** y el ciudadano **Isaac J. Pardo**; la Tercera Sección, integrada por el doctor **Juan Pablo Rojas Paúl** y el Licenciado **Cecilio Acosta**, debía examinar el Código Penal; y la Cuarta Sección, a cargo del General **Felipe Esteves**, quedó encargada de preparar el Código Militar. Cada una de las Secciones debía formar el respectivo Código de Procedimiento.²¹

21. El Decreto de nueve de septiembre de 1872 previno que las Secciones “se constituirán en Comisión General para la armonía de sus trabajos, cada vez que cualquiera de ellas lo juzgue necesario” (artículo cuarto); y les ordenó dar cuenta mensual de sus trabajos al Ministerio del Interior y Justicia (artículo quinto).²²

22. Una vez concluidos los trabajos, el General **Antonio Guzmán Blanco**, “en uso de las facultades que me confirió el Congreso de Plenipotenciarios de los Estados, reunido en Valencia, por acuerdo de doce de julio de 1870”, con el carácter de Presidente provisional de la República y General en Jefe de sus Ejércitos, promulgó el Código Civil el **veinte de febrero de 1873**, vigente a partir del veintisiete de abril del mismo año, a tenor de su artículo 1921.²³

²¹ **Recopilación de Leyes y Decretos Vigentes de Venezuela**, Tomo V, Caracas, Imprenta de la Opinión Nacional, 1874, número 1764, p. 149. La Comisión creada el **veintiocho de octubre de 1868** para revisar el Código Civil estuvo compuesta por los mismos jurisconsultos a quienes en 1872 se encomendó la revisión de los Códigos Civil, de Comercio y Penal, a saber, **Luis Sanojo**, **Manuel Cadenas Delgado**, **Cecilio Acosta**, **Juan Pablo Rojas Paúl** y el doctor **Ramón Fernández Feo**. En 1868 no se contempló la elaboración de un Código Militar y la preparación del Código Penal fue encomendada a los ciudadanos Doctor **Juan Manuel García**, Doctor **Mariano de Briceño** y Licenciado **Francisco Cobos Fuertes**. (**Recopilación de Leyes y Decretos Vigentes de Venezuela**, Tomo IV, Caracas, 1874, Imprenta de La Concordia, de Evaristo Fombona, número 1645, p. 749).

²² **Recopilación de Leyes y Decretos Vigentes de Venezuela**, Tomo V, Caracas, Imprenta de la Opinión Nacional, 1874, número 1764, p. 149.

²³ En esa misma fecha, **veinte de febrero de 1873**, fue sancionado el Código de Procedimiento Civil, también con vigencia a partir del veintisiete de abril de 1873 que, de acuerdo con su artículo 557, derogó el Código de Procedimiento Judicial del diecinueve de mayo de 1836 con todas las reformas posteriores. Según informa **Francisco González Guinán**, “la pluma con que firmó los Códigos, el General Presidente la regaló a su Secretario, General **Lino Duarte Level**” (**Historia Contemporánea de Venezuela**, Tomo IX, Caracas, 1910, p. 166, nota 2).

II. APRECIACIÓN GENERAL DEL CÓDIGO

23. **Cecilio Acosta**, miembro de la Sección Tercera, en artículo publicado el **nueve de noviembre de 1877** informa sobre la elaboración de los Códigos Nacionales en los términos siguientes:

En primer lugar, hay que saber que para redactarlos se nombró una comisión general de jurisconsultos respetables, yo el último de ellos, para que, si bien divididos en secciones, cada cual con su trabajo, viesan, estudiaran y sancionasen con su voto los trabajos de todos, y fuesen éstos la obra del pensamiento, el juicio y la responsabilidad común. Así debía ser en una labor tan difícil, tan llena de contradicciones, opiniones y dudas, que debía dar por fruto el planeamiento de una institución nueva en el país, y para la cual no se acordó sino el tiempo de nueve meses, que bastaron, con asidua contracción y laudables esfuerzos, para darle completa cima.²⁴

24. De inmediato agrega **Cecilio Acosta**:

Hubo entre los compañeros la mejor armonía, el celo más patriótico, el deseo más intenso de acertar, como de ver a Venezuela dotada con una legislación propia; se consultaron, según se hace en estos casos, los códigos mejores y los maestros de la ciencia, se acumuló doctrina legal, se la ajustó a las instituciones y necesidades del país; y así se explica como en tan corto espacio se haya podido levantar un edificio que en otras partes exige tres, cuatro, ocho y más años de tiempo.²⁵

25. El doctor **Cecilio Acosta** también informa:

El Código civil italiano, entre otros, entre mil que se consultaron, como sirvieron los maestros de jurisprudencia, para que

²⁴ **Cecilio Acosta**. *Códigos Nacionales, Obras*, Tomo IV, Caracas, Editorial El Cojo, 1909, p. 188.

²⁵ **Cecilio Acosta**. *Códigos Nacionales, Obras*, Tomo IV, Caracas, Editorial El Cojo, 1909, p. 189.

los sabios jurisconsultos venezolanos redactasen, acompañado todo esto con sus profundos conocimientos previos en la materia y con su ilustrada experiencia, el código civil de la misma materia que hoy rige; pero nada, absolutamente nada tiene ese Código de Italia, ni su Código penal qué hacer con el de la misma especie venezolano. Decir lo contrario es hablar de memoria, o mejor dicho, hablar al aire a ver si hay bobos a quienes embaucar. Cuesta mucho trabajo, suponiendo el ingenio, saber estas cosas, cuyo conocimiento no revelan ni palabras huecas, ni vano follaje.²⁶

26. Estas últimas indicaciones han sido objeto de crítica. En efecto, el doctor **Tito Gutiérrez Alfaro** se pregunta “¿Cuáles serían esos MIL Códigos consultados?”; y de inmediato comenta:

Ni siquiera en lenguaje hiperbólico podría aceptarse la osada afirmación de Acosta, quien había figurado entre los miembros de la Comisión general codificadora de 1873. La gravedad de su aserto debe valorarse en relación a su carácter de codificador. De otra parte, su juicio es inexacto. Una simple comparación de los dos códigos bastaría para demostrar la influencia que el modelo italiano tuvo en el Código Civil de 1873.²⁷

27. Idéntica afirmación hace el Licenciado **Luis Sanojo**, miembro de la Comisión General de Códigos. En su criterio sobre el modelo italiano “está calcado nuestro Código”; aun cuando también advierte que el texto italiano “no es más que una revisión independiente del Código Napoleón”, con el comentario adicional de que “esta revisión es una obra verdaderamente notable, sobre todo por su extraordinaria moderación, testimonio irrefragable de una gran fuerza.”²⁸

²⁶ **Cecilio Acosta**. *Códigos Nacionales, Obras*, Tomo IV, Caracas, Editorial El Cojo, 1909, p. 192.

²⁷ **Tito Gutiérrez Alfaro**. *Historia de la Codificación Civil en Venezuela*, **Revista Jurídica**, Caracas, 1933, Números 43-44-45, Nota 10, pp. 232-233.

²⁸ **Luis Sanojo**. *Instituciones de Derecho Civil venezolano*, Tomo I, *Prólogo*, Caracas, 1873, p. XI; reproducido en la **Revista del Ministerio de Justicia**, número 29, Caracas, 1959, pp. 57-65.

28. En el mismo sentido el doctor **Nicomedes Zuloaga** afirma a finales del siglo XIX:

La Comisión del Código Civil adoptó como modelo, en nuestra opinión con notable acierto, el Código civil italiano. Este Código, redactado en 1864 por los más ilustres jurisconsultos de aquella gran patria del derecho civil, era el mejor de la época y quizá lo es aún; es en general el Código inmortal de Napoleón, sabiamente mejorado.²⁹

29. El doctor **Nicomedes Zuloaga** comenta asimismo:

Los codificadores de 1873, jurisconsultos notables como eran, sabían muy bien que en esas materias no se improvisa, y no por la vana ostentación de parecer originales, iban a comprometer la legislación nacional. Al proceder así, a las ventajas de poseer una legislación buena, se unía la de unificarla en gran parte con la de naciones poderosas, lo que debía contribuir a nuestras más fáciles relaciones civiles y comerciales con ellas y la mayor aún de poseer desde luego todo el tesoro de su doctrina jurídica y de su jurisprudencia para interpretar las leyes que íbamos a darnos.³⁰

²⁹ **Nicomedes Zuloaga**. *Códigos y Leyes, Primer Libro Venezolano de Literatura, Ciencias y Artes, Ofrenda al Gran Mariscal de Ayacucho*, Caracas, 1895; reproducido en *La Doctrina Positivista*, Tomo II, Presidencia de la República, Pensamiento Político Venezolano del Siglo XIX. Textos para su Estudio. Volumen 14, Caracas. 1961, Editorial Arte, p. 462; **Nicomedes Zuloaga**. *Datos Históricos sobre la Codificación en Venezuela*, Prefacio de la obra *Código Civil Concordado*, reproducido en la *Revista del Ministerio de Justicia*, número 29, Caracas, 1959, p. 40. Palabras similares reproduce **Amenodoro Rangel Lamus** cuando afirma: “Era el Código de Napoleón, pero con reformas sustanciales que hicieron fuera considerado como el mejor de la época. Dominó en él el mismo espíritu individualista del Código francés. Fueron corregidas formulaciones que aparecían imprecisas en éste...” (*El Código Civil de 1873 y sus Antecedentes Legales, Código Civil sancionado por el General Guzmán Blanco, Presidente Provisional de la República y General en Jefe de sus Ejércitos. Edición Oficial. Caracas. Imprenta Nacional. 1873*, Edición del Congreso de la República, conmemorativa del Centenario del Código Civil decretado en febrero de 1873, Caracas, Venezuela, 1973, p. XVII).

³⁰ **Nicomedes Zuloaga**. *Códigos y Leyes, Primer Libro Venezolano de Literatura, Ciencias y Artes, Ofrenda al Gran Mariscal de Ayacucho*, Caracas, 1895; reproducido en *La Doctrina Positivista*, Tomo II, Presidencia de la República, Pensamiento Político Venezolano del Siglo XIX. Textos para su Estudio. Volumen 14, Caracas. 1961, Editorial Arte, pp. 462-463; **Nicomedes Zuloaga**. *Datos Históricos sobre la Codificación en Venezuela*, Prefacio de la obra *Código Civil Concordado*, reproducido en la *Revista del Ministerio de Justicia*, número 29, Caracas, 1959, p. 40.

30. Por su parte, **Gustavo Manrique Pacanins** sostiene en forma categórica:

La promulgación del Código Civil del 1873 permitió al Código Napoleón influir en el fondo sentimental indo-hispánico de nuestro pueblo, para crear una conciencia jurídica que no teníamos y que ha venido cada día fortaleciéndose más en el país, como lo demuestra el hecho de que todavía nos rige el Código civil del 73... Venezuela tiene que agradecer a Francia la formación de nuestra conciencia jurídica, amamantada y sostenida por el derecho francés, que los codificadores del 73 comenzaron a enseñarnos al adoptar el Código Napoleón a nuestro país. Merecen bien de la patria los codificadores del 73 y Antonio Guzmán Blanco.³¹

31. La influencia del Código civil italiano de 1865 sobre el venezolano de 1873 ha sido afirmada, en términos favorables, por sus comentaristas.³² No obstante, ciertos sectores de la opinión jurídica formularon críticas adversas por considerarlo una copia de su modelo italiano; pero a este respecto **Cecilio Acosta** hizo los siguientes señalamientos:

Es otro error que da lástima, atacar a una legislación porque ha tomado por modelo otra. No puede ser de otra manera,

³¹ **Gustavo Manrique Pacanins**. *Influencia del Código Napoleón en Venezuela*, *Revista de Derecho y Legislación*, Caracas, 1935, Tomo XXIV, Números 290 y 291, pp. 130-131.

³² **Aníbal Dominici**. *Comentarios al Código Civil Venezolano (reformado en 1896)*, Tomo I, Caracas, 1897, *Prólogo*, pp. XVIII-XIX; **José Enrique Machado**. *Historia del Código Civil venezolano*, Tesis de Grado, Caracas, 1934, p. 11, reproducida en *Revista de Derecho y Legislación*, Caracas, 1940, Tomo XXIX, Números 344-345-346; **Gustavo Manrique Pacanins**. *Influencia del Código Napoleón en Venezuela*, *Revista de Derecho y Legislación*, Caracas, 1935, Tomo XXIV, Números 290 y 291, p. 131; **Luis I. Bastidas**. *Historia del Código Civil Venezolano*, *Boletín de la Biblioteca de los Tribunales del Distrito Federal*, número 9, Caracas, 1959, p. 46; **José Muci Abraham**, *Esquema de la Codificación Civil Venezolana*, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela*, Número 8, Caracas, Editorial Sucre, 1956, p. 270-271; **José Alberto Zambrano Velasco**, *Introducción a la Teoría de las Obligaciones*, *Revista del Ministerio de Justicia*, número 41, Año 1962, p. 112; **José Alberto Zambrano Velasco**. *Teoría General de la Obligación. Parte General de la Obligación. La Estructura*, Editorial Arte, Caracas, 1985, pp. 83-84.

porque *las leyes, tanto sociales como naturales no se inventan sino que se hallan*,... el que tiene algún conocimiento en este asunto aunque no sea abogado, si toma una colección de códigos verá con harta frecuencia, en las varias columnas y en las líneas horizontales paralelas, artículos, o idénticos, o parecidos o repetidos de legislación a legislación... Lo que sucede es que estos practicones de la política, estos bachilleres de burocracia, estas polillas de archivos que creen que los conocen porque han estado en ellos, estos eruditos del Instructor y la Colmena y cuando más de las Ruinas de Palmira, estos tráfugas de todas las ideas y defensores de los odios cuando triunfan, se creen autorizados para hablar de todo contando con su petulancia como su ciencia y con su desvergüenza como título. Ya el tiempo les pasó y lo van a ver: no siempre es noche de crimen y agosto de lo ajeno.³³

32. Por lo demás la doctrina patria no ha escatimado el señalamiento de las diferencias existentes entre ambos cuerpos legales. En este sentido, el Licenciado **Luis Sanojo** indicó:

La Comisión redactora del Código Civil de Venezuela se ha separado a veces de tan gran modelo, acaso no ha sido feliz siempre en estas variaciones; pero siempre ha seguido su espíritu y su sistema general.³⁴

33. El doctor **Nicomedes Zuloaga** precisa también que no constituye una mera copia del Código Civil italiano de 1865, pues los codificadores “se separaron en no pocos puntos de él, ya para amoldarlos a nuestras costumbres o para hacerle aquellas reformas que juzgaron lo mejora-

³³ **Cecilio Acosta**. *Códigos Nacionales, Obras*, Tomo IV, Caracas, Editorial El Cojo, 1909, pp. 192, 194-195.

³⁴ **Luis Sanojo**. *Instituciones de Derecho Civil venezolano*, Tomo I, *Prólogo*, Caracas, 1873, p. XIII.

ban”;³⁵ y **José Enrique Machado** afirma que “es un verdadero avance en la legislación patria”.³⁶

34. Por su parte, el doctor **Luis I. Bastidas** sostiene que el Código de 1873 tiene “fisonomía propia, porque en él se encuentra originalidad sensata al lado de acertada transformación y adaptación del modelo”; y agrega que “es, entre nosotros, un verdadero monumento legislativo” con la advertencia expresa de que el mérito de la Comisión codificadora no sólo consiste en la elección del modelo, “sino principalmente en la labor de adaptación, mediante modificaciones, supresiones, adiciones y disposiciones nuevas”.³⁷

35. De la misma manera el doctor **Amenodoro Rangel Lamus** advierte:

El legislador del 73 no se limitó a copiar pura y simplemente el Código que tomó como modelo, sino que en muchas de sus disposiciones realizó una labor útil de adaptación a las circunstancias del medio. Algunas adiciones, supresiones y aún modificaciones al texto del Código italiano, no fueron siempre felices... Sea como fuere, es preciso reconocer que el Código de 1873 constituye un verdadero monumento legislativo, pues a través de todas las reformas a que ha estado sujeto desde entonces nuestro ordenamiento civil, muchas de las reglas de aquél Código, aun en instituciones de carácter fundamental, todavía conservan su vigencia. Es que por temerario que sea un reformador, no puede nunca hacer tabla rasa de la obra

³⁵ **Nicomedes Zuloaga**. *Códigos y Leyes, Primer Libro Venezolano de Literatura, Ciencias y Artes, Ofrenda al Gran Mariscal de Ayacucho*, Caracas, 1895; reproducido en *La Doctrina Positivista*, Tomo II, Presidencia de la República, Pensamiento Político Venezolano del Siglo XIX. Textos para su Estudio. Volumen 14, Caracas. 1961, Editorial Arte, p. 464; **Nicomedes Zuloaga**. *Datos Históricos sobre la Codificación en Venezuela*, Prefacio de la obra *Código Civil Concordado*, reproducido en la *Revista del Ministerio de Justicia*, número 29, Caracas, 1959, p. 40.

³⁶ **José Enrique Machado**. *Historia del Código Civil venezolano*, Tesis de Grado, Caracas, 1934, p. 11.

³⁷ **Luis I. Bastidas**. *Historia del Código Civil Venezolano*, *Boletín de la Biblioteca de los Tribunales del Distrito Federal*, número 9, Caracas, 1959, pp. 46-47.

legislativa que han realizado otras generaciones. Podría decirse que los Códigos actuales, como expresa un tratadista francés, si no se considera sino su data, son de este siglo, pero si se considera su contenido, son el resultado de una lejana y lenta elaboración. El estado del derecho nacional en un momento determinado, no es sino el resultado y el desarrollo de lo que ha precedido.³⁸

36. Asimismo de señalar la influencia directa del General **Antonio Guzmán Blanco**, Jefe Supremo del Gobierno, en la redacción de algunos de sus preceptos, como lo destacan miembros de la Comisión Codificadora.

37. En este sentido **Cecilio Acosta** advierte con relación al Código Civil de 1873:

Algunas faltas sí tiene gravísimas, las cuales fueron obra del Jefe entonces de la Administración Pública, contra el voto pronunciado y resistente, hasta donde cabe en quienes no tenían poder, de todos los codificadores.³⁹

38. De igual modo el Licenciado **Luis Sanojo** informa que el Código Civil fue discutido,

en su mayor parte, con el Jefe de la Nación, y éste, digámoslo de paso, cedió de sus opiniones en muchos puntos a las observaciones de la Comisión, y las sostuvo en otros, consignándolas en el Código.⁴⁰

39. No obstante, los miembros de la Comisión Codificadora han reconocido el desfavorable impacto en el resultado de los trabajos como con-

³⁸ **Amenodoro Rangel Lamus**. *El Código Civil de 1873 y sus Antecedentes Legales, Código Civil sancionado por el General Guzmán Blanco, Presidente Provisional de la República y General en Jefe de sus Ejércitos. Edición Oficial. Caracas. Imprenta Nacional. 1873*, Edición del Congreso de la República, conmemorativa del Centenario del Código Civil decretado en febrero de 1873, Caracas, Venezuela, 1973, p. XVII.

³⁹ **Cecilio Acosta**. *Códigos Nacionales, Obras*, Tomo IV, Editorial El Cojo, Caracas, 1909, p. 190. A título de ejemplo menciona la obligación de pagar daños y perjuicios en el caso de ruptura de los esponsales consagrada en el artículo 65 del Código Civil.

⁴⁰ **Luis Sanojo**. *Instituciones de Derecho Civil venezolano*, Tomo I, Caracas, 1873, p. VIII.

secuencia del escaso tiempo que les fue concedido para la terminación de sus trabajos. **Luis Sanojo** admite la existencia de defectos, “que eran muy naturales, atendido el corto tiempo empleado en su redacción”,⁴¹ y el doctor **Cecilio Acosta** comenta:

defectos tendrá, que vendrá a descubrir el tiempo, como los descubre en toda obra humana; pero que ni pudieron preverse en su redacción tan precipitada, ni revelan otra cosa sino la conveniencia y necesidad de ir tomando de la experiencia las luces que ésta dé para mejor.⁴²

III. LA REGULACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

40. El Código Civil se compone de 1922 artículos, enumerados en forma corrida, distribuidos en un Título Preliminar y en tres Libros, que siguen la división de las Instituciones de Gayo –*personae, res, actionae*– adoptada por el Código Civil italiano, los cuales se componen de Títulos, a su vez divididos en Secciones y éstas en párrafos. En materia de Derecho internacional privado, en sentido amplio, incluyó normas sobre nacionalidad, condición de los extranjeros, derecho procesal civil internacional y escogencia de la ley aplicable a los casos conectados con varios ordenamientos jurídicos simultáneamente vigentes.

41. En seguimiento de la doctrina francesa, la concepción amplia del objeto del Derecho Internacional Privado era dominante en el medio jurídico venezolano de la época. Aproximadamente año y medio después de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil, el Decreto de **veinticuatro de agosto de 1874**,⁴³ complementario de la Ley de **seis de junio de 1874** que estableció siete Ministerios para el Des-

⁴¹ **Luis Sanojo**. *Instituciones de Derecho Civil venezolano*, Tomo I, Caracas, 1873, pp. V-VI.

⁴² **Cecilio Acosta**. *Códigos Nacionales, Obras*, Tomo IV, Caracas, Editorial El Cojo, 1909, p. 189.

⁴³ **Recopilación de Leyes y Decretos Vigentes de Venezuela**, Tomo VII, Caracas, 1884, Imprenta de La Opinión Nacional, número 1893 (a), pp. 195-196.

pacho de los diversos ramos de la Administración Pública,⁴⁴ dispuso que el Ministerio de Relaciones Exteriores estaría compuesto de dos Direcciones, denominadas, una Derecho público exterior, y otra Derecho internacional privado.

42. De acuerdo con su artículo cuarto correspondió a la Dirección de Derecho Internacional Privado todo lo relativo a los siguientes asuntos:

Estatuto personal - Estatuto Real - Reglas que rigen los contratos - Principios sobre bienes muebles e inmuebles - Principios sobre la Ley del Domicilio - Nacionalidad - Expatriación - Efectos extra-territoriales de las leyes - Jurisdicción civil y criminal - Valor extra-territorial de los actos jurisdiccionales - Derechos y Deberes de los extranjeros domiciliados y de los transeúntes - Principios sobre las disposiciones testamentarias y legítimas.

43. De seguida especificó el párrafo único del mismo artículo cuarto:

A esta Dirección se agregará además lo relativo a los Consulados y agentes comerciales - Su organización - Patentes y Exequátur - Privilegios, exenciones y deberes de los cónsules - Jurisdicción que ejercen; y cualquiera otra materia no especificada en la Dirección de Derecho Público interior.⁴⁵

⁴⁴ **Recopilación de Leyes y Decretos Vigentes de Venezuela**, Tomo VII, Caracas, 1884, Imprenta de La Opinión Nacional, número 1893, p. 195.

⁴⁵ **Recopilación de Leyes y Decretos Vigentes de Venezuela**, Tomo VII, Caracas, 1884, Imprenta de La Opinión Nacional, número 1893 (a), pp. 195-196. De acuerdo con el artículo tercero del Decreto de **veinticuatro de agosto de 1874** "corresponde a la Dirección de Derecho público exterior, todo lo concerniente a la igualdad, independencia y soberanía de la Nación - el dominio y el imperio - Límites territoriales - Inviolabilidad del territorio - Jurisdicción territorial marítima - Derecho fluvial - Reconocimiento de beligerancia en guerra civil - Reconocimiento de independencia - Celebración, cumplimiento, interpretación y denuncia de tratados públicos - Negociaciones diplomáticas - Reclamaciones diplomáticas - Derechos de Legación - Inmunidades, privilegios y deberes de los Ministros públicos - Documentos relativos a su carácter - Su presentación y recepción - Pasaportes diplomáticos - Despedida - Arreglos amistosos de las cuestiones internacionales - Toma de posesión en países desiertos - Retorsión - Asilo - Extradición - Naufragio. # único. En estado de guerra corresponde a esta Dirección todo lo concerniente a Represalias - Rompimiento de hostilidades - Hostilidades contra las personas y las cosas del enemigo - Canje y rescate de prisioneros de guerra - Corsarios - Presas - Juzgado de presas - Derecho de postliminio - Represas - Derechos y obligaciones de los neutrales - Tránsito de fuerzas beligerantes por tierra o aguas neutrales - Restricción al comercio neutral - Negociaciones relativas al estado de guerra".

IV. LA NACIONALIDAD

44. Las normas sobre nacionalidad se encuentran en el Título Primero del Código Civil, que trata *De las Personas en General, y de las Personas en cuanto a su Nacionalidad y Domicilio*, en el Libro Primero (*De las Personas*).

45. Su Sección Segunda, titulada *De las Personas en cuanto a su Nacionalidad*, se inicia declarando que “las personas son venezolanas o extranjeras” (artículo décimo quinto); y el artículo décimo agrega: “Son venezolanos los que la Constitución de la República declara tales”.

46. La referencia es a la Constitución del **veintidós de abril de 1864**,⁴⁶ que dispuso:

Artículo 6. Son venezolanos:

1° Todas las personas que hayan nacido o nacieren en el territorio de Venezuela, cualquiera que fuere la nacionalidad de sus padres.

2° Los hijos de madre o padre venezolanos que hayan nacido en otro territorio, si vinieren a domiciliarse en el país y expresaren la voluntad de serlo.

3° Los extranjeros que hayan obtenido carta de nacionalidad;⁴⁷ y

4° Los nacidos o que nazcan en cualquiera de las Repúblicas Hispano-americanas o en las Antillas españolas, siem-

⁴⁶ **Recopilación de Leyes y Decretos Vigentes de Venezuela**, Tomo V, Caracas, 1874, Imprenta de La Concordia, número 1423, pp. 295-296.

⁴⁷ La materia fue regida por la Ley del **trece de junio de 1865** (Recopilación verificar) (**Gonzalo Parra-Aranguren**, *La Ley de Naturalización de 1865 y la Constitución Federal de 1864*, **Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello**, Caracas, 1972, Número 13, pp. 9-116; reproducido en *La Nacionalidad Venezolana. I: Antecedentes Históricos*, Caracas, 1983, pp. 313-404).

pre que hayan fijado su residencia en el territorio de la Unión y quieran serlo.⁴⁸

47. Seguidamente agregó el artículo séptimo:

No pierden el carácter de venezolanos los que fijen su domicilio y adquieran nacionalidad en país extranjero.⁴⁹

48. De inmediato el Legislador de 1873 reguló las consecuencias del matrimonio sobre la nacionalidad de la mujer casada, aun cuando se abstuvo de transcribir las soluciones consagradas en los Códigos Civiles francés de 1804 e italiano de 1865.⁵⁰

49. En efecto, de acuerdo con su artículo dieciocho:

La extranjera que se casare con un venezolano, adquirirá los derechos civiles propios de los venezolanos y los conservará, mientras permanezca casada.⁵¹

⁴⁸ **Gonzalo Parra-Aranguren.** *Los principios atributivos de nacionalidad en la Constitución Federal de 1864*, **Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello**, Caracas, 1971, Número 12, pp. 9-128; reproducido en **La Nacionalidad Venezolana. I: Antecedentes Históricos**, Caracas, 1983, pp. 209-313.

⁴⁹ **Gonzalo Parra-Aranguren.** **La Nacionalidad Venezolana Originaria.** Tomo I, Caracas, 1964, Imprenta Universitaria, pp. 263-278.

⁵⁰ Según informa **Alexander N. Makarov**, el Código Civil de Francia incluyó normas sobre la nacionalidad de las personas porque constituía un presupuesto necesario para el goce de los derechos civiles, en principio reservados a los franceses; y debido a la falta de determinación constitucional el Legislador se vio precisado a definir quiénes eran franceses. Razones similares son válidas para los Códigos civiles de Las Dos Sicilias, de **veintiséis de marzo de 1819**, de Parma, Piazencia y Gustalla, de **veintitrés de marzo de 1820**, y de Sardeña en Tierra Firme (Código Albertino) de **veinte de junio de 1837**. El Código Civil italiano del **veinticinco de junio de 1865**, vigente a partir del primero de enero de 1866, reguló la nacionalidad por un motivo diferente, a saber, la ausencia de preceptos sobre la materia en la Constitución de Piemonte, cuya vigencia se extendió a toda Italia, y la cual refería la materia a las disposiciones del Código Albertino (**Allgemeine Lehren des Staatsangehörigkeitsrechts**, Tübingen, 1962, pp. 103-110, 119-120).

⁵¹ El régimen establecido por el artículo dieciocho del Código Civil venezolano de 1873 se mantuvo en sus reformas de 1880, 1896 y 1904; pero el artículo octavo de la Constitución del **veintisiete de abril de 1904**, en el inciso cuarto de su letra (b), incluyó entre los venezolanos por naturalización a “la extranjera casada con venezolano mientras dure el vínculo matrimonial, debiendo para continuar con el carácter de tal, disuelto el vínculo, hacer la manifestación a que se refiere el artículo siguiente, dentro del primer año de terminado aquél”; y en su artículo quince previno: “La manifestación de voluntad de ser venezolano debe hacerse por ante el Registrador

50. Por tanto el Código Civil de 1873 se separó del régimen establecido en el Proyecto de 1869, inspirado en el Código Civil italiano de 1865, que permitía a la mujer extranjera casada con venezolano conservar los derechos propios de los venezolanos “aún después de viuda”.⁵²

51. Por otra parte, el artículo diecinueve dispuso:

La venezolana que se casare con un extranjero, se reputará como extranjera, respecto de los derechos propios de los venezolanos, siempre que por el hecho del matrimonio adquiera la nacionalidad del marido, y mientras permanezca casada.

52. En consecuencia el Legislador de 1873 dispuso la recuperación automática de la nacionalidad venezolana de la mujer, una vez disuelto el vínculo matrimonial; a diferencia del Proyecto de 1869 que, en seguimiento del artículo décimo cuarto del Código Civil italiano de 1865, le

Principal de la jurisdicción en que el manifestante establezca su domicilio, y aquél, al recibirla, la extenderá en el Protocolo respectivo y enviará copia de ella al Ejecutivo Nacional para su publicación en la Gaceta Oficial”. A partir del **veintisiete de abril de 1904** las consecuencias del matrimonio sobre la nacionalidad de la mujer extranjera casada con venezolano se establecieron en forma simultánea en la Constitución y en el Código Civil, aun cuando en 1916 el régimen de este último se ajustó al texto constitucional. La dualidad de regulación se mantuvo en el Código Civil del **trece de julio de 1922**; pero las normas respectivas fueron suprimidas en el Código Civil del **trece de agosto de 1942** en virtud de la sentencia pronunciada el **veinticinco de septiembre de 1937** por la Sala Política y Administrativa de la Corte Federal y de Casación, que declaró inconstitucional la regulación de la nacionalidad en el Código Civil. Con posterioridad los efectos del matrimonio sobre la nacionalidad de la mujer casada, tanto venezolana como extranjera, fueron regulados en las Constituciones de **cinco de julio de 1947** (artículos 12, ordinal 1º; 13, 14 y 15), **quince de abril de 1953** (artículos 23, ordinal 4º; 24, 25 y 26) y **veintitrés de enero de 1961** (artículos 37, ordinal 1º; 38 y 41), no siendo modificados en las enmiendas constitucionales de **once de mayo de 1973** y **veintitrés de marzo de 1983** (Gonzalo Parra-Aranguren. *La Influencia del Matrimonio sobre la Nacionalidad de la Mujer en la Legislación venezolana*, Caracas, Italgráfica, 1983). La Constitución vigente de **treinta de diciembre de 1999** adoptó un régimen unisex para especificar los efectos del matrimonio sobre la nacionalidad del cónyuge extranjero casado con venezolano o venezolana (artículo 33, ordinal 1º).

⁵² De acuerdo con el artículo noveno del Código Civil italiano de 1865, “la mujer extranjera que casa con un italiano adquiere la nacionalidad y la conserva aunque enviude”. En términos similares el artículo doce del Código Civil francés previno: “La extranjera que haya casado con un francés seguirá la condición de su marido”.

imponía la obligación de declarar “ante la autoridad competente la voluntad de recuperar su nacionalidad”.⁵³

V. LA CONDICIÓN DE LOS EXTRANJEROS

53. De acuerdo con el artículo undécimo de la Constitución del **veintidós de abril de 1864**,

La ley determinará los derechos que corresponden a la condición de extranjero.⁵⁴

54. El Código Civil de **veinte de febrero de 1873** reguló la condición de los extranjeros en la Sección Segunda (*De las personas en cuanto a su nacionalidad*) del Título Primero (*De las personas en general, y de las personas en cuanto a su nacionalidad y domicilio*) del Libro Primero (*De las personas*). En efecto, el artículo décimo séptimo dispuso:

Los extranjeros gozan de los mismos derechos civiles que los venezolanos, con las excepciones establecidas o que se establezcan.

55. Ahora bien, seis días antes el decreto del **catorce de febrero de 1873**, había declarado en su artículo primero:

Los extranjeros gozarán en el territorio de Venezuela de los mismos derechos civiles que los venezolanos, sin más limitación que las excepciones establecidas en la Constitución y las que provengan de leyes especiales.⁵⁵

⁵³ El artículo décimo cuarto del Código Civil italiano de 1865 dispuso: “La mujer italiana que contraiga matrimonio con un extranjero, se considera extranjera, siempre que por el hecho del matrimonio adquiera la nacionalidad del marido. Al enviudar, recupera la nacionalidad si reside en el Reino o si regresa y, en ambos casos, declara ante el funcionario del estado civil su deseo establecer su domicilio”. Por su parte, el artículo décimo noveno del Código Civil francés prescribió: “Una mujer francesa que haya casado con un extranjero seguirá la condición de su marido. Si enviuda, recobrará la calidad de francesa, siempre que resida en Francia o que entre con autorización del Rey y declare que desea establecerse allí”.

⁵⁴ **Recopilación de Leyes y Decretos Vigentes de Venezuela**, Tomo V, Caracas, 1874, Imprenta de La Concordia, número 1423, pp. 295-296. El precepto fue repetido con el mismo número en la constitución enmendada el **veintisiete de mayo de 1874 (Recopilación de Leyes y Decretos Vigentes de Venezuela)**, Tomo VII, Caracas, 1884, Imprenta de La Opinión Nacional, número 1879, p. 43).

⁵⁵ **Recopilación de Leyes y Decretos Vigentes de Venezuela**, Tomo V, Caracas, 1874, Imprenta de La Concordia, de Evaristo Fombona, número 1820, p. 243.

VI. LA JURISDICCIÓN INTERNACIONAL DE LOS TRIBUNALES VENEZOLANOS

56. El Código Civil de 1867 reguló primera vez la jurisdicción internacional de los tribunales venezolanos;⁵⁶ pero las observaciones hechas por el Licenciado Luis Sanojo condujeron a la simplificación de sus preceptos en el Proyecto de Código Civil de 1869 que, en su artículo treintauno se limitó a prescribir:

Pueden ser demandados en Venezuela aún los no domiciliados en ella, por obligaciones cuyo cumplimiento reclame en su provecho un venezolano, o un extranjero domiciliado en Venezuela.⁵⁷

57. Dentro de la misma directriz el Código Civil del **veinte de febrero de 1873** dispuso en su artículo veintisiete:

Pueden ser demandados en Venezuela, aun los no domiciliados en ella, por obligaciones contraídas en la República, o que deban tener ejecución en ella.⁵⁸

58. Al respecto explicó el Licenciado **Luis Sanojo** que “cuando un juicio versa sobre el cumplimiento de una obligación o sobre un derecho en una cosa mueble, el Tribunal competente, según la legislación y jurisprudencia

⁵⁶ La materia fue regulada en su Sección Primera, Título Primero, Libro Primero en los términos siguientes: “*Artículo 24.* Todo venezolano puede ser demandado en Venezuela, por las obligaciones contraídas fuera del país con un extranjero u otro venezolano. *Artículo 25.* El extranjero, aunque no resida en Venezuela, puede ser demandado ante los Tribunales venezolanos, por las obligaciones contraídas con un venezolano en la República, o que deban tener en ella su ejecución. *Artículo 26.* El extranjero puede ser demandado ante los Tribunales venezolanos por las obligaciones que ha contraído en país extranjero para con un venezolano, salvo lo dispuesto o que se disponga en los tratados públicos. *Artículo 28.* El extranjero que se encuentre en Venezuela puede ser demandado por otro extranjero, por las obligaciones contraídas en la República”.

⁵⁷ **El Federalista**, Caracas, número 1615, *quince de enero de 1869*. La Sección Tercera (*Del domicilio*) del Libro Primero (*De las Personas*), Título Primero (*De las personas en general y de las personas en cuanto a su nacionalidad y domicilio*) constaba de dos preceptos, los artículos 31 y 32. El 32 prescribía: “El demandante no domiciliado en Venezuela debe afianzar el pago de lo que fuere juzgado y sentenciado, a menos que posea en Venezuela bienes en cantidad suficiente”.

⁵⁸ El artículo 28 agregó: “El demandante no domiciliado en Venezuela debe afianzar el pago de lo que fuere juzgado y sentenciado, a no ser que posea bienes en cantidad suficiente”.

universal, es el del domicilio del demandado;⁵⁹ pero hay casos excepcionales en que puede instaurarse el juicio en un lugar distinto”. En su criterio se trata de un derecho conferido a la parte demandante, que puede ejercer o no, de acuerdo con sus conveniencias, según lo demuestra la palabra “pueden”, utilizada en el artículo veintisiete del Código Civil.

59. El Licenciado **Luis Sanojo** también advirtió:

Este artículo no distingue entre venezolanos y extranjeros, sino únicamente entre domiciliados y no domiciliados, y por lo mismo todo el que se encuentre en los casos a que se contrae puede ser demandado en Venezuela, sea o no nacional, así sea quien fuere el demandante.⁶⁰

60. El Licenciado **Luis Sanojo** asimismo sostuvo:

Es una consecuencia de este artículo, que si un venezolano es condenado en un país extranjero al cumplimiento de una obligación contraída en él, o que debiera tener ejecución en el mismo, la sentencia debe tenerse como legítima en Venezuela, porque no es racional que queramos sustraer nuestros ciudadanos en las naciones extranjeras a los procedimientos a que sometemos en la nuestra a los hijos de otras tierras.⁶¹

61. La solución consagrada en el artículo veintisiete del Código Civil fue reproducida en el ordinal segundo del artículo 45 del Código de Procedimiento Civil del **veinte de febrero de 1873**, que atribuyó jurisdicción a los tribunales venezolanos, aun cuando el demandado no tenga domicilio en la República, “si se trata de obligaciones provenientes de contratos o

⁵⁹ De acuerdo con el artículo veinte del Código Civil del **veinte de febrero de 1873**, “el domicilio de una persona se halla en el lugar donde tiene el asiento principal de sus negocios e intereses”; y el artículo veintidós agregó: “La mera residencia hace las veces de domicilio respecto de las personas que no lo tienen en otra parte”.

⁶⁰ **Luis Sanojo. Instituciones de Derecho Civil Venezolano**, Imprenta Nacional, Tomo I, Caracas, 1873, Número 71, p. 78.

⁶¹ **Luis Sanojo. Instituciones de Derecho Civil Venezolano**, Imprenta Nacional, Tomo I, Caracas, 1873, Número 71, pp. 78-80.

hechos verificados en la República, o que deban ser ejecutados en ella”. En criterio del Licenciado **Luis Sanojo** la disposición se justifica porque

constituye consagración expresa de los principios de Derecho internacional, que someten a las leyes de un país las obligaciones contraídas en él por un extranjero y las que hayan de tener ejecución en el mismo, sea por el pacto, sea por la naturaleza de la obligación.⁶²

VII. LA EFICACIA EXTRATERRITORIAL DE LAS SENTENCIAS EXTRANJERAS EN VENEZUELA

62. El Código Civil de 1873 se abstuvo de regular la eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras en Venezuela, a diferencia del Proyecto de 1869, cuyos preceptos constituyeron la primera tentativa de regulación de la materia hecha en nuestro país. Sus disposiciones demuestran una indudable influencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil y Mercantil Española de **cinco de octubre de 1855** que en los artículos 922 a 929, contenidos en la Sección Segunda del Título Dieciocho de la Parte Primera,⁶³ “establecían como novedad, con carácter general un sistema de ejecución de sentencias extranjeras”;⁶⁴ y se aparta de los requisitos que serán exigidos en el artículo 552 del Código de Procedi-

⁶² **Luis Sanojo**. *Código de Procedimiento Civil*, Imprenta Federal, Caracas, 1876, número 142, p. 85.

⁶³ **Textos y Materiales de Derecho Internacional Privado. Universidad de Madrid. Cátedra derecho Internacional Privado**. Volumen I, Artes Gráficas Benzal, 1970, pp. 73-75.

⁶⁴ **Antonio Remiro Brotons**. *Ejecución de Sentencias Extranjeras en España. La jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, Editorial Tecnos S.A., 1974, p. 23. Asimismo advierte que aun cuando tuvo una vida corta, el sistema de *exequátur* establecido la Ley de 1855 fue reproducido en forma casi total en los artículos 951 a 958 de la Ley siguiente, publicada en la Gaceta Oficial del **quince febrero de 1881**; y en este sentido informa: “Las dos únicas diferencias consisten en una adición y en una supresión. En el artículo 951 (antiguo 922) se coloca el calificativo de “firmes” detrás del sustantivo “sentencias”. En el artículo 952 (antiguo 923) se elimina la expresión “por las leyes”, situada entre los términos “diere” y “a las ejecutorias” (p. 37, nota 1).

miento Civil de **veinte de febrero de 1873**,⁶⁵ objeto de importantes comentarios de parte del Licenciado **Luis Sanojo**. Sin embargo, su consideración excede los límites de este trabajo, restringido al examen de la regulación del Derecho Internacional Privado en el Código Civil venezolano del **veinte de febrero de 1873**.

VIII. LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO APLICABLE

A. LA POSIBILIDAD DE APLICAR DERECHO EXTRANJERO

63. La cuestión relativa a la posibilidad de aplicar derecho extranjero será examinada solamente con el propósito de exponer la doctrina del Licenciado **Luis Sanojo** único miembro de la Comisión General de Códigos que hizo una sistemática presentación de sus ideas; y en virtud de la influencia que ejercieron en su pensamiento se compararán con el sistema propuesto por **Federico Carlos de Savigny**.⁶⁶ Asimismo, se

⁶⁵ **Luis Sanojo. Exposición del Código de Procedimiento Civil, con su Texto**. Caracas, Imprenta Federal, 1876, números 699-711, pp. 447-451. El artículo 552 del Código de Procedimiento Civil del **veinte de febrero de 1873** dispuso: "Para que a una sentencia dictada por un Tribunal extranjero pueda dársele fuerza ejecutoria en la República se requiere: 1º Que la sentencia no verse sobre bienes inmuebles situados en Venezuela. 2º Que la sentencia haya sido pronunciada por una autoridad judicial competente. 3º Que haya sido pronunciada, habiéndose citado regularmente las partes. 4º Que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido sea lícita en Venezuela y que la sentencia no contenga disposiciones contrarias al orden público o al derecho público interior de la República". De acuerdo con el artículo 551 correspondía a la Alta Corte Federal declarar su ejecutoria en Venezuela; el artículo 553 estableció el procedimiento sumario a seguirse; los artículos 554 y 555 se refirieron al trámite de las providencias de tribunales extranjeros concernientes al examen de testigos, experticias, interrogatorios, juramentos y otros actos de mera instrucción, de las citaciones de personas residentes en la República para comparecer ante autoridades extranjeras y de las notificaciones de actos provenientes del extranjero. Por último, el artículo 557 declaró debían aplicarse en forma preferente las disposiciones de los tratados y convenciones internacionales y las de las leyes particulares (**Recopilación de Leyes y Decretos Vigentes de Venezuela**, Tomo V, Caracas, 1874, Imprenta de La Concordia, de Evaristo Fombona, número 1828, p. 776).

⁶⁶ El doctor **Lorenzo Herrera Mendoza**, luego de presentar una síntesis de su doctrina concluye con las siguientes afirmaciones: "En toda su exposición sobre el Derecho internacional privado, Sanojo se nos exhibe como un expertísimo estatuario, y sin que pueda atribuirsele el prejuicio territorialista, no obstante su punto de partida, la teoría de la **comitas**. Fuera de sus profundos conocimientos generales, tuvo por maestros en esta disciplina científica a **Foelix** y a **Savigny**. Sanojo se maneja con soltura y criterio firme, aun en medio de las más serias oscuridades y dificultades". (**Lorenzo Herrera Mendoza. La Escuela Estatutaria en Venezuela y la Evolución hacia la territorialidad**, Caracas, 1943; reproducido en **Estudios sobre Derecho Internacional Privado y Temas Conexos**, Caracas, 1960, pp. 164-165).

hará referencia a los planteamientos de **Andrés Bello** que inspiraron el Código Civil chileno de 1855 y, por su intermedio, a los Códigos Civiles venezolanos del **veintiocho de octubre de 1862**⁶⁷ y **veintiuno de mayo de 1867**.⁶⁸

64. El punto de partida del Licenciado **Luis Sanojo** se resume en las siguientes afirmaciones:

De la independencia absoluta de las naciones se deducen dos principios primordiales, es a saber, primero: Las leyes de cada nación regulan de derecho toda propiedad, mueble o inmueble que exista dentro de su territorio, obligan a todos sus habitantes, sean o no nacionales, en lo que respecta a su estado personal, a su capacidad, a todas sus relaciones jurídicas que deban tener efecto en su territorio y rigen respecto de todos los actos ejecutados y los contratos celebrados en él, y de los ejecutados y celebrados fuera, cuando sean materia de un juicio que se siga en aquella nación; y segundo: Ningún Estado puede, por medio de sus leyes, reglamentar la propiedad que esté fuera de su territorio, ni dirigir las personas que no residan en él, en sus actos, estado o capacidad, aun cuando sean sus súbditos o ciudadanos. Es consecuencia de ambos principios, que en realidad no son más que uno, que el efecto que las leyes de un país hayan de tener en otro depende exclusivamente del consentimiento, tácito o expreso, de éste.

⁶⁷ **Gonzalo Parra-Aranguren**. *La Regulación del Derecho Internacional Privado en el Código Civil Venezolano del veintiocho de octubre de 1862*, **Temas de Derecho Internacional Privado**, Libro Homenaje a Juan María Rouvier, Fernando Parra Aranguren, Editor, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje N° 12, Caracas, Venezuela, 2003, pp. 481-596.

⁶⁸ **Gonzalo Parra-Aranguren**. *El Derecho Internacional Privado venezolano en el Código Civil del veintiuno de mayo de 1867*, **Libro Homenaje a Gustavo Planchart Manrique**, pp. 540-572.

65. No obstante, de acuerdo con **Luis Sanojo**

la conveniencia general del mundo, los miramientos (*comitas*) que mutuamente se deben los distintos pueblos de la tierra, piden que en ciertos casos las leyes de uno se apliquen en el territorio de otro; y hay una ciencia llamada DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO que tiene por objeto fijar aquellos casos.⁶⁹

66. **Andrés Bello** había expuesto consideraciones similares en la Sección Tercera del Capítulo Cuarto, titulado *Del dominio, el imperio y la jurisdicción*, de la segunda edición de sus **Principios de Derecho Internacional**⁷⁰ cuando afirmó:

La soberanía, que en cuanto dispone de las cosas se llama *dominio*, en cuanto da leyes y órdenes a las personas se llama propiamente *imperio*. Las funciones del uno y del otro se mezclan a menudo, y un mismo acto puede pertenecer ya al dominio, ya al imperio, según se considere con relación a las personas o a las cosas. El imperio recae sobre los extranjeros como sobre los nacionales; pero de diverso modo. El imperio sobre los extranjeros tiene los mismos límites del territorio; el Estado no puede dar leyes ni órdenes a los individuos que no son miembros de la sociedad civil, sino mientras que se hallan en sus tierras o en sus aguas. Sin embargo, hai objetos de administración doméstica en

⁶⁹ **Luis Sanojo. Instituciones de Derecho Civil venezolano**, Tomo I, Caracas, Imprenta Nacional, 1873, número 36, p. 34. Las mayúsculas aparecen en el original.

⁷⁰ Las citas no se hacen de la tercera edición porque fue publicada en 1864, corregida y considerablemente aumentada, nueve años después de la promulgación del Código civil chileno. Por tanto, no pudo ejercer influencia sobre su articulado y tampoco en el Código Civil venezolano de **veintiocho de octubre de 1862**.

que se tolera el ejercicio del imperio, y por consiguiente de la jurisdicción, fuera de los límites del territorio.⁷¹

66. En consecuencia, **Andrés Bello** sostuvo:

Las leyes de un Estado no tienen más fuerza en otro que las que el segundo haya querido voluntariamente concederles; por consiguiente, no producen por sí mismas obligación alguna en los súbditos de los otros Estados, que existen fuera del territorio del primero... La autoridad de las leyes de un país y los actos jurisdiccionales que se ejercen bajo su imperio, se admiten en otros países, no *ex proprio vigore* sino *ex comitate*, o según la doctrina de Huber, *quatenus sine proejudicio indulgentium fieri potest*.⁷²

67. Con fundamento de los principios esenciales derivados de la independencia absoluta de las Naciones, el Licenciado **Luis Sanojo** declaró que

cuando la ley de una nación trae disposiciones relativas a la observancia de las leyes extranjeras, debe cumplírselas.⁷³

⁷¹ **Andrés Bello. Principios de Derecho Internacional**, segunda edición corregida y aumentada, Caracas, Imprenta Almacén de J.M. Rojas, 1847, Capítulo Cuarto, Sección 3, p. 51. Asimismo agregó en la Sección Quinta del Capítulo Cuarto: “Con respecto a los ciudadanos el imperio no está circunscrito al territorio. Así es que son responsables al Estado de su conducta aún por actos de infracción de las leyes patrias, aun cometidos en país extranjero. Hai leyes meramente locales, que sólo obligan al ciudadano mientras se halla dentro de los límites del territorio. Hai otras de cuya observancia no podemos eximirnos donde quiera que estemos, como son aquellas que nos imponen obligaciones particulares para con el Estado o para con otros miembros de la asociación civil a que pertenecemos. Así todo acto de hostilidad de un ciudadano contra su patria es un crimen donde quiera que se cometa. Así el ciudadano que testa en país extranjero, debe dejar a sus hijos o a sus otros herederos forzosos, ciudadanos del mismo Estado que él, las legítimas que por las leyes patrias les pertenecen; y estos herederos, defraudados de sus legítima tendrían acción para que se les enterasen de los bienes del testador existentes en el territorio patrio”.

⁷² **Andrés Bello. Principios de Derecho Internacional**, segunda edición corregida y aumentada, Caracas, Imprenta Almacén de J.M. Rojas, 1847, Capítulo Cuarto, Sección 6, p. 57; Sección 9, p. 67. De acuerdo con la tercera máxima de **Ulrico Huber**, “(3) los Soberanos, por razones de cortesía (*comitas*), actuarán de manera que los derechos adquiridos dentro de los límites de un Estado mantengan su eficacia en todas partes, mientras no causen perjuicio a su soberanía o a los derechos de ese Soberano o de sus súbditos” (**Ernst Lorenzen. Huber's De Conflictu Legum, Selected Articles on the Conflict of Laws**, New Haven, 1947, p. 164).

⁷³ **Luis Sanojo. Instituciones de Derecho Civil venezolano**, Tomo I, Caracas, Imprenta Nacional, 1873, número 36, p. 34.

68. Algunas décadas antes, el eminente jurista alemán **Federico Carlos de Savigny** había hecho una afirmación similar en los términos siguientes:

cuando el juez encuentra resuelta por una ley de su país la cuestión de colisión de leyes, debe someterse a ella en forma absoluta, aunque estuviere en contradicción con sus ideas teóricas individuales.⁷⁴

69. **Federico Carlos de Savigny** advirtió también que, “en ejercicio de su soberanía, el legislador podría ordenar a los jueces la aplicación exclusiva del propio derecho, sin tomar en cuenta las disposiciones diferentes de una ley extranjera”. Sin embargo, agregó que “semejante prescripción no se encuentra en ninguna ley conocida”; y que, caso de estarlo, debería ser rechazada en forma categórica porque “mientras más numerosas y activas son las relaciones entre los diferentes pueblos, más debemos convencernos de la necesidad de renunciar a este principio de exclusión para adoptar el contrario”.⁷⁵

70. Asimismo **Federico Carlos de Savigny** explicó que “ninguna legislación ha agotado esta materia, principalmente en los Estados regidos por el derecho común alemán”; con la advertencia adicional de que las escasas reglas consagradas por los derechos positivos resultan muy poco satisfactorias, porque “en su gran mayoría, no son sino la expresión de una doctrina incompleta e insuficiente”.⁷⁶

71. De la misma manera el Licenciado **Luis Sanojo** sostuvo que

Es sólo en el caso de que calle la ley del país sobre un punto determinado, cuando pueden los tribunales juzgar, en los casos

⁷⁴ **Friedrich Carl von Savigny. System des heutigen Römischen Rechts.** Tomo 8. Berlin, Bei Veit und Comp. 1849, número 361, p. 130. Algunas páginas antes había afirmado: “Desde luego debemos reconocer que cuando han sido previstos los casos de colisión por las leyes de un país, los jueces deben conformarse enteramente con estas prescripciones” (número 348, pp. 25-26).

⁷⁵ **Friedrich Carl von Savigny. System des heutigen Römischen Rechts.** Tomo 8. Berlin, Bei Veit und Comp. 1849, número 348, p. 26.

⁷⁶ **Friedrich Carl von Savigny. System des heutigen Römischen Rechts.** Tomo 8. Berlin, Bei Veit und Comp. 1849, número 362, p. 130.

particulares que ocurran, hasta donde deben observarse las leyes extranjeras, atendiendo a la conveniencia universal y a la práctica general del mundo civilizado.⁷⁷

72. Semejantes hipótesis eran posibles dentro de la concepción de **Andrés Bello**, porque, de acuerdo con su doctrina, el derecho extranjero sólo podía aplicarse cuando así lo hubiera ordenado expresamente el Legislador; en todos los demás casos regía el principio de la territorialidad de la ley. Así lo dispuso el artículo catorce del Código Civil chileno de 1855, reproducido en el Código Civil venezolano del **veintiocho de octubre de 1862**.

73. A falta de norma expresa por el Legislador **Luis Sanojo** consideró indudable

que hoy todas las naciones han adoptado, en principio, la aplicación, en su territorio, de las leyes extranjeras, salvo sin embargo las restricciones exigidas por el derecho de la soberanía y el interés de sus propios súbditos. Esa es la doctrina profesada por todos los autores que han escrito sobre la materia y establecida en consecuencia por el derecho internacional.⁷⁸

74. De inmediato, con fundamento en las enseñanzas de **J.J.G. Foelix**, **Luis Sanojo** recordó que “las personas, las cosas y los hechos son tres elementos necesarios en la constitución y existencia de cualquier derecho”; y, por tanto, en su criterio, es “un procedimiento metódico dividir las leyes, bajo el punto de vista de su aplicación en países extranjeros, en leyes relativas a las personas, a las cosas y a los hechos o actos que han de producir derechos”.⁷⁹ De esta manera se comprueba, como lo señala el doctor **Lorenzo Herrera Mendoza**, que “en las cuestiones

⁷⁷ **Luis Sanojo. Instituciones de Derecho Civil venezolano**, Tomo I, Caracas, Imprenta Nacional, 1873, número 36, p. 34.

⁷⁸ **Luis Sanojo. Instituciones de Derecho Civil venezolano**, Tomo I, Caracas, Imprenta Nacional, 1873, Número 36, p. 36.

⁷⁹ **Luis Sanojo. Instituciones de Derecho Civil venezolano**, Tomo I, Caracas, Imprenta Nacional, 1873, Número 38, p. 36.

propia-mente estatutarias, Sanojo se inspira en **Foelix**, a quien citó varias veces”; aun cuando agregó los siguientes señalamientos:

donde culmina principalmente su sapiencia es en los temas que se hallan fuera de las previsiones de la teoría general por él seguida, o sea, cuando el expositor se siente en libertad para discernir con el cerebro suyo; ya entonces, la ley y la escuela estatutaria no le sirven, ni le estorban. Es entonces, al leerlo en estos pasajes, cuando se recuerda a Savigny, no propiamente por las soluciones mismas, sino por la técnica de investigación y exposición; porque, en dichos temas, Sanojo busca inspiración en la índole esencial o naturaleza propia de cada relación jurídica analizada... siempre que pudo manejarse más libremente, siguió las profundas huellas de la filosofía jurídica de **Savigny**, a quien no llegó a citar en las 33 páginas dedicadas al Derecho internacional privado; pero en el Prólogo de la obra, lo mencionó muy expresivamente.⁸⁰

75. Por su parte, **Federico Carlos de Savigny** abandonó el punto de partida de tradicional de la escuela estatutaria consistente en establecer el ámbito de vigencia territorial de las leyes mediante su clasificación en reales y personales. En su criterio, el derecho aplicable debía determinarse, en principio, a través del asiento (*Sitz*) de la relación jurídica para respetar las obligaciones impuestas por la comunidad jurídica de las naciones, nacida con fundamento en el derecho romano y en las ideas cristianas; además de las indudables ventajas que a todos produce la apropiada solución de los problemas causados por la creciente intercomunicación de las personas sujetas a leyes distintas.⁸¹

⁸⁰ **Lorenzo Herrera Mendoza**. *La Escuela Estatutaria en Venezuela y la Evolución hacia la territorialidad*, Caracas, 1943; reproducido en **Estudios sobre Derecho Internacional Privado y Temas Conexos**, Caracas, 1960, pp. 164-165). En realidad, al menos un párrafo de **Federico Carlos de Savigny** fue citado por **Luis Sanojo**. Así lo hizo al tratar de los derechos correspondientes a los establecimientos públicos o personas jurídicas (**Luis Sanojo**. *Instituciones de Derecho Civil venezolano*, Tomo I, Caracas, Imprenta Nacional, 1873, número 39, pp. 39-40).

⁸¹ **Friedrich Carl von Savigny**. *System des heutigen Römischen Rechts*. Tomo 8. Berlin, Bei Veit und Comp. 1849, número 348, p. 26.

76. Sin embargo, **Federico Carlos de Savigny** reconoció que el planteamiento es el mismo, aun cuando “psicológicamente hay una diferencia”, porque cuando se parte de la relación jurídica es posible evitar la coacción de la división clásica de las leyes en personales, reales y mixtas. En consecuencia, “puede buscar dondequiera, sin prejuicios de ninguna clase, el resultado más satisfactorio a la política jurídica y seguir en la exposición la sistemática del derecho privado material, familiar y cómoda a todo jurista”.⁸² En todo caso reitera que la pregunta a responder es la misma: “¿a cuáles relaciones se extiende el imperio de una determinada regla de derecho? o ¿a qué reglas de derecho se encuentra sometida una determinada relación jurídica?”.⁸³

77. No obstante **Federico Carlos de Savigny** reconoció la existencia de una excepción en el caso de “leyes cuya naturaleza especial contradice el libre funcionamiento de la comunidad jurídica entre los diversos Estados” (*Gesetze von streng positiver, zwingender Natur*). En esa hipótesis afirmó la irrestricta aplicación de la *lex fori*”;⁸⁴ y también lo hizo cuando el derecho extranjero competente consagra instituciones desconocidas a la legislación del Juez (*Rechtsinstitute eines fremden Staates, deren Dasein in dem unsrigen überhaupt nicht anerkannt ist*), como la muerte civil y la esclavitud.⁸⁵

78. En el mismo sentido el Licenciado **Luis Sanojo** advirtió que

las leyes extranjeras no pueden invocarse cuando perjudican el derecho de soberanía o se oponen a las leyes de orden público del país o a la moral, o a los derechos reconocidos a los nacionales. Ninguna Nación renuncia, a favor de las instituciones de otra, a la aplicación de sus principios fundamentales, ni

⁸² **Friedrich Carl von Savigny. System des heutigen Römischen Rechts.** Tomo 8. Berlin, Bei Veit und Comp. 1849, número 360, p. 118.

⁸³ **Friedrich Carl von Savigny. System des heutigen Römischen Rechts.** Tomo 8. Berlin, Bei Veit und Comp. 1849, número 345, pp. 10-11.

⁸⁴ **Friedrich Carl von Savigny. System des heutigen Römischen Rechts.** Tomo 8. Berlin, Bei Veit und Comp. 1849, número 349, pp. 32-39; número 361, pp. 130-131.

⁸⁵ **Friedrich Carl von Savigny. System des heutigen Römischen Rechts.** Tomo 8. Berlin, Bei Veit und Comp. 1849, número 348, p. 33.

de las reglas eternas de la moral, ni de las leyes que ha considerado como base de la sociedad. Así es que ninguna nación cristiana acepta en su territorio el ejercicio de la poligamia, por más que las leyes del país a que pertenece el individuo establezcan y consagren semejante abominación.⁸⁶

79. Dentro de esta directriz **Luis Sanojo** agregó, por vía de ejemplo, que

no se aplicará en Venezuela la ley que en otros países prohíbe a los nobles girar letras de cambio, porque tal prohibición se opone al principio democrático, que constituye una de las principales bases de nuestra sociedad. En ninguna nación que no admite la esclavitud se reconocerá a un extranjero la condición de dueño de otro hombre, por más que las leyes de su país se la den; porque la ley que proscribía aquella institución es de orden público, y porque no muy tarde será un principio generalmente reconocido que la esclavitud es de todo en todo contraria a la moral.⁸⁷

80. En términos similares **Andrés Bello** había sostenido que

ninguna nación está obligada a reconocer una especie de derecho, que sus leyes han condenado o proscrito como contrario a la lei divina positiva, a la justicia natural, o a las buenas costumbres. Así el dueño de un esclavo no puede reclamar los derechos de tal en países cuya legislación ha abolido la esclavitud, y declarado libre a todo hombre que pise su suelo, como sucede en Inglaterra, Francia, Prusia y Chile.⁸⁸

⁸⁶ **Luis Sanojo. Instituciones de Derecho Civil venezolano**, Tomo I, Caracas, Imprenta Nacional, 1873, Número 37, p. 35.

⁸⁷ **Luis Sanojo. Instituciones de Derecho Civil venezolano**, Tomo I, Caracas, Imprenta Nacional, 1873, Número 39, p. 39.

⁸⁸ **Andrés Bello. Principios de Derecho Internacional**, segunda edición corregida y aumentada, Caracas, Imprenta Almacén de J.M. Rojas, 1847, Capítulo Cuarto, Sección 8, p. 65.

B. LA FACULTAD LEGISLATIVA DE SANCIONAR REGLAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

81. El jurista venezolano **Orángel Rodríguez** ha criticado la promulgación por los legisladores nacionales de normas de Derecho internacional privado. De acuerdo con su criterio,

ningún Estado tiene facultad para legislar en materia de derecho internacional privado, por carecer de soberanía para imponer sus leyes, más allá de sus límites fronterizos, a territorio o personas extranjeras.⁸⁹

82. No obstante, **Orángel Rodríguez** reconoce que “en la práctica” y “en el hecho” las disposiciones nacionales promulgadas por los Estados “con estatutos de internacionalidad son con frecuencia atendidas i consideradas para la resolución de los conflictos”. Sin embargo, explica:

nosotros no raciocinamos por lo que es sino por lo que debiera ser, i discurrimos en el seno de los principios, para fijar las ideas en que debieran basar los Estados sus prácticas internacionales. Pensamos que el entrometimiento de ellos a legislar sobre materia que no les corresponde los expone a fracasar en la efectividad de sus leyes.⁹⁰

83. A este respecto agrega:

Es en el código civil argentino donde hemos visto mayor número de previsiones relativas a derecho internacional privado. Generalmente bien concebidas, i apoyadas en buenos principios, sus reglas señalan, como las del código venezolano, mui razonables orientaciones para la solución de los conflictos. Mas a pesar de

⁸⁹ **Orángel Rodríguez. Teoría crítica de las Bases del Derecho internacional Privado**, Tomo Primero, Segunda Tirada, Caracas, Editorial Victoria, Manrique & Ramírez Ángel, 1917, número 95, p. 266.

⁹⁰ **Orángel Rodríguez. Teoría crítica de las Bases del Derecho internacional Privado**, Tomo Primero, Segunda Tirada, Caracas, Editorial Victoria, Manrique & Ramírez Ángel, 1917, número 95, pp. 267.

ello, si en casos dados dichas reglas hubieran de ceder ante las de otras naciones o ante los principios estimados como de mejor derecho, la obra legislativa nacional sería nugatoria.⁹¹

84. **Orángel Rodríguez** advirtió también:

A Wächter, principalmente, se atribuye la doctrina según la cual el juez de un conflicto debe en primer término atenerse a las normas que la lei territorial haya expresamente establecido para decidir por medio de la lei local o por medio de la lei extranjera. Esta doctrina reconoce, desde luego la existencia de legislaciones internas de derecho internacional privado. En tal sentido, los códigos respectivos, tales, como el argentino i el venezolano, etc., son wächterianos. Cuando no lo sean en el texto de las reglas, lo son evidentemente en el hecho de que ellos han creado un derecho interno para regir un derecho externo. Esto es lo que se ha llamado el método positivo.⁹²

85. De acuerdo con los anteriores principios **Orángel Rodríguez** critica la fundamentación teórica de los diversos preceptos sobre Derecho internacional privado sancionados por el Legislador venezolano; y con relación al artículo noveno explica:

⁹¹ **Orángel Rodríguez. Teoría crítica de las Bases del Derecho internacional Privado**, Tomo Primero, Segunda Tirada, Caracas, Editorial Victoria, Manrique & Ramírez Ángel, 1917, número 95, pp. 267.

⁹² **Orángel Rodríguez. Teoría crítica de las Bases del Derecho internacional Privado**, Tomo Primero, Segunda Tirada, Caracas, Editorial Victoria, Manrique & Ramírez Ángel, 1917, número 95, pp. 266. En realidad la obligación del juez de resolver la controversia conforme a las normas de derecho internacional privado de la *lex fori* fue defendida en forma prácticamente simultánea por **Wilhelm Schaeffner (Die Entwicklung des internationalen Privatrechts**, Frankfurt-am-Main, 1841, números 31-32, pp. 39-42, y por **Carl Georg von Wächter (Über die Collision der Privatrechtsgesetze der verschiedenen Staaten, Archiv für die zivilistische Praxis**, Tomo 24, 1841-1842; **Handbuch des im Königreiche Württemberg geltenden Privatrechts**, Volumen II, 1842, números 18-20, pp. 79-119). Con anterioridad habían sido incluidas normas de Derecho internacional Privado de obligatorio cumplimiento para los funcionarios encargados de resolver las eventuales controversias, no sólo en el **Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis** de 1756 y en el **Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten** promulgado en 1794, sino también en los Códigos civiles de Francia (1804) y de Austria (1811), que influyeron decisivamente en el movimiento codificador del siglo XIX.

Si efectivamente las leyes venezolanas relativas al estado i capacidad de las personas se aplican a venezolanos en países, ello es debido, no a la imposición del estatuto venezolano, sino a la anuencia prestada por los Estados extranjeros que acatan la regla general e internacional que prescribe que las cuestiones referentes al estado y capacidad de las personas se rigen por la del estatuto personal.⁹³

86. Asimismo comenta el artículo undécimo en los términos siguientes:

no se alcanza a comprender de dónde derivó el legislador venezolano la facultad de disponer que la forma extrínseca de los actos realizados en Francia se rige por las leyes francesas, que la de los realizados en Prusia se rige por las leyes prusianas, i que la de los realizados en las más extrañas naciones se rigen por la lei de ellas. No se alcanza a comprender, repetimos, por qué Venezuela legisló sobre formas extranjeras de actos efectuados en territorio extranjero.⁹⁴

87. Sin embargo, de seguida **Orángel Rodríguez** afirma que “la única explicación aceptable” es, en su criterio,

que Venezuela lo que ha significado es, no que las formas extranjeras se rigen por leyes extranjeras, sino que ella, Venezuela, no admite las formas extranjeras, sino en el caso de que sean conformes a la ley del Estado donde se efectúan. I esta interpretación revelaría que Venezuela, en cuanto a formas extrínsecas, reconoce la regla de derecho internacional priva-

⁹³ **Orángel Rodríguez. Teoría crítica de las Bases del Derecho internacional Privado**, Tomo Primero, Segunda Tirada, Caracas, Editorial Victoria, Manrique & Ramírez Ángel, 1917, número 97, pp. 269-270. Las observaciones son hechas al Código Civil del **cuatro de julio de 1916** que reprodujo el artículo séptimo del Código Civil de 1873.

⁹⁴ **Orángel Rodríguez. Teoría crítica de las Bases del Derecho internacional Privado**, Tomo Primero, Segunda Tirada, Caracas, Editorial Victoria, Manrique & Ramírez Ángel, 1917, número 99, pp. 278-279. Los comentarios se refieren al Código Civil del **cuatro de julio de 1916** que reprodujo substancialmente el artículo undécimo del Código Civil de 1873

do según la cual las formas se rigen por la lei del país donde se realizan; demostrándose así, acaso, que Venezuela en este punto no ha legislado, porque no ha podido hacerlo, para más allá de sus límites territoriales.⁹⁵

88. Explicación similar fue hecha por el doctor **Ramón F. Feo**, miembro de la Comisión Codificadora que preparó el Proyecto de Código Civil de 1873; en forma expresa advirtió que el artículo séptimo se limita a imponer a los nacionales el sometimiento a las leyes venezolanas, “aun siendo ellos residentes en o domiciliados en el extranjero, porque sin duda no se creyó posible extenderse a imponer a los jueces extranjeros la obligación de aplicarlas”.⁹⁶

89. El legislador venezolano nunca tuvo dudas sobre su facultad para sancionar reglas de Derecho Internacional Privado de obligatorio cumplimiento por sus funcionarios; y las normas básicas fueron incluidas en el Título Preliminar del Código Civil de 1873 denominado: *De las Leyes y sus Efectos, y de las Reglas Generales para su Aplicación*. En términos similares, su modelo italiano las había incorporado en las *Disposizioni sulla Pubblicazione, Interpretazione ed Applicazione della Leggi in Generale*, que precedieron el Código Civil de 1865.

90. Además consagró reglas aisladas en materia de celebración del matrimonio, en la Sección Sexta del Título Cuarto, Libro Primero, denominada *Del matrimonio de los venezolanos en país extranjero y del de los extranjeros en Venezuela* (artículos 121-124); determinó la ley aplicable a la forma de los testamentos otorgados en el extranjero por

⁹⁵ **Orángel Rodríguez. Teoría crítica de las Bases del Derecho internacional Privado**, Tomo Primero, Segunda Tirada, Caracas, Editorial Victoria, Manrique & Ramírez Ángel, 1917, número 99, p. 279.

⁹⁶ **Ramón F. Feo. Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil Venezolano**, Tipografía Guttenberg, Tomo Primero, Caracas, 1904, pp. 36-37. Los comentarios fueron hechos con relación al precepto del Código del **diecinueve de mayo de 1896**, que reprodujo el artículo séptimo de 1873. De inmediato transcribió el artículo 6° del Código Civil italiano de 1865, que establece el principio de un modo general, en estos términos: “El estado y capacidad de las personas, y sus relaciones de familia, son regulados por la ley de la nación a que pertenecen”; y agregó el siguiente comentario: “Con esto el legislador italiano no pretendió imponer ningún deber a los jueces extranjeros, sino imponerlo al juez italiano de aplicar al extranjero su ley, y obtener la reciprocidad llegado el caso”.

los militares y personas empleadas en el ejército (artículo 743); y también dispuso sobre la hipoteca judicial constituida en país extranjero (artículo 1818) y con relación al registro de las sentencias y los actos celebrados en país extranjero (artículo 1851).

C. LAS DISPOSICIONES FUNDAMENTALES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

91. (1) De acuerdo con el **artículo sexto** del Código Civil

la autoridad de la ley se extiende a todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros.

92. Con relación a su historia legislativa **Francisco Gerardo Yanes** informa que

en el borrador del Código Civil de 1873, regalo del doctor Nicomedes Zuloaga al Colegio de Abogados, pueden verse las vacilaciones de la Comisión en la redacción del artículo sexto. Primero fue redactado así: “Las leyes obligan a todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros, salvo las excepciones que ellas mismas establezcan o que reconozca el Derecho Internacional”. Luego fue modificado: “La autoridad de la ley se extiende a todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros, *salvo las excepciones que el Derecho internacional autorice*”. Y por último se testaron las palabras en bastardilla.⁹⁷

⁹⁷ **Francisco Gerardo Yanes. Memorándum de Derecho Internacional Privado para uso de los estudiantes de Derecho.** Caracas, Imprenta Nacional, 1912, p. 125, nota 1. La referencia a las vacilaciones, según aparecen en los borradores o minutas de la Comisión de 1873, es reiterada por **Lorenzo Herrera Mendoza**, quien en febrero de 1943 afirmó “que se guardan en el Colegio de Abogados del Distrito Federal”; y al transcribir la primera redacción del artículo sexto destacó en itálica la frase: *salvas las excepciones que ellas mismas establezcan o que reconozca el Derecho Internacional (La Escuela Estatutaria en Venezuela y su Evolución hacia la Territorialidad*, Caracas, 1943, reproducido en **Estudios sobre Derecho Internacional Privado y Temas Conexos**, Caracas, 1960, Emp. “El Cojo”, S.A., p. 128). Aun cuando hicimos la tentativa en varias oportunidades, hace ya algunas décadas incluso ejerciendo su Vicepresidencia, fracasaron nuestros esfuerzos para encontrar, a los fines de su consulta, el Borrador del Código de Civil de 1873 en el Colegio de Abogados del Distrito Federal.

93. En realidad las vacilaciones debieron haberse producido con ocasión del examen de propuestas tendientes a restringir la absoluta vigencia del principio de la territorialidad de la ley derivado de la independencia absoluta de las Naciones. Sin embargo, la mayoría de la Comisión General de Códigos no aprobó las sugerencias tendientes a admitir las excepciones autorizadas o reconocidas por el derecho internacional.

94. La conclusión anterior encuentra apoyo cuando se compara la conducta del Legislador de 1873 con la solución adoptada en su modelo italiano de 1865, que prescribió en el artículo undécimo de las Disposiciones Preliminares:

Las leyes penales, de policía y de seguridad obligan a todas las personas que se encuentren en el territorio.

95. Según puede observarse, el precepto italiano no consagró en términos generales el principio de la absoluta territorialidad de la ley, antes al contrario su aplicación fue limitada a las leyes penales, de policía y de seguridad; pero el legislador venezolano de 1873 no aceptó esta restricción y en el artículo sexto del Código Civil declaró que la autoridad de la ley, sin distingo alguno con fundamento en su naturaleza, se extiende a todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros. De esta manera reprodujo el texto adoptado en los Códigos Civiles del **veintiocho de octubre de 1862** y del **veintiuno de mayo de 1867** que, en forma clara y precisa, había dispuesto la aplicación de la ley venezolana a todos los habitantes de la República, “*inclusos los extranjeros*”; frase final agregada, en seguimiento del artículo décimo cuarto del Código Civil chileno de 1855, con el propósito de eliminar toda duda acerca de la vigencia del principio de la territorialidad de la ley venezolana.

96. Por otra parte, el Legislador de 1873 también se apartó del sistema adoptado en el Proyecto de Código Civil de 1869. Ciertamente, el primer párrafo de su artículo sexto, dispuso que “las leyes obligan a todos los habitantes de la República”; pero este mandato en forma alguna pretendió afirmar la aplicación de la ley venezolana como regla general para resolver los casos conectados con varias legislaciones simultáneamente vigentes. En efecto, el Proyecto de 1869 eliminó las palabras

“incluso los extranjeros”; supresión explicable en virtud de la importancia que atribuyó a la ley de la nacionalidad para regular las siguientes materias: el estado y capacidad de las personas y las relaciones de familia (segundo párrafo del mismo artículo sexto); las sucesiones legítimas o testamentarias, en cuanto al orden de suceder, la extensión de los derechos sucesorios y la intrínseca validez de las disposiciones (artículo séptimo, segundo párrafo); y las obligaciones contractuales entre partes de la misma nacionalidad, en forma subsidiaria al funcionamiento de la autonomía de la voluntad (artículo noveno); con la advertencia de que esta última solución también fue consagrada para determinar la ley aplicable a los medios de prueba de las obligaciones (artículo décimo).⁹⁸

97. Ahora bien, en la Sección Primera que preparó el Código Civil de 1873 participaron tanto el doctor **Ramón F. Feo** como el Licenciado **Luis Sanojo**, y también formaron parte de la Comisión General de Códigos **Manuel Cadenas Delgado**, **Cecilio Acosta** y **Juan Pablo Rojas Paúl**. Todos ellos habían integrado la Comisión que elaboró el Proyecto de Código Civil de 1869. Por tanto, es de suponer que hubiesen propuesto la repetición de todas o de algunas de sus soluciones; y que se opusieran a la consagración en forma absoluta del principio de la territorialidad de la ley. En consecuencia, resulta lógico que se produjera un examen del asunto; que los defensores de las tesis opuestas expusieran sus opiniones; que este intercambio de criterios diera origen a las “vacilaciones” mencionadas por **Francisco Gerardo Yanes**; que, en última instancia, la mayoría impuso la redacción del artículo sexto del Código Civil de 1873 y que también se abstuvo de reproducir las reglas del Proyecto de 1869 que declaraban aplicable la ley de la nacionalidad en importantes sectores jurídicos de la vida diaria, en seguimiento de las Disposiciones Preliminares del Código Civil italiano de 1865.

98. Este intercambio de criterios explica las palabras del doctor **Nicomedes Zuloaga** cuando afirma:

⁹⁸ **Gonzalo Parra-Aranguren**. *El Derecho Internacional Privado en el Proyecto de Código Civil Venezolano de 1869*, *Revista del Tribunal Supremo de Justicia*, número 9, Caracas, 2003, pp. 124-166.

en el Código italiano, el Título Preliminar contiene varias disposiciones determinando las reglas que deben regir el derecho internacional privado; el nuestro, estimando con razón que en esta materia la ciencia no había fijado suficientemente los principios, *especialmente en la América Española, que fluctúa perpleja entre doctrinas opuestas*, no adoptó estos artículos, y el tiempo ha dado la razón a los codificadores de 1873, pues la doctrina más moderna no acepta todas las declaraciones italianas.⁹⁹

99. El doctor **Francisco Gerardo Yanes** concluye igualmente:

Se comprende que el legislador venezolano no quería consagrar las reglas demasiado avanzadas de las disposiciones preliminares del Código italiano y temía de otra parte dar demasiada amplitud a la jurisprudencia.¹⁰⁰

100. Asimismo el doctor **Ángel César Rivas** afirmó con relación al sistema venezolano de Derecho internacional privado:

... separándonos en esto del sentir de Sanojo, no podemos menos de sentar que, hasta 1881, el estatuto personal del extranjero, respecto de los hechos que hubiese llevado a efecto en Venezuela, estuvo sometido enteramente a la ley venezolana, dado que en tales situaciones el precepto citado¹⁰¹ excluye cualquier aplicación de la ley extranjera. El argumento sacado del silencio de la Ley y de los que los comentaristas franceses formulan al tratar de la capacidad del extranjero, no pudo te-

⁹⁹ **Nicomedes Zuloaga**. *Datos Históricos sobre la Codificación en Venezuela*, Prefacio de la obra **Código Civil Concordado**, reproducido en la **Revista del Ministerio de Justicia**, número 29, Caracas, 1959, p. 40. En esta oportunidad el doctor **Nicomedes Zuloaga** incorporó la frase, *especialmente en la América Española, que fluctúa perpleja entre doctrinas opuestas*, que no se encuentra en su artículo *Códigos y Leyes (Primer Libro Venezolano de Literatura, Ciencias y Artes, Ofrenda al Gran Mariscal de Ayacucho*, Caracas, 1895; reproducido en **La Doctrina Positivista**, Tomo II, Presidencia de la República, Pensamiento Político Venezolano del Siglo XIX. Textos para su Estudio. Volumen 14, Caracas. 1961, Editorial Arte, p. 464).

¹⁰⁰ **Francisco Gerardo Yanes**. **Memorándum de Derecho Internacional Privado para uso de los estudiantes de Derecho**. Caracas, Imprenta Nacional, 1912, p. 125, nota 1.

¹⁰¹ La referencia es al artículo séptimo del Código Civil del **veintiuno de mayo de 1867**.

ner cabida en la interpretación de la de Venezuela, por el contrario, no se le puso restricción alguna de donde pudiera deducirse el propósito de que la Legislación de la República no debiera en esos casos ser atendida por los jueces. A menos que se tratase de apreciar una situación de hecho nacida fuera del territorio, no pudo hablarse en toda aquella época de la observancia de la Ley extranjera; y para eso mismo, el Juez tuvo sin duda que invocar la *comitas gentium*.¹⁰²

101. En términos similares, el doctor **Francisco Gerardo Yanes** advirtió:

El principio contenido en el Art. 6º: La autoridad de la ley se extiende a todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros, aparece como una regla general tan comprensiva y categórica que a primera vista el artículo 7º es una excepción. Y en realidad, como tal ha podido ser mirado hasta 1881 y permitido al comentador Sanojo considerar la legislación como estatutaria y la personalidad excepcional de ciertas leyes extranjeras como una concesión de la jurisprudencia, *comitate gentium*. El principio de la territorialidad absoluta mitigado por la cortesía internacional, doctrina holandesa del siglo XVI que ha sobrevivido en la doctrina anglo-americana en los tiempos modernos, fue hasta el Código de 1881 la regla absoluta de la territorialidad de la ley.¹⁰³

102. **Francisco Gerardo Yanes** también agregó las siguientes explicaciones:

Es de tener en cuenta que en los países recién organizados, sin una judicatura ilustrada y una doctrina sabia y consciente, las reglas legales deben ser claras, terminantes, generales, sin dar gran amplitud al intérprete ni mayor campo al comentario. De otra manera la mente del legislador, torcida entre las ignoran-

¹⁰² Ángel César Rivas. *De la observancia de la Ley extranjera y su garantía*, *Anales de la Universidad Central de Venezuela*, Tomo VII, 1906, pp. 277-278; Ángel César Rivas. *Le Droit International Privé et Pénal de Vénézuéla*, *Revue de Droit International Privé et de Droit Pénal International*, París, 1912, pp. 11-12.

¹⁰³ Francisco Gerardo Yanes. *Memorándum de Derecho Internacional Privado para uso de los estudiantes de Derecho*. Caracas, Imprenta Nacional, 1912, p. 124.

cias de los unos o las sutilezas de los otros, no alcanzaría el fin social de las leyes. En situaciones semejantes el absolutismo de la regla, aun sacrificando intereses de segundo orden, es el único expediente capaz de solucionar el problema social. Agréguese a esto los prejuicios feudales, la situación de un país recién venido al grupo de Estados libres, queriendo afirmar en toda forma su soberanía, y podrá comprenderse cómo la territorialidad absoluta de la ley presidió el brote y el primer período de las leyes civiles en Venezuela. Hasta entonces la personalidad de las leyes relativas al estado y capacidad fue la excepción única, *comitate gentium*.¹⁰⁴

103. El artículo sexto del Código Civil de 1873 fue repetido textualmente, con el mismo número, en el Código Civil del **diecinueve de mayo de 1896**; y al respecto el doctor **Aníbal Dominici** comenta:

El concepto adoptado en nuestro Código es jurídicamente más cabal, porque comprende las leyes de orden público, las que atañen a las buenas costumbres, las penales, las de policía y seguridad, y en general todas las leyes imperativas, permisivas y prohibitivas que forman la legislación de la República, sin admitir en este punto límite alguno. La palabra ley se toma aquí en la acepción más lata, y comprende los decretos, ordenanzas, actos y disposiciones de las autoridades competentes que tienen fuerza de ley, sin distinguir la calidad de los habitantes, sean nacionales o extranjeros, domiciliados o no domiciliados, personas físicas o morales. Debemos considerar incluidas en el precepto de este artículo las leyes relativas al estado civil, al poder del marido, de los padres y de los tutores, las que imponen la obligación de alimentos, prohíben la poligamia, la esclavitud, los mayorazgos, etc.¹⁰⁵

¹⁰⁴ Francisco Gerardo Yanes. *Memorándum de Derecho Internacional Privado para uso de los estudiantes de Derecho*. Caracas, Imprenta Nacional, 1912, pp. 124-125.

¹⁰⁵ Aníbal Dominici. *Comentarios al Código Civil Venezolano (reformado en 1896)*, Tomo I, Caracas, 1897, pp. 28-29.

104. Las consideraciones anteriores fueron complementadas por el doctor **Aníbal Dominici** en los términos siguientes:

Al mismo tiempo el texto de la ley venezolana es más conforme con el principio de la soberanía nacional. Si las Naciones permiten en señaladas circunstancias que una ley extranjera se cumpla en el territorio propio es por conveniencia o por cortesía, *comitas gentium*, y renunciando en cierto modo una parte de su soberanía, ante la cual no existe en rigor la diferencia de estatutos creados por la doctrina del Derecho internacional privado. La fuerza extraterritorial de la ley extranjera no es debida sino al consentimiento expreso del legislador, que autoriza la aplicación de ella, y que puede negárselo cuando a bien tenga, o a los Tratados públicos por los cuales se obligue la Nación a permitir su aplicación, de acuerdo con las doctrinas sobredichas. Aun en esos casos, los jueces deben aplicar la ley nacional, cuando hubiese duda sobre cuál debe ser la disposición legal extranjera aplicable, o cuando ésta se encontrare en oposición con alguna ley de orden público del país, donde se pretende la aplicación de la ley extranjera.

105. En consecuencia, el doctor **Aníbal Dominici** concluyó:

La regla de Derecho común es, pues, la que establece nuestro Código en este artículo. Las excepciones que respecto de este principio admite nuestra legislación deben ser estrictamente interpretadas, para no herir la soberanía de la República.¹⁰⁶

¹⁰⁶ **Aníbal Dominici. Comentarios al Código Civil Venezolano (reformado en 1896)**, Tomo I, Caracas, 1897, p. 29. Las anteriores afirmaciones resultan difíciles de compaginar con sus observaciones al Código Civil del **veintiocho de octubre de 1862**, cuando destacó en forma crítica: “Tocante al Derecho internacional privado es también deficiente. Los efectos del estatuto personal del venezolano se reducen allí a los actos que deben verificarse en Venezuela, y las obligaciones que nacen de las relaciones de familia sólo respecto del cónyuge y parientes venezolanos. Nada dice en cuanto a la nacionalidad de la extranjera que contrae matrimonio con venezolano y se pasa en silencio el estatuto personal del extranjero, todo lo que era elemental en la ciencia del Derecho internacional privado, desde mucho antes de la confección del Código citado” (**Aníbal Dominici. Comentarios al Código Civil Venezolano (reformado en 1896)**, Tomo I, Caracas, 1897, *Prefacio*, p. XII).

106. No obstante, el Licenciado **Luis Sanojo** hizo una presentación distinta del sistema adoptado por el Legislador de 1873 cuando afirmó:

El Código Civil trae muy pocas disposiciones sobre el particular y por lo mismo debe entenderse que en lo general ha dejado a los tribunales y a los ciudadanos sometidos a las reglas del Derecho Internacional, que es y ha sido siempre parte de nuestra legislación, como de la de todos los pueblos cultos. Es pues del dominio del expositor de aquél Código discurrir sobre aquellas reglas y tratar de establecerlas de la manera más sólida y conforme con los principios.¹⁰⁷

107. Sin duda alguna el Código Civil del **veinte de febrero de 1873** trae muy pocas disposiciones sobre determinación de la ley aplicable; pero este hecho cierto no permite concluir que el legislador venezolano pretendió dejar “a los tribunales y a los ciudadanos sometidos a las reglas del Derecho Internacional” y que corresponde al expositor del Código Civil “discurrir sobre aquellas reglas y tratar de establecerlas de la manera más sólida y conforme a los principios”. Según reconoce el doctor **Lorenzo Herrera Mendoza** el artículo sexto del Código Civil “significó, en su cuna, la territorialidad absoluta del derecho y la exclusión cabal y categórica de toda ley extranjera sobre el estado y la capacidad de quienes fueran habitantes de la República”.¹⁰⁸ En consecuencia, el sistema consagrado fue hermético, autosuficiente, ya que si no se ordenaba la aplicación del derecho extranjero, todas las personas, cosas y actos ocurridos dentro de Venezuela estaban sujetos a la ley venezolana; y, por tanto, no era posible la existencia de lagunas jurídicas que fuere necesario resolver con fundamento en las reglas del derecho internacional, según lo afirmó **Luis Sanojo**.

¹⁰⁷ **Luis Sanojo. Instituciones de Derecho Civil venezolano**, Tomo I, Caracas, Imprenta Nacional, 1873, número 36, pp. 34-35. En este sentido agrega: “Esta es la doctrina profesada por todos los autores que han escrito sobre la materia y establecida en consecuencia por el Derecho Internacional”. En la época se encontraba en vigencia el artículo 120 de la Constitución del **veintidós de abril de 1864**, reproducido con el mismo número en su reforma del **veintisiete de mayo de 1874**, que declaraba el Derecho de Gentes formando parte de la legislación nacional.

¹⁰⁸ **Lorenzo Herrera Mendoza. La Escuela Estatutaria en Venezuela y su Evolución hacia la Territorialidad**, Caracas, 1943, reproducido en **Estudios sobre Derecho Internacional Privado y Temas Conexos**, Caracas, 1960, Emp. “El Cojo”, S.A., p. 128.

108. Por otra parte, en la hipótesis negada de aceptarse como cierta la opinión de **Luis Sanojo** en el sentido de que el Código Civil de 1873 permitió la existencia de lagunas en materia de Derecho internacional privado, el problema debería haberse resuelto a través de las directrices establecidas en el ordenamiento jurídico venezolano para atender esas posibles situaciones, a saber, “por fundamentos tomados del derecho natural o de la razón”.

109. En efecto, el artículo vigésimo segundo, Ley Única, Título Décimo Primero del **Código de Procedimiento Judicial** promulgado el **diecinueve de mayo de 1836** dispuso en términos claros y precisos:

Las consultas que hacen los tribunales sobre la inteligencia de alguna ley, en ningún caso suspenden el curso y determinación del asunto; debiendo en tal evento decidirse por fundamentos tomados del derecho natural o de la razón.¹⁰⁹

110. El mismo texto fue reproducido con el número vigésimo tercero, en las reformas sancionadas el **tres de mayo de 1838**¹¹⁰ y **veintisiete de mayo de 1850**;¹¹¹ y también en el artículo diecisiete de la

¹⁰⁹ **Recopilación de Leyes y Decretos Vigentes de Venezuela**, Tomo I, Caracas, 1874, Imprenta de La Opinión Nacional, número 275, p. 346. De conformidad con el inciso décimo del artículo 147 de la Constitución de **veinticuatro de septiembre de 1830**, correspondía a la Corte Suprema de Justicia: “Oír las dudas de los demás Tribunales sobre la inteligencia de alguna ley y consultar sobre ellas al Congreso por el conducto del Poder Ejecutivo, si las considerase fundadas para la correspondiente declaratoria” (**Recopilación de Leyes y Decretos Vigentes de Venezuela**, Tomo I, Caracas, 1874, Imprenta de La Opinión Nacional, número 1, pp. 13-14). A este respecto la Corte Suprema de Justicia adoptó los siguientes Acuerdos: el **cuatro de febrero de 1837** precisó que la consulta debía ser hecha por los tribunales y no por sus funcionarios subalternos, en el caso el secretario del tribunal de Comercio de Cumaná; el **doce de diciembre de 1837** decidió que, sin perjuicio de lo que disponga el Poder Legislativo, las Cortes Superiores pueden oír las consultas que les dirijan los funcionarios públicos, aunque no sean del ramo judicial, siempre que versen sobre el orden de él; y el **nueve noviembre de 1839** se abstuvo de resolver la consulta, porque “la Corte del tercer distrito ha debido pronunciarse sobre la cuestión pendiente, y sin perjuicio y de ella y de sus progresos, proponer la duda que le ha ocurrido” (**Pedro Pablo Del Castillo. Teatro de la Legislación Colombiana y Venezolana Vigente**, Tomo I, Valencia, Imprenta del Teatro de Legislación, a cargo de N. Carrasquero, 1852, pp. 361-362).

¹¹⁰ **Recopilación de Leyes y Decretos Vigentes de Venezuela**, Tomo I, Caracas, 1874, Imprenta de La Opinión Nacional, número 350, p. 480.

¹¹¹ **Recopilación de Leyes y Decretos Vigentes de Venezuela**, Tomo II, Caracas, 1874, Imprenta de La Opinión Nacional, número 764, p. 525.

Ley Única, Título Noveno del Código de Procedimiento Civil de **dos de marzo de 1863**.¹¹²

111. Dentro de la misma directriz el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil del **veinte de febrero de 1873** dispuso:

No es permitido a los Tribunales abstenerse de decidir bajo pretexto de oscuridad o insuficiencia de la Ley, y las consultas que hagan sobre la inteligencia de alguna Ley, en ningún caso suspenderán el curso y determinación del asunto; debiendo en tal evento decidirse por fundamentos tomados del derecho natural o de la razón.

112. Por tanto el señalamiento de las “pocas disposiciones” del Código Civil y de la necesidad de acudir a las reglas del derecho internacional, sólo puede interpretarse como un simple pretexto del Licenciado **Luis Sanojo** para exponer las ideas que, en su criterio, han debido ser consagradas por el Legislador venezolano de 1873.

113. **Luis Sanojo** había emprendido una tarea similar con relación al Código Civil del **veintiuno de mayo de 1867**, que también se abstuvo de determinar expresamente el derecho aplicable al estado y capacidad de los extranjeros en Venezuela. En forma alguna tuvo en cuenta el principio de la territorialidad absoluta de la ley venezolana consagrado en el artículo sexto; antes al contrario, en su criterio, era recíproca la regla que sometía a los venezolanos a la ley venezolana, por cuanto

¹¹² **Leyes y Decretos Reglamentarios de los Estados Unidos de Venezuela**, Ministerio de Relaciones Interiores, Tomo V, Editorial Sudamericana S.A. (Buenos Aires), Editorial Sudamericana S.A. (Buenos Aires), Caracas, 1943, p. 379. El Código de Procedimiento Civil de 1863 no fue reproducido en la colección oficial titulada: **Recopilación de Leyes y Decretos Vigentes en Venezuela**. En el lugar correspondiente aparece la siguiente indicación: “Aunque se imprimió, este Código no fue comunicado en toda la República para su ejecución” (Tomo IV, Caracas, 1874, Imprenta de la Concordia, número 1332, p. 218). De acuerdo con su Disposición Final debía entrar en vigencia el **primero de mayo de 1863**; pero tres meses después quedó afectado por el Decreto de **ocho de agosto de 1863** expedido por el General **Juan Crisóstomo Falcón**, en su carácter de nuevo Jefe Supremo de la República, que derogó las leyes posteriores al quince de marzo de 1858, con excepción del Código de Comercio (**Recopilación de Leyes y Decretos Vigentes de Venezuela**, Tomo IV, Caracas, 1874, Imprenta de La Concordia, número 1357, p. 229).

no es natural suponer que la República quiera conservar sobre sus hijos residentes o domiciliados en países extranjeros, derechos que no reconoce en otras naciones respecto de los suyos, que se han domiciliado o que residen en nuestro territorio.¹¹³

114. De esta manera **Luis Sanojo**, al decir del doctor **Lorenzo Herrera Mendoza**,

había comenzado su tarea de enrumbar la doctrina venezolana hacia la moderada personalidad del derecho según la técnica estatutaria, llenando de este modo los silencios legislativos y evitando el grave obstáculo de la letra territorialista de las únicas reglas legales entonces existentes.

115. De inmediato agrega:

Llega el código del 73: Continúa el silencio de la ley sobre el estatuto personal del extranjero; es borrado el régimen personal para los bienes muebles, y quedan así dos porciones interesantísimas de la personalidad y de la realidad abandonadas por el legislador al estudio y buen juicio de la doctrina y de la jurisprudencia, las cuales habían de enfrentarse con la regla territorialista dirigida a los “habitantes” de la República.¹¹⁴

116. Ciertamente, **Luis Sanojo** había comenzado su tarea de enrumbar la doctrina venezolana hacia la moderada personalidad del derecho; pero resulta difícil de entender su olvido del artículo sexto que, en forma categórica y precisa sometía a la autoridad de la ley venezolana a todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros. En consecuencia, sus comentarios al Código Civil de 1873 representan en muchas ocasiones un esfuerzo de *lege ferenda* para reformas futuras; y desde esta perspectiva constituyen un aporte valioso a la divulgación en nuestro medio de las doctrinas más acreditadas de la época, en particular, de

¹¹³ **Luis Sanojo. Juicio crítico sobre el Código Civil.** Caracas. Imprenta de El Federalista, 1867, p. 8. Véase luego los números 63 y 64 de este trabajo.

¹¹⁴ **Lorenzo Herrera Mendoza. La Escuela Estatutaria en Venezuela y la Evolución hacia la territorialidad,** Caracas, 1943; reproducido en **Estudios sobre Derecho Internacional Privado y Temas Conexos,** Caracas, 1960, pp. 128-129.

los planteamientos de **Federico Carlos de Savigny** para resolver los casos conectados con varias legislaciones simultáneamente vigentes.

117. (2) El **artículo séptimo** del Código Civil dispuso:

Las leyes concernientes al estado y capacidad de las personas, obligan a los venezolanos aunque residan o tengan domicilio en país extranjero.

118. En esta ocasión el Legislador de 1873 repitió el artículo octavo del Código Civil de 1867 que, a su vez, se había limitado a reproducir el artículo séptimo del Proyecto español de 1851, objeto de comentarios por **Florencio García Goyena**.¹¹⁵ En consecuencia, no fueron establecidos límites a su esfera de vigencia como lo había hecho el Código Civil del que sólo contempló su aplicación cuando se trataba de actos que debían tener efecto en Venezuela, o con relación a cónyuges y parientes venezolanos, si se trataba de obligaciones y derechos nacidos de las relaciones de familia.¹¹⁶

¹¹⁵ En la época el libro de **Florencio García Goyena**, *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*, Tomo I, Madrid, Imprenta de la Sociedad Tipográfica-Editorial, 1852, era de fácil obtención en Caracas como lo demuestra su ofrecimiento público hecho por la *Librería De Rosa, Bouret y Co.* en el *Diario de Avisos y Seminario de las Provincias*, Caracas, número 95, *trece de mayo de 1857*. Por otra parte, fue mencionado en las *Observaciones* hechas en su Informe del **veinticuatro de abril de 1862** por la Comisión Revisora al Proyecto de Código Civil presentado por **Julián Viso (Gonzalo Parra-Aranguren)**. *La Regulación del Derecho Internacional Privado en el Código Civil Venezolano del veintiocho de octubre de 1862*, **Temas de Derecho Internacional Privado**, Libro Homenaje a Juan María Rouvier, Fernando Parra Aranguren, Editor, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje N° 12, Caracas, Venezuela, 2003, pp. 481-596).

¹¹⁶ De acuerdo con el **artículo octavo** de la Ley Primera de su Título Preliminar, que reprodujo el artículo décimo quinto del código civil chileno de 1855, “Los venezolanos están siempre sometidos a las leyes patrias que reglan las obligaciones y derechos civiles, aunque residan o tengan domicilio en país extranjero: 1° En lo relativo al estado de las personas y a su capacidad para ejecutar ciertos actos, que hayan de tener efecto en Venezuela. 2° En las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia; pero sólo respecto de sus cónyuges y parientes venezolanos” (**Código Civil, Edición Oficial**, Caracas. Imprenta El Independiente, 1862, pp. 3-4). Al decir de **Haroldo Valladão** los dos incisos del artículo décimo quinto del Código Civil chileno rigen a los nacionales en el extranjero en virtud de la soberanía personal del Estado; fundamento que no permitía ordenar la aplicación de la *lex patriae* a los extranjeros. En su criterio, se trata de preceptos que consagran dos principios universales, a saber, “evitar el fraude a la ley y proteger a los nacionales, aun cuando de la manera más estricta posible, en forma muy unilateral, sin violación de la soberanía extranjera”, pues no pretendió imponer su respeto fuera del territorio de la República de Chile (**Haroldo Valladão**, *Le Droit International Privé des États Américains*, **Recueil des Cours**, Tomo 81, 1952 II, pp. 42-42).

119. No obstante ser el autor de las restricciones impuestas por el artículo décimo quinto del Código civil chileno de 1855, es de advertir la concepción más amplia sobre la materia afirmada por el propio **Andrés Bello** en la tercera edición de sus *Principios de Derecho Internacional*, impresa en 1864, cuando sostuvo la validez de los siguientes conceptos:

En general, las leyes relativas al estado civil y capacidad personal de los ciudadanos, ejercen su imperio sobre ellos donde quiera que residan. Tales son las que determinan la edad en que se puede contraer matrimonio, la necesidad del consentimiento de los padres para contraerlo, los impedimentos que lo hacen ilícito o nulo, y las obligaciones a que por la unión conyugal se sujetan ambos consortes. Lo mismo se aplica a las leyes que regulan la legitimidad de los hijos, los años de la pubertad y de la edad mayor, la capacidad o incapacidad de los menores para ciertas funciones, y los requisitos y formalidades necesarios de la emancipación. Todas estas leyes se puede decir que viajan con los ciudadanos a donde quiera que se trasladen. Su patria puede por consiguiente desconocer y castigar todos los actos ejecutados en contravención a ellos cualquiera que fuese el valor que se diese a tales actos en país extranjero.¹¹⁷

120. Por su parte, **Florencio García Goyena** justificó el artículo séptimo del Proyecto de Código Civil español de 1851 en los términos siguientes:

Las *leyes personales* no pueden menos de seguir al ciudadano, donde quiera que se encuentre, así como *las reales* del artículo siguiente rigen los bienes inmuebles sin consideración ninguna a la naturaleza de su poseedor. La necesidad del consentimiento

¹¹⁷ **Andrés Bello. Principios de Derecho Internacional**, Tercera Edición, corregida y aumentada, Valparaíso, Imprenta de La Patria, 1864; reproducido en **Andrés Bello. Tomo X, Derecho Internacional, Volumen I**, Caracas, Venezuela, 1954, Ministerio de Educación. Comisión Editora de las Obras Completas de Andrés Bello, Biblioteca Nacional, Imprenta López, Buenos Aires, capítulo IV, número 5, pp. 93-94.

paterno para el matrimonio, la edad para poder contraerlo, testar, obligarse, están en la disposición de ese artículo, y generalmente todas las leyes en que se trate por punto principal del estado, calidad, capacidad o incapacidad de las personas para ciertos actos, aunque en aquellas se haga también mención de las cosas. Queda, pues, cortada una cuestión muy reñida entre los autores y, que, atendido el sumo derecho, parece debía decidirse en sentido contrario, porque no puede legislarse para fuera del territorio, y *par in parem non habet potestatem*.¹¹⁸

121. El legislador venezolano de 1873, lo mismo que en 1867, nada dispuso acerca de la ley aplicable al estado y capacidad de los extranjeros en Venezuela.¹¹⁹ En consecuencia, quedaron sometidos a la ley venezolana por mandato del artículo sexto del Código Civil, como fue expresa-

¹¹⁸ **Florencio García Goyena. Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español**, Tomo I, Madrid, Imprenta de la Sociedad Tipográfica-Editorial, 1852, p. 20. En definitiva el Proyecto de Código Civil no fue aceptado por el Gobierno español. Sin embargo, publicó el *Real Decreto sobre Contratos y demás Actos Notariados celebrados en el extranjero* de diecisiete de octubre de 1851 con la finalidad de regular cuestiones de Derecho internacional privado (**Textos y Materiales de Derecho Internacional Privado. Universidad de Madrid. Cátedra derecho Internacional Privado. Volumen I**, Artes Gráficas Benzal, 1970, p. 61; **Antonio Cano Mata y Enrique Laguna Aranda. El Sistema conflictual del Real Decreto de 17 de octubre de 1851, sobre Contratos y demás Actos Notariados celebrados en el Extranjero**, **El Derecho Internacional Privado Español anterior al Código Civil de 1889**, Talleres Editoriales El Noticiero, Zaragoza, España, 1958, pp. 41-47). Las disposiciones sobre Derecho internacional privado del Decreto de 1851 fueron complementadas el **diecisiete de noviembre de 1852** mediante el *Real Decreto fijando los derechos de extranjería en España* (**Textos y Materiales de Derecho Internacional Privado. Universidad de Madrid. Cátedra derecho Internacional Privado. Volumen I**, Artes Gráficas Benzal, 1970, pp. 62-71; **Ángel Boya Balet. El Sistema Conflictual del Real Decreto de 17 de noviembre de 1852, El Derecho Internacional Privado Español anterior al Código Civil de 1889**, Talleres Editoriales El Noticiero, Zaragoza, España, 1958, pp. 49-54).

¹¹⁹ El tercer párrafo del artículo tercero del Código Civil francés también se limitó a disponer que las leyes concernientes al estado y capacidad de las personas “rigen los franceses aun cuando residan en país extranjero”. En consecuencia, su adecuada inteligencia dio origen a diversas interpretaciones en el curso del siglo XIX. Algunos pretendieron que, según sus propios términos, los extranjeros se encontraban sometidos en Francia a la ley francesa; pero la solución finalmente admitida entendió aplicable la ley de la respectiva nacionalidad, tanto a los franceses como a los extranjeros (**André Weiss. Traité Théorique et Pratique de Droit international privé**, Tomo III, Segunda Edición, París, 1912, pp. 160-167).

mente reconocido por los doctores **Ángel César Rivas**¹²⁰ y **Francisco Gerardo Yanes**.¹²¹

122. Sin embargo, con relación al Código del **veintiuno de mayo de 1867** el Licenciado **Luis Sanojo** sostuvo

que en nuestro concepto por lo menos, la regla es recíproca, es a saber: que las leyes del respectivo país obligan a los extranjeros residentes o domiciliados en Venezuela en el mismo asunto, a no ser que contengan disposiciones contrarias al orden público o a las buenas costumbres.¹²²

123. De nuevo, sin tomar en cuenta su consagración de la territorialidad absoluta de la ley venezolana consagrada en el artículo sexto del Código Civil del **veinte de febrero de 1873**, el Licenciado **Luis Sanojo** sostuvo que el artículo séptimo contemplaba el *estatuto personal*, es decir,

la ley cuyas disposiciones crean o modifican directa y únicamente el estado de las personas, es decir que establecen la universalidad de su condición, de su capacidad o incapacidad para proceder a los actos de la vida civil, la ley que imprime a la persona una cualidad general, sin ninguna relación con las cosas, a no ser de una manera accesoria y por una consecuencia del estado o de la cualidad del hombre objeto principal del legislador.

¹²⁰ **Ángel César Rivas**. *De la observancia de la Ley extranjera y su garantía*, **Anales de la Universidad Central de Venezuela**, Tomo VII, 1906, pp. 277-278; **Ángel César Rivas**. *Le Droit International Privé et Pénal de Vénézuëla*, **Revue de Droit International Privé et de Droit Pénal International**, París, 1912, pp. 11-12.

¹²¹ **Francisco Gerardo Yanes**. *Memorándum de Derecho Internacional Privado para uso de los estudiantes de Derecho*. Caracas, Imprenta Nacional, 1912, pp. 124-125.

¹²² **Luis Sanojo**. *Juicio crítico sobre el Código Civil*. Caracas. Imprenta de El Federalista, 1867, p. 8. Las explicaciones anteriores de **Luis Sanojo** inspiraron el segundo párrafo del artículo sexto del Proyecto de Código Civil de 1869, redactado en los siguientes términos: "En cuanto al estado y capacidad de las personas y a las relaciones de familia, regirán las leyes del país a que pertenece la persona".

124. De inmediato agregó las siguientes consideraciones:

Así que se consideran como *estatuto personal* la ley que determina si un individuo es o no ciudadano, la que fija la mayor edad, la que determina qué personas son capaces de contraer matrimonio, bien en absoluto, bien respecto de ciertos individuos, la que establece los derechos del padre sobre sus hijos, la del marido sobre su mujer, la del tutor sobre el menor o entredicho, la que establece la capacidad para obligarse y para testar.¹²³

125. De acuerdo con **Luis Sanojo** la “ley personal de un individuo es la de la Nación de que es miembro”,¹²⁴ y, por tanto, “rige respecto de él, en cualquier parte en que se encuentre, en todo lo concerniente a su estado y capacidad”, con el comentario adicional de que

en verdad, sería chocante y absurdo que una misma persona fuese casada en un lugar y soltera en otro, que el padre tuviese aquí poder sobre sus hijos y allá no, que alguien pudiese testar o no, según el punto de la tierra en que se encontrase.

126. En consecuencia, con fundamento en el artículo séptimo del Código Civil el Licenciado **Luis Sanojo** concluyó que, “por reciprocidad, debemos concluir que a los extranjeros deben aplicarse las Leyes de su Nación relativas a las mismas materias aunque residan o tengan domicilio en Venezuela”.¹²⁵

127. A este respecto el doctor **Lorenzo Herrera Mendoza** formuló los siguientes comentarios:

El Código Civil de 1867 y el de 1873 guardan silencio sobre el régimen del estado y capacidad del extranjero ante los Tribu-

¹²³ **Luis Sanojo. Instituciones de Derecho Civil venezolano**, Tomo I, Caracas, Imprenta Nacional, 1873, Número 38, p. 36.

¹²⁴ **Luis Sanojo. Instituciones de Derecho Civil venezolano**, Tomo I, Caracas, Imprenta Nacional, 1873, Número 39, p. 37.

¹²⁵ **Luis Sanojo. Instituciones de Derecho Civil venezolano**, Tomo I, Caracas, Imprenta Nacional, 1873, Número 39, p. 39.

nales venezolanos. Esto era indispensable para que se pudiera precisar y clasificar con seguridad el sistema jurídico preferido por el Legislador. Pero los Codificadores de entonces optaron por callar sus ideas, dejando huellas de que las hubo, pero vacilantes o discutidas entre los mismos codificadores. De este modo, quedó abandonada tan importantísima cuestión a la doctrina y a la jurisprudencia para su dilucidación y decisión.¹²⁶

128. Sin embargo, la interpretación propuesta se abstiene de tomar en cuenta el artículo sexto del Código Civil de 1873, que ordenaba la aplicación de la ley venezolana a todos los habitantes del territorio, incluso los extranjeros, y cuyo verdadero sentido fue destacado por el propio doctor **Lorenzo Herrera Mendoza**.¹²⁷

129. (3) El artículo octavo del Código Civil dispuso:

Los bienes inmuebles, aunque estén poseídos por extranjeros, se regirán por las leyes venezolanas.

130. En materia de bienes inmuebles el Legislador de 1873 reprodujo el artículo noveno del Código Civil de 1867 que, a su vez, había repetido el artículo octavo del Proyecto español de 1851.

131. **Florencio García Goyena** justificó la solución adoptada en los términos siguientes:

Los bienes inmuebles forman parte del territorio, y el soberano de éste no puede menos de serlo de aquéllos. La soberanía es

¹²⁶ Lorenzo Herrera Mendoza. *La Escuela Estatutaria en Venezuela y la Evolución hacia la territorialidad*, Caracas, 1943; reproducido en *Estudios sobre Derecho Internacional Privado y Temas Conexos*, Caracas, 1960, p. 128.

¹²⁷ Lorenzo Herrera Mendoza. *La Escuela Estatutaria en Venezuela y la Evolución hacia la territorialidad*, Caracas, 1943; reproducido en *Estudios sobre Derecho Internacional Privado y Temas Conexos*, Caracas, 1960, pp. 140-151.

indivisible, y dejaría de serlo, si las porciones del territorio pudiesen regirse por leyes que no emanasen de un mismo soberano. Esto es un punto de derecho público universal, sobre el que ningún Estado independiente ha hecho, ni hará la menor concesión a otro... La disposición de ese artículo comprende también el caso de reputarse inmuebles en un país los bienes que según la legislación de otro sean muebles.¹²⁸

132. La solución había sido ya consagrada, con algunas diferencias, en el Código Civil de 1862,¹²⁹ en seguimiento del Código Civil chileno de 1855; y su redactor, **Andrés Bello**, la fundamentó en las siguientes consideraciones:

Del dominio y del imperio emana la potestad de dar leyes sobre la adquisición, goze, adquisición y transmisión de las propiedades existentes en el territorio del Estado. La ley del Estado en que se hallan los bienes raíces, es la que determina lo concerniente a ellos, aun cuando sean poseídos por extranjeros o por personas domiciliadas en país extraño; de donde se infiere, según la doctrina común, que si un extranjero posee bienes raíces en nuestro suelo, no puede disponer de ellos a título gratuito en perjuicio de sus descendientes o ascendientes, sino hasta concurrencia de lo que permitan a los ciudadanos las leyes locales; que no puede hipotecarlos, sino por los medios y con las formalidades prescritas por las mismas leyes; y que en las sucesiones *ab intestato* los bienes raíces son rejidados, no

¹²⁸ **Florencio García Goyena. Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español**, Tomo I, Madrid, Imprenta de la Sociedad Tipográfica-Editorial, 1852, pp. 20-21.

¹²⁹ El artículo noveno de la Ley Primera del Título Preliminar del Código Civil del **veintiocho de octubre de 1862** agregó la siguiente frase: “aunque sus dueños sean extranjeros y no residan en Venezuela”. Además incorporó un nuevo párrafo, en seguimiento parcial del Código Civil chileno de 1855, que dispuso: “Esta disposición se entiende sin perjuicio de las convenciones celebradas válidamente en país extranjero; pero sus efectos en Venezuela se arreglan siempre a las leyes venezolanas”.

por las leyes del país a que perteneció el difunto, sino por las del territorio en que están situados los bienes.¹³⁰

133. No obstante la validez de los principios que justifican la solución del artículo octavo del Código Civil, la fórmula utilizada es insatisfactoria por cuanto sólo resulta justificable disponer la aplicación de la ley venezolana respecto de los inmuebles ubicados en el territorio de la República.¹³¹

134. Por otra parte, los Códigos Civiles de 1867 y 1873 únicamente contemplaron en forma expresa el caso de los bienes inmuebles “poseídos por extranjeros”, en seguimiento del Proyecto español; y se abstuvieron de contemplar las hipótesis en las cuales “sus dueños sean

¹³⁰ **Andrés Bello. Principios de Derecho Internacional**, segunda edición corregida y aumentada, Caracas, Imprenta Almacén de J.M. Rojas, 1847, Capítulo Cuarto, Sección 4, p. 53. En apoyo de su criterio citó a *Merlin, Répertoire de Législation*, v. *Loi* VI, 2. No obstante es de señalar que, en nota a pie de página, advirtió que “estas deducciones no parecen admisibles en toda su latitud, según el puro Derecho natural”,¹³⁰ y de seguida agregó las siguientes consideraciones: “No debemos confundir las leyes que miran especial y directamente a los bienes raíces (llamadas *estatutos reales*) con las que tocan directamente a las personas, y por medio de éstas a los bienes, sin consideración a su calidad de muebles o inmuebles (*estatutos personales*). Si en nuestro país la transmisión de bienes raíces estuviese sujeta a reglas especiales; si, por ejemplo, sólo pudiese suceder en ellos el primogénito, deberían sin duda observarse esas reglas: el primogénito del extranjero difunto excluiría de esos bienes a sus hermanos, cualesquiera que fuesen las leyes del domicilio de su padre o del suyo. Pero si la diferencia entre nuestras leyes y las extranjeras fuese sólo relativa a la división de los bienes por testamento o *ab intestato*, sin distinción de muebles o inmuebles: si, por ejemplo, las leyes extranjeras llamasen a la viuda a partir con los hijos, y las nuestras no, ¿qué ventaja nos resultaría de negar a la viuda en los inmuebles la parte que le concediesen las leyes de su país en la herencia de su marido difunto? La admisión de la viuda no tendría nada de contrario a nuestras leyes, dado que ellas permiten que se dividan los bienes raíces entre los herederos y que sean poseídos por extranjeros: el modo en que deban dividirse es un punto que no nos concierne, y en que versan consideraciones de otra especie, como después veremos. Si el extranjero, dueño de los bienes raíces, dispusiere de ellos por testamento a favor de una persona que en su país fuese incapaz de heredarle, pero que no lo fuese en el nuestro, excluiríamos seguramente al heredero testamentario. De la misma manera, si el extranjero, según las leyes de su domicilio, no fuese hábil para disponer de sus bienes por contrato entre vivos, sino con ciertos requisitos, y en nuestro país lo fuese sin ellos, el contrato por la falta de esos requisitos carecería de valor entre nosotros; (*Merlin*, ib.) ¿No es esto reconocer en la enajenación y transmisión de los inmuebles el imperio de los estatutos personales de un país extranjero?”.

¹³¹ La misma crítica es aplicable al artículo octavo del Proyecto español de 1851 que declaró en términos generales: “Los bienes inmuebles, aunque estén poseídos por extranjeros, se rigen por las leyes españolas”.

extranjeros y no residan en Venezuela”, como lo había hecho el Código Civil de 1862.

135. De acuerdo con **Luis Sanojo** el artículo octavo del Código Civil consagra el *estatuto real* que, según las enseñanzas de *Foelix*, es

la ley que tiene por objeto principal y directo las cosas, que permite o prohíbe disponer de ellas y que determina la manera de adquirir, transmitir y perder la propiedad sin tener en consideración el estado o capacidad de las personas, sino de una manera incidente o accesoria y como una consecuencia. El estatuto real imprime a las cosas cierta cualidad que naturalmente refleja sobre las facultades de la persona.¹³²

136. En este sentido **Luis Sanojo** explicó:

las leyes que se limitan a prescribir reglas relativas a la posesión o transmisión de los bienes inmuebles o a los derechos reales que pueden ejercerse sobre ellos, sea que permitan o que prohíban a la persona ciertos actos que su estado universal le prohíbe, o le autoriza para ejecutar, pertenecen al estatuto real, y rigen los bienes situados en el territorio para el cual fueron dictadas, excluyendo la aplicación de la ley personal del propietario y de la del lugar en que el acto sea ejecutado; pero en cambio los efectos de aquella ley no se extienden jamás allá de los límites del territorio... Las propiedades raíces forman parte inte-

¹³² **Luis Sanojo. Instituciones de Derecho Civil venezolano**, Tomo I, Caracas, Imprenta Nacional, 1873, Número 38, p. 36. A este respecto indicó que “para distinguir el estatuto personal del real es menester atender únicamente al efecto inmediato de la ley, porque si se atendiese también a los remotos, toda ley sería estatuto personal y real a un tiempo. En consecuencia, si la ley tiene por objeto inmediato reglar el estado de la persona, su capacidad o incapacidad, el estatuto será personal, siendo sus efectos con relación a los bienes únicamente una consecuencia remota de la personalidad. Si, por el contrario, el objeto principal, directo e inmediato de la ley es reglar la cualidad, la naturaleza de los bienes, el estatuto será real, por sus efectos con relación a la persona, una consecuencia remota del objeto inmediato del estatuto” (**Luis Sanojo. Instituciones de Derecho Civil venezolano**, Tomo I, Caracas, Imprenta Nacional, 1873, Número 38, p. 37).

grante del territorio en que están situadas y mal podrían estar sometidas a una legislación extranjera, porque con ello se infringiría el principio de la soberanía territorial.¹³³

137. **Luis Sanojo** agregó las siguientes consideraciones:

Tanto las sucesiones testamentarias como *ab-intestato* tienen por norma, sea en cuanto al orden de suceder, sea en cuanto a la extensión de los derechos sucesorios, sea en cuanto a la validez de la disposición, el estatuto personal del difunto en cuanto a los bienes muebles y en cuanto a los inmuebles el estatuto real. Respecto a los unos ya conocemos la ficción legal de que *mobilia ossibus inhaerent*, que debe aplicarse en el caso de las sucesiones por no tener ningún interés en contrario el país de la situación. No así por lo que hace a los inmuebles, porque a ellos es a los que puede aplicarse lo que trae *Tocqueville* hablando de las leyes sobre sucesión: “Estas leyes pertenecen al orden civil, pero deberían colocarse a la cabeza de todas las instituciones políticas, porque influyen de una manera increíble sobre el estado social de los pueblos, de que las leyes políticas son expresión”. Son, pues, leyes de orden público las que tratan de la sucesión de las propiedades inmuebles, y por lo mismo no deben aplicarse en el lugar de la situación las extranjeras que no sean conformes a las del país de que aquéllas son parte integrante.¹³⁴

138. **Luis Sanojo** destacó asimismo que, en materia de inmuebles, el Legislador venezolano había hecho coincidir la ley aplicable con la jurisdicción competente. En efecto, el primer párrafo del artículo 45 del Código de Procedimiento Civil del **veinte de febrero de 1873** atribuyó jurisdicción a los tribunales venezolanos, aun cuando el demandado no tuviere su domicilio en Venezuela, “si se trata de acciones sobre

¹³³ **Luis Sanojo. Instituciones de Derecho Civil venezolano**, Tomo I, Caracas, Imprenta Nacional, 1873, Número 40, pp. 41-42.

¹³⁴ **Luis Sanojo. Instituciones de Derecho Civil venezolano**, Tomo I, Caracas, Imprenta Nacional, 1873, número 52, pp. 60-61.

bienes inmuebles o muebles existentes en la República”,¹³⁵ porque, en su criterio, resulta lógica consecuencia del principio según el cual “la autoridad que deba conocer de las controversias que sobre ellos se susciten sea la establecida y organizada por la ley del país”.¹³⁶ Por otra parte, la jurisdicción atribuida tuvo carácter exclusivo, pues el mismo Código de Procedimiento Civil, en el ordinal primero de su artículo 552 supeditó la declaratoria de fuerza ejecutoria de las decisiones extranjeras, entre otros requisitos, a que “la sentencia no verse sobre bienes inmuebles situados en Venezuela”; condición justificada por **Luis Sanojo** en los términos siguientes:

Siempre han sido muy celosas las naciones en punto a jurisdicción sobre los inmuebles situados en su territorio, porque como hacen parte integrante de él, no es lo regular que estén sujetos a una soberanía extranjera. La ley habla con mucha generalidad y por lo mismo, debe aplicarse no sólo al caso en que se trata del pleno dominio de un inmueble, sino también al en que verse la sentencia sobre el usufructo, o una servidumbre real. Si el fallo ha recaído sobre un crédito garantido por la hipoteca de una finca situada en el país, no habrá inconveniente en cumplirla en cuanto declara la efectividad del crédito, pero no en cuanto declara la eficacia de la hipoteca, porque con esto, se afecta una parte del territorio de la República.¹³⁷

139. No obstante, con relación al artículo décimo del Código Civil de 1916, que sometió a la ley venezolana los bienes, muebles e inmuebles, situados en el territorio de la República, el doctor **Orángel Rodríguez** hizo los siguientes comentarios:

¹³⁵ El precepto reprodujo el inciso primero del artículo 105 del Código de Procedimiento Civil italiano que atribuyó jurisdicción a sus tribunales, en el caso de demandado sin residencia en Italia, cuando se trata de demandados extranjeros no residentes en el territorio (*Se si il tratti de azione su boni immobili o beni mobili existente nel regno*).

¹³⁶ **Luis Sanojo. Exposición del Código de Procedimiento Civil con su texto**, Imprenta Federal, Caracas, 1876, número 140, p. 85.

¹³⁷ **Luis Sanojo. Exposición del Código de Procedimiento Civil con su texto**, Imprenta Federal, Caracas, 1876, número 701, pp. 447-448.

No se nos oculta que mui poderosas razones existen para haberse siempre establecido como tesis general (por lo menos en lo relativo a los bienes inmuebles i salvo ciertas restricciones respecto del derecho de sucesión i del derecho de familia) que los bienes se rijan por la lei de la situación, razones entre las cuales se señalan notablemente la de la seguridad de las instituciones nacionales, quizás hasta políticas, relacionadas con la legislación nacional. Pero debería considerarse como un egoísmo injustificable el negar al extranjero, relativamente a bienes, la aplicación de todas sus leyes personales.¹³⁸

140. A diferencia de los códigos anteriores, el **Legislador de 1873 se abstuvo de indicar la ley aplicable a los bienes muebles.**

141. El silencio fue explicado un cuarto de siglo después por el doctor **Ramón F. Feo**, también miembro de la Comisión General de Códigos, cuando hizo los siguientes comentarios:

El Código italiano que nuestro legislador tuvo presente como el más adelantado, dice en su artículo 7º: “Los bienes muebles están sujetos a la ley de la nación del propietario, salvo disposiciones contrarias de la ley del país en que se encuentran”. De creerse es que el legislador venezolano no creyó deber aceptar ese principio. Luego veremos que en ese punto es grande la divergencia entre las opiniones de los juristas de Europa y de América. Aquí la tendencia general era someter los muebles a los mismos principios que los inmuebles y así se ha hecho últimamente. En Europa no.¹³⁹

¹³⁸ **Orángel Rodríguez. Teoría crítica de las Bases del Derecho internacional Privado**, Tomo Primero, Segunda Tirada, Caracas, Editorial Victoria, Manrique & Ramírez Ángel, 1917, número 98, pp. 272, 276.

¹³⁹ **Ramón F. Feo. Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil Venezolano**, Tipografía Guttenberg, Tomo Primero, Caracas, 1904, pp. 37-38. La referencia es al artículo octavo del Código Civil del **diecinueve de mayo de 1896** que dispuso: “Los bienes muebles e inmuebles situados en Venezuela, aunque estén poseídos por extranjeros, se regirán por las leyes venezolanas”.

142. No obstante, debe advertirse que la materia había sido regulada en el artículo décimo de la Ley Primera, Título Preliminar, del Código Civil del **veintiocho de octubre de 1862** que, sin restringirse a las hipótesis en las cuales se encontraren situados en Venezuela, dispuso en términos generales:

Los derechos y obligaciones relativas a bienes muebles se rigen por las leyes del país en que su dueño está domiciliado.

143. De esta manera reprodujo el artículo noveno del Proyecto español de 1851, repetido también en el Código Civil del **veintiuno de mayo de 1867**.

144. **Florencio García Goyena** explicó la solución en los siguientes términos:

Este artículo es una consecuencia del anterior, sacada *a contrario sensu*: si los inmuebles por ser naturalmente imposible su traslación de un lugar a otro, han de regirse por las leyes de aquél en que están sitos, los muebles, por la razón contraria de poder su dueño trasladarlos de un lugar a otro cuando quiera, deben regirse por las leyes del lugar de su domicilio.

145. Sin embargo, **Florencio García Goyena** agregó el siguiente comentario:

Difícil sería en sumo y riguroso derecho sostener la disposición de este artículo: ¿cómo ha de alcanzar la legislación de un país a los bienes, aun muebles, que existan en otro? Pero los Estados, no menos que los particulares, se deben concesiones recíprocas, y está recibido como un común consentimiento de todos ellos que los bienes muebles, donde quiera que existan, se gobiernan por las leyes del domicilio de su dueño: así, muriendo intestado un francés allí domiciliado y con bienes muebles en España, se heredarán en ellos por las leyes francesas.¹⁴⁰

¹⁴⁰ **Florencio García Goyena**. *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*, Tomo I, Madrid, Imprenta de la Sociedad Tipográfica-Editorial, 1852, p. 21.

146. Según advierte **Aníbal Dominici** con relación al Código de 1862, su artículo décimo de la Ley Primera, Título Preliminar,

establece que los derechos y obligaciones relativos a bienes muebles se rigen por la ley del país en que su dueño está domiciliado, sin distinguir si esos bienes se consideran como una universalidad, tal cual sucede en las herencias, o como cosas individuales.¹⁴¹

147. Una solución distinta había sido preconizada por **Andrés Bello**. En su criterio la *lex rei sitae* es competente para regir tanto los inmuebles como los bienes muebles considerados individualmente; y así lo afirmó en la Sección Cuarta del Capítulo Cuarto de sus *Principios de Derecho Internacional* en los siguientes términos:

Con respecto a los muebles la regla que se sigue es la misma que para los bienes raíces. Pero en los muebles se reconoce generalmente que la lei del domicilio del difunto regla la transmisión hereditaria y *ab intestato*.¹⁴²

148. Por su parte **Francisco Gerardo Yanes** sostuvo que los Códigos Civiles de 1862 y de 1867 sometieron los bienes, muebles e inmuebles, a la *lex rei situs*, por cuanto, en su criterio,

¹⁴¹ **Aníbal Dominici**. *Comentarios al Código Civil Venezolano (reformado en 1896)*, Tomo I, Caracas, 1897, *Prefacio*, p. XII.

¹⁴² **Andrés Bello**. *Principios de Derecho Internacional*, segunda edición corregida y aumentada, Caracas, Imprenta Almacén de J.M. Rojas, 1847, Capítulo Cuarto, Sección 4, p. 54. En apoyo de la solución menciona en nota a pie de página a *Wheaton's Elements*, II, 2, # 5. A este respecto **Lorenzo Herrera Mendoza** destaca que **Andrés Bello** “supo apartarse de los franceses, de los anglo-americanos, etc.: conoció a tiempo la tesis de *Savigny*, y también que, según regla expresada en el *código de Maximiliano de Baviera* (mediados del siglo XVIII), “se debe seguir y observar el derecho establecido *in loco rei sitae*, sin distinción entre las cosas muebles y las inmuebles” (cita de *Eichhorn*, reproducida por *Savigny*, tomo 8, p. 172)” (*La Escuela Estatutaria en Venezuela y la Evolución hacia la territorialidad*, Caracas, 1943; reproducido en *Estudios sobre Derecho Internacional Privado y Temas Conexos*, Caracas, 1960, p. 137, *italicas en el original*). Sin embargo, debe observarse que la segunda edición de los *Principios de Derecho Internacional* de **Andrés Bello** apareció en 1844 y que el tomo octavo del *System des heutigen Römischen Rechts* de **Federico Carlos de Savigny** sólo fue publicado 1849, en 1851 la traducción francesa utilizada por **Andrés Bello**.

la regla relativa a los muebles, regidos por la ley del domicilio de su dueño, lejos de ser una consecuencia del estatuto personal, fue la consagración del principio territorial de la situación, ficticiamente supuesta en el lugar del domicilio del propietario.¹⁴³

149. A pesar de la ausencia de disposición expresa para resolver el asunto y del principio de la territorialidad de la ley consagrado en el artículo sexto del Código Civil de 1873, el doctor **Luis I. Bastidas** sostuvo, sin mayores explicaciones, que “los bienes muebles quedaron sometidos a lo establecido en el Código derogado”.¹⁴⁴

150. Por el contrario, el Licenciado **Luis Sanojo** aprovechó la ausencia de norma sobre la ley aplicable a los bienes muebles para exponer sus ideas al respecto, haciendo caso omiso del principio de la territorialidad de la ley consagrado en el artículo sexto del Código Civil. En consecuencia, sostuvo la necesidad de distinguir si se trata de bienes muebles considerados individualmente o si forman parte de una universalidad; y agregó las siguientes consideraciones:

Las leyes del lugar de la situación, o sea, el estatuto real, gobiernan todo lo relativo a los bienes muebles, cuando se les considera *individualmente*, y así se las aplicará en lo que concierna a los privilegios que sobre ellos puedan tener algunos acreedores, a los derechos que produzca la accesión, a la manera de adquirírselos por actos *inter vivos*. Mas cuando se les considera como una universalidad, es decir, bajo el punto de vista de la sucesión hereditaria, se seguirá el estatuto personal del transmitente. El motivo por el cual se atiende al estatuto personal en punto a bienes muebles, es porque se les considera adheridos a la persona del propietario, *mobilia sequuntur personam, mobilia ossibus inhaerent*, y tal no se verifica

¹⁴³ **Francisco Gerardo Yanes**. *Memorándum de Derecho Internacional Privado para uso de los estudiantes de Derecho*. Caracas, Imprenta Nacional, 1912, p. 125.

¹⁴⁴ **Luis I. Bastidas**, “por la concurrencia dos veces, del nombre Diego Bautista” (*Historia del Código Civil Venezolano*, *Boletín de la Biblioteca de los Tribunales del Distrito Federal*, número 9, Caracas, 1959, p. 47).

sino respecto de la sucesión hereditaria. En ellas se trata de suceder en todos los derechos del propietario, de la sustitución de una persona por otra, y por lo tanto debe considerársele adherido todo lo que le pertenece a la persona que va a reemplazar, a no ser que consideraciones de otro orden, como sucede en los bienes inmuebles, vengán a hacer inadmisibile la ficción legal. No sucede lo mismo en los demás actos que pueden producir derechos sobre los muebles. Tratase en ellos de hechos aislados que en nada entrañan la íntima unión entre la cosa y el dueño.

151. En criterio de **Luis Sanojo** el Legislador de 1873,

al guardar silencio respecto de los muebles, ha dejado estos últimos sujetos a las disposiciones del Derecho internacional. Y en este punto deben seguir las leyes del domicilio del propietario y no la de su nacionalidad, según la opinión generalmente recibida, de acuerdo con lo que se deduce de la naturaleza de las cosas.¹⁴⁵

152. A este respecto **Luis Sanojo** agregó:

Hay otro principio que hace aplicable el estatuto personal del poseedor en cuanto a sucesión en los bienes muebles, principio que hace aplicable el mismo estatuto respecto de donaciones *inter vivos* de los mismos bienes, es a saber: que en estos hechos están interesados principal, si no exclusivamente, los derechos inherentes al poseedor, al paso que en los demás hechos jurídicos o no jurídicos que producen derechos sobre aquellos bienes, se hallan interesados de una manera también principal los de individuos distintos de sus poseedores.¹⁴⁶

¹⁴⁵ **Luis Sanojo. Instituciones de Derecho Civil venezolano**, Tomo I, Caracas, Imprenta Nacional, 1873, Número 40, p. 42.

¹⁴⁶ **Luis Sanojo. Instituciones de Derecho Civil venezolano**, Tomo I, Caracas, Imprenta Nacional, 1873, Número 40, p. 43.

153. El Licenciado **Luis Sanojo** también sostuvo:

Se atiende a las leyes del lugar de la situación de la cosa para decidir si ha de calificársela de mueble o inmueble, porque si tal cuestión se resolviese por las leyes personales del propietario se correría el peligro de someter a leyes extranjeras cosas que forman parte integrante del territorio de una nación. Por el mismo motivo se ha adoptado el principio de que en la duda sobre si una ley es personal o real, deba considerársela de ésta última especie.¹⁴⁷

154. De igual manera **Luis Sanojo** destacó la conveniencia de hacer coincidir la ley aplicable a los bienes muebles con la jurisdicción competente, como lo hizo el legislador venezolano en el Código de Procedimiento Civil del **veinte de febrero de 1873**. En efecto, de acuerdo con el ordinal primero de su artículo 45 las autoridades judiciales de Venezuela fueron facultadas para conocer de acciones contra personas no domiciliadas en la República aun cuando no se encuentren presentes en su territorio, “si se trata de acciones sobre bienes inmuebles o muebles existentes en la República”. A este respecto comentó:

Es un principio de derecho internacional privado que las leyes de la situación, o sea, el estatuto real, gobiernan todo lo relativo a los bienes muebles, cuando se les considera *individualmente*. Por ello, el citado artículo sujeta a los no domiciliados a ser demandados en la República, cuando la acción sea sobre bienes muebles existentes en la República.¹⁴⁸

155. Por otra parte el artículo 867 del Código Civil atribuyó jurisdicción a los tribunales venezolanos en materia sucesoral si el último domicilio del difunto se encontraba en Venezuela, con independencia de

¹⁴⁷ **Luis Sanojo. Instituciones de Derecho Civil venezolano**, Tomo I, Caracas, Imprenta Nacional, 1873, Número 40, p. 42.

¹⁴⁸ **Luis Sanojo. Exposición del Código de Procedimiento Civil con su texto**, Imprenta Federal, Caracas, 1876, número 141, p. 85.

su nacionalidad;¹⁴⁹ y en forma excepcional, cuando la sucesión se hubiere abierto fuera de la República, el artículo 35 del Código de Procedimiento Civil permitió proponer, en el lugar en que se encuentren la mayor parte de los bienes existentes en su territorio, las siguientes acciones: (1) “sobre petición y división de la herencia y cualesquiera otras entre coherederos hasta la división”; (2) “sobre rescisión de la partición ya hecha, y sobre saneamiento de las cuotas asignadas, con tal que se propongan dentro de un bienio después de la partición”; (3) “contra los albaceas, con tal que se intenten antes de la división; si ésta no es necesaria, dentro de un bienio después de la apertura de la sucesión”; y (4) “de los legatarios y los acreedores de la herencia” si se proponen en los términos antes indicados.¹⁵⁰

156. El Licenciado **Luis Sanojo** advirtió que el fuero establecido en el artículo 35 del Código de Procedimiento Civil de 1873 “se entiende caso de que la sucesión de estos bienes, por lo menos, haya de regirse por las leyes de Venezuela, o de que sus tribunales sean competentes para conocer de la demanda, porque si tal no es el caso, no habrá lugar a la presente disposición”. De igual modo explicó que “de no dejar el finado bienes en Venezuela y de haberse abierto la sucesión fuera de su territorio no habrá fuero especial para el conocimiento de las demandas de que aquí se trata y deberán seguirse las reglas generales de la competencia”.¹⁵¹

157. (4) El **artículo noveno** del Código Civil de 1873 reprodujo el artículo octavo del Proyecto de 1869, que había previsto:

¹⁴⁹ De acuerdo con el artículo 867 del Código Civil de 1873, “la sucesión se abre en el momento de la muerte, en el lugar del último domicilio del difunto”.

¹⁵⁰ Asimismo fue dispuesto que no quedaba excluida la competencia del domicilio, pero de ser varios los demandados debían tener todos el mismo domicilio. El precepto se inspiró en el artículo 94 del Código de Procedimiento Civil italiano de 1865, aun cuando éste atribuyó competencia a los tribunales del lugar en el cual se encontrare la mayor parte de los bienes objeto de la división, muebles o inmuebles, y en su defecto, a los del domicilio o de la residencia del demandado.

¹⁵¹ **Luis Sanojo. Código de Procedimiento Civil**, Imprenta Federal, Caracas, 1876, número 118 p. 72.

La forma estrínseca de los actos entre vivos y de última voluntad se rige por las leyes del país en donde hacen; pero los venezolanos podrán seguir las disposiciones de las leyes venezolanas, en cuanto a la misma forma estrínseca, cuando el acto sea otorgado ante el empleado competente de la República en el lugar del otorgamiento.

En todo caso, la lei de Venezuela que haya establecido como necesaria una forma especial, deberá ser cumplida.

158. En el **primer párrafo del artículo noveno** el Legislador de 1873 reiteró la validez principio *locus regit actum* para regir la forma extrínseca de los “actos entre vivos y de última voluntad”; sin extenderse en las especificaciones del Código del **veintiuno de mayo de 1867** que hizo referencia a las “solemnidades” de los actos y también mencionó expresamente “los contratos, testamentos y todo instrumento público”.

159. Se trata de un principio generalmente admitido. **Florencio García Goyena** señala, con relación al proyecto español de 1851 que, “por el mismo consentimiento tácito de las naciones”, el artículo se aplica, aún en el caso de bienes inmuebles, por cuanto

de otro modo sería preciso multiplicar hasta el infinito los testamentos y contratos, si los testadores y contratantes disponen de inmuebles en diferentes países; ¿y quién podría saber sus diferentes legislaciones sobre las solemnidades de aquellos actos?”.¹⁵²

160. La determinación de la ley aplicable a la forma extrínseca de los poderes otorgados en el extranjero fue objeto de regulación autónoma en el Código de Procedimiento Civil del **veinte de febrero de 1873** que dispuso en su artículo dieciséis:

¹⁵² **Florencio García Goyena. Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español**, Tomo I, Madrid, Imprenta de la Sociedad Tipográfica-Editorial, 1852, p. 22.

Si el poder ha sido otorgado en país extranjero, debe tener las formalidades establecidas en él y venir además legalizado por un magistrado del lugar o por otro funcionario público competente. En el caso de haberse otorgado en idioma extranjero, se le traducirá al castellano por un intérprete jurado.¹⁵³

161. **Luis Sanojo** comentó al respecto:

El artículo 16 del Código de Procedimiento Civil lo que quiere es que el poder, aunque sea otorgado en país extranjero, conste en forma auténtica, y parece natural que tenga las formalidades que en aquél país se exigen para los documentos que han de obrar fuera del mismo, si hai tales formalidades establecidas. La costumbre es hacer legalizar en último resultado la firma del funcionario que haya autorizado el documento, por un agente diplomático o consular de la República en dicho país

¹⁵³ La materia había sido regulada en términos similares por el artículo cuarto de la Ley Primera, Título Primero, del Código de Procedimiento Judicial de **diecinueve de mayo de 1836** que dispuso: “Si el poder ha sido otorgado en País extranjero, debe tener las formalidades que se exijan en dicho país, y venir además legalizado por un Magistrado del lugar donde se haya otorgado, y traducido al castellano por un intérprete jurado”. Sin embargo, el *Decreto sobre Intérpretes* sólo se promulgó tres años después, el **diecinueve de marzo de 1839 (Recopilación de Leyes y Decretos Vigentes de Venezuela, Tomo I, Caracas, 1874, Imprenta de La Opinión Nacional, número 363, p. 507)**. En virtud de divergencias interpretativas, el precepto fue objeto de consulta a la Corte Suprema de Justicia que, en Acuerdo del **treintuno de octubre de 1837**, confirmó la competencia de la *lex loci actus* para regir la forma extrínseca de los poderes otorgados en el extranjero (**Pedro Pablo Del Castillo. Teatro de la Legislación Colombiana y Venezolana Vigente**, Tomo I, Valencia, Imprenta del Teatro de Legislación, a cargo de N. Carrasquero, 1852, p. 76; Tomo III, Valencia, Imprenta del Teatro de Legislación, a cargo de N. Carrasquero, 1852, p. 93). Un régimen similar había sido previsto en el *Proyecto de Código de Procedimiento Civil* del **primero de enero de 1835** publicado en Valencia por el jurisconsulto **Rafael Agostini**. En efecto, su artículo segundo de la Segunda Parte, titulada *Del Procedimiento en los Tribunales*, previno: “Si el poder ha sido otorgado en País extranjero, debe tener las formalidades que se exijan en *aquel* país, y venir legalizado por un Magistrado del lugar donde sea otorgado, y traducirse al castellano por un intérprete jurado” (**Biblioteca del Congreso Nacional, Tomo 82, Cámara de Representantes. Actos Legislativos, 1836, p. 334**). La misma solución fue consagrada en el artículo cuarto de la Ley Primera del Título Primero del Código de Procedimiento Civil de **dos de marzo de 1863**, que dispuso: “Si el poder ha sido otorgado en país extranjero, debe tener las formalidades establecidas en él, y venir además legalizado por un magistrado del lugar o por otro funcionario público cuya intervención dé autenticidad. En el caso de haberse otorgado en idioma extranjero, se le traduce al castellano por un intérprete jurado, nombrado judicialmente” (**Leyes y Decretos Reglamentarios de los Estados Unidos de Venezuela, Ministerio de Relaciones Exteriores, Tomo V, Editorial Sudamericana S.A. (Buenos Aires), Caracas, 1943, p. 329**).

o por el de una nación amiga. Pero no creemos que esto sea necesario con tal que el poder conste de una manera auténtica; al que redarguya de falso el poder le corresponderá probar su pretensión. Si el poder viniere en idioma extranjero, se le hará traducir por un intérprete jurado, entendiéndose por tal a uno que tenga título expedido por el Gobierno puesto que tiene prestado juramento de desempeñar bien sus funciones o uno que nombre el tribunal.¹⁵⁴

162. La **primera frase del artículo noveno** del Código Civil de 1873 fue reproducida textualmente en la reforma de **diecinueve de mayo de 1896**; y al respecto el doctor **Aníbal Dominici** explicó:

Cuando la ley dice aquí *acto* no se concreta a los documentos, instrumentos, escrituras, etc. Acto significa también en el lenguaje de las leyes *hecho jurídico*, es decir, un hecho de que pueden nacer derechos y obligaciones, y es natural que se reglen en cuanto a su manera de ser externa por la *lex loci*. Si, verbo y gracia, la ley del lugar en que se efectuó un negocio civil o comercial no requería que se formalizase por escrito, la forma verbal será la que corresponde a su validez, y no podrá ser impugnado de nulidad en otro país porque allí se exija en casos iguales la formalidad de la escritura.¹⁵⁵

¹⁵⁴ **Luis Sanojo**. *Exposición del Código de Procedimiento Civil, con su texto*. Caracas, Imprenta Federal, 1876, número 29, p. 31.

¹⁵⁵ **Aníbal Dominici**. *Comentarios al Código Civil Venezolano (reformado en 1896)*, Tomo I, Caracas, 1897, p. 45. El artículo undécimo de la Ley Primera de su Título Preliminar, redactado como norma bilateral, dispuso: “La forma de los instrumentos públicos es la que determina la lei del país en que hayan de otorgarse”. En consecuencia, reprodujo parcialmente el artículo décimo séptimo del Código Civil chileno, que prescribió: “La forma de los instrumentos públicos se determina por la ley del país en que hayan sido otorgados. Su autenticidad se probará según las reglas establecidas en el Código de Enjuiciamiento. La forma se refiere a las solemnidades externas, y la autenticidad al hecho de haber sido realmente otorgados y autorizados por las personas y de la manera que en los tales instrumentos se exprese”. Su lectura permite apreciar que el Legislador venezolano suprimió la siguiente frase: “Su autenticidad se probará según las reglas establecidas en el Código de Enjuiciamiento”; de esta manera, advierte el doctor **Lorenzo Herrera Mendoza**, rechazó la diferencia entre “solemnidad” y “autenticidad” (**Lorenzo Herrera Mendoza**. *La Escuela Estatutaria en Venezuela y la Evolución hacia la territorialidad*, Caracas, 1943; reproducido en *Estudios sobre Derecho Internacional Privado y Temas Conexos*, Caracas, 1960, p. 135).

163. Advertencia similar había hecho el doctor **Aníbal Dominici** con relación al Código Civil del **veintiocho de octubre de 1862**, cuando observó que

se concreta a dar reglas sobre los instrumentos públicos, cuando es evidente que el principio *locus regit actum* es aplicable no sólo a los actos escritos sino también a los verbales, puesto que la palabra se toma allí en el sentido de hecho jurídico, no de documento o escritura.¹⁵⁶

164. Por su parte, el doctor **Ramón F. Feo** explica:

La forma de los actos comprende las operaciones o pasos jurídicos necesarios para hacerlos (*quod agitur*) y los escritos destinados a hacerlos constar (*instrumenta*). Así, por ejemplo, para el acta civil de nacimiento es preciso ocurrir a la autoridad a cuyo cargo está el registro con las personas que la ley designa, a hacer la declaración del caso, presentar el nuevo nacido y luego suscribir el acta redactada conforme a la ley.¹⁵⁷

165. De acuerdo con el Licenciado **Luis Sanojo** el primer párrafo del artículo noveno consagra el *estatuto mixto*, es decir, las leyes que tratan principal y directamente de los hechos que engendran los derechos; y que comprende

las disposiciones legales que reglamentan los contratos, determinan las obligaciones que producen, la manera de probarlos, de llevarlos a ejecución, su nulidad o rescisión y el modo en que se extinguen las obligaciones y se adquieren derechos.¹⁵⁸

¹⁵⁶ **Aníbal Dominici**. *Comentarios al Código Civil Venezolano (reformado en 1896)*, Tomo I, Caracas, 1897, *Prefacio*, p. XIII.

¹⁵⁷ **Ramón F. Feo**. *Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil Venezolano*, Tipografía Guttenberg, Tomo Primero, Caracas, 1904, p. 38.

¹⁵⁸ **Luis Sanojo**. *Instituciones de Derecho Civil venezolano*, Tomo I, Caracas, Imprenta Nacional, 1873, Número 38, p. 37.

166. Ambos autores afirman la importancia de diferenciar “su forma externa y su materia o sustancia, que suelen comprenderse bajo el nombre de solemnidades interiores”;¹⁵⁹ pues, según especifica **Ramón F. Feo**, “un acto puede ser perfectamente legal, irreprochable en la forma extrínseca, y nulo e ilegal en lo intrínseco”.¹⁶⁰

167. Por otra parte, **Luis Sanojo** destacó la necesidad de

distinguir entre las solemnidades que las leyes exigen como necesarias para la validez y los hechos o formalidades que deben ejecutarse como medio de prueba. En cuanto a las primeras deben seguirse las leyes del país en que se sigue el juicio según lo establece el artículo 9º de nuestro Código Civil. Es respecto de los segundos únicamente en lo que se siguen las leyes del lugar en que se verificaron los hechos productores de la obligación. Así, por ejemplo, se observarán en Venezuela las leyes que exigen escritura pública para que la enajenación de bienes raíces produzca efecto respecto de terceros, aun cuando no se exija tal formalidad para los mismos actos en el país en que tuvieron lugar, porque tal formalidad se exige como necesaria para que el acto produzca sus efectos, sin que pueda suplirse ni con la confesión misma de las partes.¹⁶¹

168. El distingo entre la forma y la prueba había sido ya hecho por **Andrés Bello** en la segunda edición de sus *Principios de Derecho Internacional* cuando afirmó:

Las formas esternas, (por ejemplo, si ha de ser por escritura privada o pública, con el sello de las partes, &), se determinan

¹⁵⁹ **Luis Sanojo**. *Instituciones de Derecho Civil venezolano*, Tomo I, Caracas, Imprenta Nacional, 1873, Número 41, p. 44.

¹⁶⁰ **Ramón F. Feo**. *Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil Venezolano*, Tipografía Guttenberg, Tomo Primero, Caracas, 1904, p. 38.

¹⁶¹ **Luis Sanojo**. *Instituciones de Derecho Civil venezolano*, Tomo I, Caracas, Imprenta Nacional, 1873, Número 41, p. 47. **Luis Sanojo** había explicado previamente: “En cuanto a la prueba de las obligaciones, rigen las leyes del lugar en que se han verificado los hechos que les dan nacimiento, a no ser que se trate de probar un contrato que, según lo dicho anteriormente, haya de regirse por las leyes de otro lugar, pues en tal caso serán las leyes de este lugar las que han de observarse respecto de la prueba”.

por la lei del país en que se contrata (*lex loci contractus*); las pruebas de su existencia (por ejemplo, si son o no admisibles en juicio las testimoniales), se determinan por las leyes del país a cuyas judicaturas se recurre (*lex fori*). El efecto de las leyes incorporadas en los contratos no se extiende, pues, a alterar las formas de los procedimientos judiciales que son propias del país a cuyos juzgados se ocurre, ni las reglas que éstos siguen relativamente a las pruebas o a la prescripción.¹⁶²

169. **Ramón F. Feo** también advirtió:

Los Tribunales de justicia deben no olvidar que las disposiciones *decisoriae litis*, esto es, las que han de seguirse para fallar el litigio son las de las leyes venezolanas, en tanto que según los principios de que ha venido haciéndose referencia, no esté autorizada la aplicación de la ley extranjera;¹⁶³ y que respecto de las disposiciones *ordinatoriae litis*, esto es, competencia de los Tribunales y forma de procedimiento, son las leyes venezolanas, y en general las leyes del lugar en que se intenta la demanda, las que deben seguirse, porque son de orden público y de propia incumbencia en cada país, según se ha explicado.¹⁶⁴

170. No obstante la importancia reconocida a la regla *locus regit actum* en el primer párrafo del artículo noveno, el Licenciado **Luis Sanojo** advirtió:

¹⁶² **Andrés Bello. Principios de Derecho Internacional**, segunda edición corregida y aumentada, Caracas, Imprenta Almacén de J.M. Rojas, 1847, Capítulo Cuarto, Sección 8, p. 65. En su apoyo cita a *Wheaton's Elements*, II, 2, # 9. Asimismo advirtió **Andrés Bello**: "Notaremos también que las leyes o reglamentos puramente fiscales no obran fuera del territorio. La falta de un sello público, que piden las leyes de un país, no puede alegarse como causa de nulidad ante los juzgados de otro" (**Andrés Bello. Principios de Derecho Internacional**, segunda edición corregida y aumentada, Caracas, Imprenta Almacén de J.M. Rojas, 1847, Capítulo Cuarto, Sección 8, p. 65. En su apoyo cita a *Wheaton's Elements*, II, 2, # 19).

¹⁶³ A este respecto **Ramón F. Feo** agrega: "Y en fin, como los jueces de un Estado no están obligados a conocer sino las leyes nacionales, a quien pida la aplicación de una ley extranjera le toca comprobar sus disposiciones, presentándola de un modo auténtico" (**Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil Venezolano**, Tipografía Guttenberg, Tomo Primero, Caracas, 1904, p. 39).

¹⁶⁴ **Ramón F. Feo. Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil Venezolano**, Tipografía Guttenberg, Tomo Primero, Caracas, 1904, p. 39.

Si los contratantes o el individuo de quien emana una disposición han ido al extranjero con el fin de eludir una disposición de la ley de su domicilio respecto de las formalidades externas del acto, éste deberá regirse con arreglo a la disposición legal que han ido a eludir las partes.¹⁶⁵

171. En el mismo sentido el doctor **Ramón F. Feo** afirmó la aplicación de la ley del lugar de celebración,

a menos que se pruebe que las partes se fueron al extranjero a ejecutar el acto con el propósito de burlar la ley nacional.¹⁶⁶

172. No obstante la competencia de principio reconocida a la *lex loci actus* **el segundo párrafo del artículo noveno** dispuso:

En todo caso, la lei de Venezuela que haya establecido como necesaria una forma especial, deberá ser cumplida.

173. A este respecto el artículo duodécimo de la Ley Primera de su Título Preliminar del Código Civil del **veintiocho de octubre de 1862** había prescrito:

¹⁶⁵ **Luis Sanojo. Instituciones de Derecho Civil venezolano**, Tomo I, Caracas, Imprenta Nacional, 1873, Número 41, p. 45. De igual modo afirmó que “los demás actos ejecutados por un individuo en país extranjero, se regirán por las leyes del país en que se ejecuten o por las del domicilio de las personas, según su voluntad”; pero como “con frecuencia éstos no expresan su voluntad sobre el particular, el uso general de las naciones ha establecido” que “las partes contratantes han tenido la intención de conformarse en sus convenciones, a la ley del lugar en que se las ha celebrado”. No obstante, admitió varias excepciones, una de ellas “cuando los contratantes han ido a un país extranjero con la intención de eludir una disposición de la ley de su patria, o de la de alguno de ellos, pues en tal caso subsistirá tal disposición” (Tomo I, número 41, pp. 45-46). Es de advertir que las afirmaciones de **Luis Sanojo** tendientes a sancionar el fraude a la ley son anteriores a la sentencia de la Casación francesa recaída el **dieciocho de marzo de 1878** en el *Bauffremont affaire*, que constituyó el punto de partida para el desarrollo de la doctrina francesa del fraude a la ley en Derecho internacional privado (**Gonzalo Parra-Aranguren. Curso General de Derecho Internacional Privado. Problemas Selectos y Otros Estudios**, tercera edición, Caracas, Imprenta Nacional, 1998, pp. 143-154; **Gonzalo Parra-Aranguren. La Excepción de Fraude a la Ley en la Reciente Codificación del Derecho Internacional Privado en el Hemisferio Americano, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela**, 2001, Número 122, pp. 53-119).

¹⁶⁶ **Ramón F. Feo. Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil Venezolano**, Tipografía Guttenberg, Tomo Primero, Caracas, 1904, p. 39.

En los casos en que las leyes venezolanas exijan instrumento público para prueba, no valen escrituras privadas, cualquiera que sea la fuerza de éstas en el país en que hayan sido otorgadas.

174. El precepto reprodujo el artículo dieciocho del Código Civil chileno de 1855;¹⁶⁷ y en sus Notas al *Proyecto Inédito* **Andrés Bello** indicó que “los requisitos probatorios son materia de derecho público, contra el cual nada valen ni las leyes de un país extranjero, ni las convenciones privadas”.¹⁶⁸

175. De acuerdo con el Licenciado **Luis Sanojo** el segundo párrafo del artículo noveno debe observarse en todo caso, “tanto respecto de los actos jurídicos ejecutados por un venezolano en país extranjero, como en los verificados por un extranjero en territorio de Venezuela”; y por vía de ejemplo agregó:

Así es que un acto de enajenación de una propiedad raíz situada en la República o de constitución de hipoteca o servidumbre sobre tal propiedad, debe registrarse precisamente en la cabecera del Departamento o Distrito, de la situación de la finca, para que tenga efecto respecto de tercero, bien sea ejecutado por un venezolano en país extranjero, bien por un extranjero en Venezuela, porque la ley exige aquella formalidad como necesaria para el efecto indicado.¹⁶⁹

176. Con relación al segundo párrafo del artículo noveno del Código Civil del **diecinueve de mayo de 1896**, que reprodujo el texto de 1873, **Aníbal Dominici** afirma que “la formalidad se convierte en tal caso en una

¹⁶⁷ El artículo dieciocho del Código Civil chileno previno: “En los casos en que las leyes chilenas exigieren instrumentos públicos para pruebas que han de rendirse y producir efecto en Chile, no valdrán las escrituras privadas, cualquiera que sea la fuerza de éstas en el país en que hubieren sido otorgadas”.

¹⁶⁸ **Andrés Bello. Obras Completas. Tomo XIV, Código Civil de la República de Chile**, Volumen I. *Introducción y Notas de Pedro Lira Urquieta*, Caracas, Editorial Arte S.A., 1981, pp. 40-41.

¹⁶⁹ **Luis Sanojo. Instituciones de Derecho Civil venezolano**, Tomo I, Caracas, Imprenta Nacional, 1873, Número 41, pp. 44-45.

solemnidad *intrínseca*”, es decir, un elemento de fondo, relativo a la causa o a la materia del contrato. Al respecto ejemplifica que si la persona

ha otorgado en Francia un testamento ológrafo, que nuestra ley no reconoce; si ha contraído matrimonio meramente eclesiástico en un país donde es esa la forma de su celebración; el testamento y el matrimonio son perfectamente válidos en Venezuela, y producen todos sus efectos civiles. Mas, si ha otorgado una donación, celebrado capitulaciones matrimoniales, constituido hipoteca de bienes situados en territorio venezolano, etc., en forma privada, esos actos no son eficaces aquí, aunque en el país donde se hicieron no se exijan más requisitos, porque nuestras leyes imponen el registro de la escritura en el lugar de la situación del inmueble, como solemnidad esencial.¹⁷⁰

177. Varias décadas después el doctor **Amenodoro Rangel Lamus** hizo énfasis en

que no veíamos qué inconveniente podía ofrecer la supresión de la regla que fue establecida en el Código del 73, y que estuvo vigente hasta el Código de 1942, que dispone que en todo caso debe cumplirse la ley de Venezuela que establezca como necesaria una forma especial, pues antes bien considerábamos que dicha disposición, a la larga, podía llegar a ser causa verdadera de dificultades.¹⁷¹

178. **La segunda frase del primer párrafo del artículo noveno** consagró una solución alternativa en materia de forma extrínseca de los

¹⁷⁰ **Aníbal Dominici**, *Comentarios al Código Civil Venezolano (reformado en 1896)*, Tomo I, Caracas, 1897, p. 46.

¹⁷¹ **Amenodoro Rangel Lamus**, *El Código Civil de 1873 y sus Antecedentes Legales, Código Civil sancionado por el General Guzmán Blanco, Presidente Provisional de la República y General en Jefe de sus Ejércitos. Edición Oficial. Caracas. Imprenta Nacional. 1873*, Edición del Congreso de la República, conmemorativa del Centenario del Código Civil decretado en febrero de 1873, Caracas, Venezuela, 1973, p. XII. El Código Civil del **trece agosto de 1942** dispuso en la segunda frase de su artículo undécimo: “Si la ley venezolana exige instrumento público o privado para su prueba, el requisito deberá cumplirse”; texto que se repitió en la reforma del Código Civil del **veintiséis de julio de 1982**.

actos al permitir el cumplimiento de la ley venezolana ante el empleado competente de la República en el lugar del otorgamiento. **Florencio García Goyena** explica que el artículo del Proyecto español de 1851, utilizado como modelo en Venezuela, se limita a conceder una facultad; por tanto, se trata de una regla permisiva y no preceptiva, ya que persigue facilitar los testamentos y contratos, pero también señaló la existencia de una excepción expresa en materia de matrimonio.¹⁷²

179. Ahora bien, esta posibilidad careció de importancia práctica en la época porque de acuerdo con el artículo 39 de la Ley de Servicio Consular del **dieciséis de junio de 1865**, los cónsules y agentes comerciales venezolanos en el extranjero sólo tenían

la facultad de recibir toda especie de protestas o declaraciones que los capitanes, maestros, marineros, pasajeros y comerciantes, ciudadanos de la República de Venezuela, o cualesquiera extranjeros, tengan por conveniente hacer ante ellos sobre asuntos en que se versen intereses de los dichos ciudadanos de Venezuela.¹⁷³

180. Sin embargo, como una consecuencia lógica del precepto, el Licenciado **Luis Sanojo** consideró que “el Código da a los actos de los

¹⁷² **Florencio García Goyena. Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español**, Tomo I, Madrid, Imprenta de la Sociedad Tipográfica-Editorial, 1852, p. 22.

¹⁷³ **Recopilación de Leyes y Decretos Vigentes de Venezuela**, Tomo IV, Caracas, 1874, Imprenta de La Concordia de Evaristo Fombona, número 1505, p. 396. De acuerdo con el artículo 36 del **Decreto de cinco de junio de 1862** los cónsules venezolanos podían autorizar contratos sobre bienes e intereses en Venezuela, aún testamentos (**Recopilación de Leyes y Decretos Vigentes de Venezuela**, Tomo IV, Caracas, 1874, Imprenta de La Concordia de Evaristo Fombona, número 1316, p. 137); atribución que fue eliminada por la ley de **dieciséis de junio de 1865 (Recopilación de Leyes y Decretos Vigentes de Venezuela**, Tomo IV, Caracas, 1874, Imprenta de La Concordia de Evaristo Fombona, número 1501, p. 396). Algún tiempo más tarde la Circular de **veintinueve de julio de 1880** del Ministerio de Relaciones Exteriores especificó que los Cónsules no están facultados para presenciar poderes (**Recopilación de Leyes y Decretos Vigentes de Venezuela**, Tomo VIII, Caracas, Imprenta de la Opinión Nacional, 1884, número 2224, p. 481); pero por **ley de veintiséis de mayo de 1885** sobre servicio consular de la República en países extranjeros fueron facultados para presenciar poderes de cualquier clase para obrar ante Tribunales y Autoridades, contratos entre venezolanos o entre venezolanos y extranjeros, sobre bienes u obligaciones en Venezuela (**Recopilación de Leyes y Decretos Vigentes de Venezuela**, Tomo XII, Caracas, 1891, Imprenta de La Patria, número 3028, p. 146).

extranjeros en Venezuela el mismo valor que da al de los venezolanos en el extranjero”. Por tanto, sostuvo que

recíprocamente, los actos ejecutados por un extranjero en Venezuela tendrán efecto y validez en la República, siempre que se llenen los requisitos exigidos por nuestras leyes o por las del país del otorgante, cuando el otorgamiento se haga ante un empleado de aquél país en Venezuela.¹⁷⁴

181. A este respecto cabe recordar el intercambio de opiniones cruzado en los meses de **febrero y marzo de 1866** en la **Gaceta de Tribunales**, publicada por **Pedro Pablo Del Castillo**, con motivo de examinar

si los Agentes consulares están obligados, para el otorgamiento de poderes relativos a los negocios de su oficio, a sujetarse a la formalidad de hacerlo por ante el Registrador, o por ante un Alcalde parroquial, o en fin por ante el Secretario del Tribunal en que se intentó la demanda: o si podrán hacerlo *consularmente*, es decir, de propia autoridad, bastando sólo, para que surta sus efectos ante nuestros tribunales, que pueda darse fe y crédito a la firma de dicho agente, legalizada por el Ministro de Relaciones Exteriores.¹⁷⁵

182. El Juzgado de Primera Instancia del Distrito, residente en Caracas, a cargo de **A.F. Ramírez**, declaró con lugar la excepción de ilegitimidad del Encargado de Negocios de Francia, pues aun cuando “tiene la representación de los súbditos franceses en materia de herencia, para nombrar un apoderado, debe, como todo ciudadano de Venezuela, otorgar el poder llenando las exigencias de la ley 1ª, título 1º del Código de procedimiento judicial”; sentencia contra la cual fue interpuesto el correspondiente recurso de apelación.¹⁷⁶

¹⁷⁴ **Luis Sanojo. Instituciones de Derecho Civil venezolano**, Tomo I, Caracas, Imprenta Nacional, 1873, Número 41, p. 44.

¹⁷⁵ **Gaceta de Tribunales**, Año I, Mes II, número 8, Caracas *veinticuatro de febrero de 1866*, pp. 57-60.

¹⁷⁶ **Gaceta de Tribunales**, Año I, Mes II, número 8, Caracas *veinticuatro de febrero de 1866*, pp. 57-60.

183. El Redactor y Editor Propietario de la Gaceta de los Tribunales, **Pedro Pablo del Castillo**, consideró la decisión contraria a lo dispuesto en los artículos sexto, séptimo y octavo de la Convención consular entre Francia y Venezuela del **dieciocho de mayo de 1857**.¹⁷⁷

184. En vista del requerimiento de opiniones sobre el asunto, **Rafael Domínguez** sostuvo un criterio distinto y después de exponer sus razones concluyó con el siguiente párrafo:

Seamos celosos de nuestros derechos y de nuestras prerrogativas, reverenciemos nuestras leyes, aun cuando ellas no sean las más perfectas, seamos en materia de independencia y nacionalidad inexorables y hasta exagerados, cualesquiera que sean los intereses y los poderes que haya de por medio, seamos venezolanos, en una palabra, y tendremos patria, leyes y dignidad.¹⁷⁸

185. Los argumentos expuestos en defensa de la posición contraria fueron contradichos por **Pedro Pablo Del Castillo** en los dos números siguientes de la **Gaceta de los Tribunales**; y no obstante encontrarse convencido de la solidez de sus consideraciones advirtió:

Bien pudiera ser que los tribunales fallaran en último grado la insuficiencia del poder. No por eso nos sonrojaríamos, como de una derrota. Siempre quedaríamos satisfechos de haber puesto nuestro contingente en la ilustración de la materia.

186. Por último **Pedro Pablo del Castillo** concluyó con los siguientes párrafos:

las reflexiones patrióticas con que termina su artículo nuestro comprofesor, aconsejando que seamos venezolanos, en una palabra, y tendremos patria, leyes y dignidad, nos parecen fue-

¹⁷⁷ **Gaceta de Tribunales**, Año I, Mes II, número 9, Caracas, *tres de marzo de 1866*, pp. 65-67.

¹⁷⁸ **Gaceta de Tribunales**, Año I, Mes III, número 11, Caracas, *diecisiete de marzo de 1866*, pp. 81-82.

ra de lugar y de tiempo en una discusión jurídica. Por lo demás, dejamos a nuestro comprofesor ese fervor patriótico. En cuanto a nosotros, nos bastan a inspirarnos en el particular nuestras propias ideas.¹⁷⁹

187. **(5) El segundo párrafo del artículo cuarto** del Código Civil dispuso:

Tampoco pueden renunciarse ni relajarse, por convenios particulares, las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público o las buenas costumbres.

188. La redacción es idéntica al segundo párrafo del artículo cuarto del Proyecto de 1869, que coincide con el artículo doce del Código Civil de **veintiuno de mayo de 1867** y con el artículo trece, Ley Primera, Título Preliminar del Código Civil del **veintiocho de octubre de 1862**. La fórmula fue tomada del artículo undécimo del Proyecto español de 1851, que según afirma **Francisco García Goyena** constituye una traducción del artículo sexto del Código Civil de Francia, con los siguientes comentarios adicionales:

En la acepción vulgar, orden y sosiego público son sinónimos; y seguramente no es tan mezquino el sentido del artículo 11, sino que se estiende a todo lo que las leyes romanas comprendían en su locución. Derecho Público, es decir, a todo lo que tenía por objeto la utilidad o moral públicas, la forma y solemnidades de los actos o instrumentos, y de los juicios.¹⁸⁰

189. De acuerdo con el Licenciado **Luis Sanojo** la sanción de nulidad establecida en el artículo cuarto del Código Civil “se encuentra fundada en razón”; y agregó las siguientes explicaciones adicionales:

¹⁷⁹ **Gaceta de Tribunales**, Año I, Mes III, número 12, Caracas, veintitrés de marzo de 1866, pp. 89-91; **Gaceta de Tribunales**, Año I, Mes III, número 13, Caracas, *siete de abril de 1866*, pp. 97-99.

¹⁸⁰ **Florencio García Goyena. Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español**, Tomo I, Madrid, Imprenta de la Sociedad Tipográfica-Editorial, 1852, p. 23.

El orden público, en el sentido en que aquí se habla, no es otra cosa que el conjunto de instituciones que vienen a formar la base de la sociedad, y desde que se halle interesado en el cumplimiento de alguna ley, ya los beneficios que ésta acuerda no pueden entenderse como propiedad del individuo a quien se concede el derecho. Por ejemplo, no pueden el padre, el marido, la mujer, el hijo, renunciar los derechos que las leyes les acuerdan, porque si bien ceden en su favor, se han concedido principalmente para el buen orden de la familia, que es una de las grandes bases del orden social. Considéranse también como leyes de orden público las que tienen por objeto fijar la manera de establecer la certidumbre de los actos humanos, para evitar la necesidad de recurrir a pruebas ocasionadas al error, y proteger al débil contra el fuerte; y éstas leyes deben cumplirse sin que les sea lícito a los individuos renunciarlas o derogarlas en sus pactos o estipulaciones. Respecto de las leyes en cuyo cumplimiento estén interesadas las buenas costumbres, nada se tiene que decir, porque lo que tienda a ofenderlas debe rechazarse.¹⁸¹

190. Con relación a un precepto idéntico del Código Civil de **diecinueve de mayo de 1896**, **Aníbal Dominici** hizo los siguientes comentarios:

Parécenos útil explicar que las leyes en cuya observancia está interesado el *orden público* no son en Derecho Civil las que se refieren simplemente a la paz o a la seguridad política de la Nación. El orden público significa en las leyes de este Código el interés general de la sociedad, que sirve de garantía a los derechos de los particulares y a sus relaciones recíprocas. No se puede, por ejemplo, renunciar el derecho de testar, de donar, de heredar, de prescribir, así como tampoco las garantías individuales reconocidas por la Constitución; porque, aunque tales derechos pertenecen al ciudadano, son en verdad institu-

¹⁸¹ **Luis Sanojo. Instituciones de Derecho Civil venezolano**, Tomo I, Caracas, Imprenta Nacional, 1873, número 35, pp. 33-34.

ciones sociales que importa a la República conservar íntegras en interés común de los asociados, a quienes prohíbe la ley que los renuncien para preservarlos contra un error del momento, contra el apremio de la necesidad propia, la extorsión de un acreedor o el dolo de terceros interesados en el despojo. Por *buenas costumbres* entendemos las reglas tradicionalmente establecidas conforme a la decencia, la honestidad y la moral. La ley no considera eficaz la obligación estipulada de andar desnudo, de prostituirse o corromperse, de quebrantar preceptos legales determinados, ni admite tampoco la renuncia *a priori* de acciones o derechos creados con un fin moral.¹⁸²

191. Las explicaciones anteriores no distinguen el funcionamiento del orden público en derecho interno y en derecho internacional privado como lo hizo el Proyecto de 1869 en sus artículos cuatro y doce.¹⁸³ Sin embargo, la diferencia se deduce de los comentarios del Licenciado **Luis Sanojo** cuando advirtió expresamente que

las leyes extranjeras no pueden invocarse cuando perjudican el derecho de soberanía o se oponen a las leyes de orden público del país o a la moral, o a los derechos reconocidos a los nacionales.¹⁸⁴

C. LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO

192. Algunas semanas antes de la promulgación del Código Civil, el **primero de enero de 1873** fueron publicados el *Decreto Ley sobre*

¹⁸² Aníbal Dominici. *Comentarios al Código Civil Venezolano (reformado en 1896)*, Tomo I, Caracas, 1897, p. 26.

¹⁸³ La *segunda frase del artículo cuarto del Proyecto de 1869* previno: “Tampoco pueden relajarse por convenciones particulares, las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público o las buenas costumbres”. Por otra parte, en su *artículo duodécimo* fue dispuesto: “No obstante las disposiciones de los artículos precedentes, las leyes, actos y sentencias de un país extranjero, y las disposiciones y convenciones de particulares otorgadas en país extranjero, no tendrán efecto en Venezuela en cuanto contraríen las leyes venezolanas en que están interesados el orden público y las buenas costumbres”.

¹⁸⁴ **Luis Sanojo**. *Instituciones de Derecho Civil venezolano*, Tomo I, Caracas, Imprenta Nacional, 1873, Número 37, p. 35 (Véase antes los números 78 y 79 de este trabajo).

*Esponsales y Matrimonio y que establece el matrimonio civil*¹⁸⁵ y el *Decreto Ley que organiza el Registro del Estado Civil*.¹⁸⁶

193. **Amenodoro Rangel Lamus** comenta al respecto:

Cabe suponer la repercusión social que debieron tener estos dos decretos, cuya trascendencia huelga ponderar. Con ellos, el Poder Ejecutivo, asumiendo funciones legislativas, resolvió audazmente hace cien años, dos problemas cuya trascendencia no es posible soslayar.¹⁸⁷

194. En efecto, el artículo décimo del *Decreto Ley sobre Esponsales y Matrimonio Civil* del **primero de enero de 1873** estableció la forma civil con carácter obligatorio para los matrimonios celebrados en Venezuela.¹⁸⁸

195. El doctor **Nicomedes Zuloaga** explica al respecto:

No fueron las leyes sobre matrimonio civil y registros civiles promulgadas junto con el Código Civil, pues las decretó el general Guzmán Blanco el 1º de enero de 1873, incorporándolas luego en el Código civil de ese año; provino esto principalmente de que la comisión codificadora no estuvo de acuerdo con el general Guzmán Blanco, con el título “De los Esponsales” que establecía un matrimonio por ministerio de la ley a favor de la mujer dándole acción civil para ello en los casos de seducción, y creando

¹⁸⁵ **Recopilación de Leyes y Decretos Vigentes de Venezuela**, Tomo V, Caracas, 1874, Imprenta de La Concordia, número 1802, pp. 207-216.

¹⁸⁶ **Recopilación de Leyes y Decretos Vigentes de Venezuela**, Tomo V, Caracas, 1874, Imprenta de La Concordia, número 1803, pp. 216-220. Fueron complementados por el *Decreto de primero de enero de 1873 que estableció los formularios para el matrimonio civil y el registro del estado civil (Recopilación de Leyes y Decretos Vigentes de Venezuela*, Tomo V, Caracas, 1874, Imprenta de La Concordia, número 1804, pp. 220-225).

¹⁸⁷ **Amenodoro Rangel Lamus**. *El Código Civil de 1873 y sus Antecedentes Legales*, Código Civil sancionado por el General Guzmán Blanco, Presidente Provisional de la República y General en Jefe de sus Ejércitos. Edición Oficial. Caracas. Imprenta Nacional. 1873, Edición del Congreso de la República, conmemorativa del Centenario del Código Civil decretado en febrero de 1873, Caracas, Venezuela, 1973, pp. XVII-XVIII.

¹⁸⁸ **Recopilación de Leyes y Decretos Vigentes de Venezuela**, Tomo V, Caracas, 1874, Imprenta de La Concordia de Evaristo Fombona, número 1802, pp. 209-216.

en su favor, cuando era honesta, una presunción *juris et de jure* de que había sido seducida con promesa de matrimonio.¹⁸⁹

196. El doctor **Nicomedes Zuloaga** también indica, con relación al criterio sostenido por las personas ilustradas en la materia del matrimonio civil, que

en 1842, la Academia de Jurisprudencia de Caracas, que era una asociación de abogados, discutió las siguientes tesis: “1° Si la autoridad civil ha tenido y ejercido siempre la facultad de arreglar los matrimonios; 2° Si las doctrinas eclesiásticas, especialmente las del Concilio de Trento, han estorbado a la autoridad civil el ejercicio de dicha facultad; 3° Si conviene a Venezuela establecer el matrimonio civil”. Y la corporación casi por unanimidad sostuvo la afirmativa de la primera y tercera tesis y la negativa de la segunda. Entre los miembros presentes se hallaban los doctores Aranda y Reyes, a quienes se encargó que recapitularan lo tratado para que formasen un compendio u opúsculo que se publicase, y los doctores Ramón G. Rodríguez, Pedro Rafael Peraza y Mariano de Briceño.¹⁹⁰

¹⁸⁹ **Nicomedes Zuloaga**. *Códigos y Leyes, Primer Libro Venezolano de Literatura, Ciencias y Artes, Ofrenda al Gran Mariscal de Ayacucho*, Caracas, 1895; reproducido en **La Doctrina Positivista**, Tomo II, Presidencia de la República, Pensamiento Político Venezolano del Siglo XIX. Textos para su Estudio. Volumen 14, Caracas, 1961, Editorial Arte, p. 465). El doctor **Nicomedes Zuloaga** agrega: “Esta ley injusta y vejatoria, que sin reparar el mal que tiende a corregir, es al contrario fuente de otros mayores, y contraria por demás a los sanos principios del derecho; y la disposición que fija las reglas para el remate de los bienes del deudor, especialmente en la parte que se refiere a la manera de hacer los expertos la estimación de ellos, son en nuestro concepto graves lunares del Código civil de 1873, que aunque en 1880 fue reformado, no lo fue en punto tan sustancial y hoy nos rige”. Crítica similar sobre el matrimonio por ministerio de la ley, reprodujo en artículo publicado el año siguiente, con el señalamiento adicional de que esta solución, contraria “a los principios de estimación y afecto que deben formar la base del matrimonio, fue rechazada por todos los codificadores. La experiencia de más de veinte años ha demostrado ampliamente que tenían razón” (**Nicomedes Zuloaga**, *Datos Históricos sobre la Codificación en Venezuela*, Prefacio de la obra **Código Civil Concordado**, reproducido en la **Revista del Ministerio de Justicia**, número 29, Caracas, 1959, p. 43).

¹⁹⁰ **Nicomedes Zuloaga**. *Códigos y Leyes, Primer Libro Venezolano de Literatura, Ciencias y Artes, Ofrenda al Gran Mariscal de Ayacucho*, Caracas, 1895; reproducido en **La Doctrina Positivista**, Tomo II, Presidencia de la República, Pensamiento Político Venezolano del Siglo XIX. Textos para su Estudio. Volumen 14, Caracas, 1961, Editorial Arte, pp. 464-465; **Nicomedes Zuloaga**, *Datos Históricos sobre la Codificación en Venezuela*, Prefacio de la obra **Código Civil Concordado**, reproducido en la **Revista del Ministerio de Justicia**, número 29, Caracas, 1959, p. 43.

197. En la época de publicación de los Decretos del primero de enero de 1873, las nuevas disposiciones fueron consideradas por los sectores oficialistas como un gran paso de avance en el desarrollo jurídico venezolano. No obstante, resultan de interés los comentarios sobre el tema hechos en la *Exposición del Ministerio de Relaciones Interiores a la Cámara del Senado sobre el Proyecto de Código Civil*, fechada el **veintiséis de abril de 1915**, cuando el doctor **Pedro Manuel Arcaya** expresó con relación al matrimonio civil establecido en 1873:

Cierto era que la naturaleza de nuestras instituciones políticas y la libertad religiosa, garantizada a todos los habitantes del país desde los comienzos de nuestra nacionalidad independiente, hacían necesario el establecimiento de una fórmula civil para la celebración de los matrimonios, mas al mismo tiempo el respeto a la propia libertad religiosa y sobre todo, el estudio de los antecedentes y circunstancias de nuestro medio, si se hubiera hecho serena y meditadamente, habría indicado la necesidad de proceder con tiento en esta importante materia, dejando a los ministros del culto, mediante ciertos requisitos, la autorización de presenciar matrimonios con efectos civiles, a fin de que no se interrumpiera bruscamente el proceso de la transformación de las uniones libres, a la que por las causas económicas históricas y étnicas que hemos visto, tendía la mayoría de nuestro pueblo, en el matrimonio estable y monogámico que la Iglesia tanto se había afanado por que predominase en las costumbres.¹⁹¹

198. En fecha relativamente reciente, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en decisión número 2541 del **dos de octubre de 2003** hizo referencia al establecimiento del registro civil en Venezuela en los términos siguientes:

Antes de 1873 el Registro del Estado Civil correspondía a los curas párrocos... 1873 es, según lo expuesto, el año en que esa

¹⁹¹ Alejandro Pietri hijo. *El Código Civil de 1916 y sus diferencias con el de 1904 e indicación de los artículos correspondientes en éste y en el de 1896*, Caracas, Litografía El Comercio, 1916, pp. IX-X.

situación varió. Se secularizó el Registro Civil, en lo que fue calificado por parte de nuestra doctrina más calificada como una gran conquista de la sociedad civilizada, pues se separó a la Iglesia, sin restarle su importancia, del Estado. Dejaba, entonces, de producirse el caso en que la vida de las personas debía pasar por la Iglesia, aunque en realidad no comulgasen con la religión católica. Por supuesto, un cambio semejante sólo fue posible luego de que la Constitución de 1864, con un precedente en un Decreto del Presidente de la República del 1º de enero de 1862, contempló la libertad religiosa, si bien sólo la Iglesia Católica conservó el derecho al culto público.¹⁹²

199. En seguimiento de los Códigos Civiles del **veintiocho de octubre de 1862** y del **veintiuno de mayo de 1867**, el Legislador de 1873 reguló diversos aspectos del matrimonio desde el punto de vista del Derecho internacional privado.

200. Las normas sobre la **celebración del matrimonio**, incorporadas en el Título Cuarto del Libro Primero, reprodujeron los artículos 62 a 65 del *Decreto Ley sobre Esponsales y Matrimonio y que establece el matrimonio civil de primero de enero de 1873*, incluidos en su Sección VII denominada *Del matrimonio de los venezolanos en país extranjero y del de los extranjeros en Venezuela*, que derogó los títulos segundo, tercero, cuarto y quinto del Código Civil de 1867, sobre esponsales y matrimonio.¹⁹³

201. Con relación a los **matrimonios celebrados en Venezuela**, el artículo 69 del Código Civil de 1873 dispuso:

Solo el matrimonio celebrado con arreglo a las disposiciones de este título, será válido y el único que producirá efectos le-

¹⁹² <http://www/tsj.gov.ve>. En realidad, la Ley sobre libertad de cultos fue sancionada por el Congreso el **dieciocho de febrero de 1834** (**Recopilación de Leyes y Decretos Vigentes de Venezuela**, Tomo I, Caracas, 1874, Imprenta de La Opinión Nacional, número 157, p. 166).

¹⁹³ **Recopilación de Leyes y Decretos Vigentes de Venezuela**, Tomo V, Caracas, 1874, Imprenta de La Concordia de Evaristo Fombona, número 1802, pp. 209-216.

gales con respecto a las personas y bienes de los contrayentes y de sus descendientes.¹⁹⁴

202. De inmediato agregó el artículo 70:

Después de celebrado el matrimonio con arreglo a las disposiciones de este Título, podrán los contrayentes, según los dictámenes de su conciencia, cumplir con los ritos de la religión que profesen; pero este acto no podrá ser presenciado por el Ministro de la religión de los contrayentes, sin que le sea presentada la certificación de haberse contraído el matrimonio, conforme a lo dispuesto en el presente título.¹⁹⁵

203. En consecuencia, a diferencia de los Códigos de 1862 y de 1867, no fue hecho distingo alguno con fundamento en la religión de los contrayentes. En todo caso debía cumplirse con carácter imperativo la forma civil establecida en la legislación venezolana; además, según advierte el Licenciado **Luis Sanojo**, se ha querido

que todos tengan la advertencia del respectivo ministro de su culto de que deben contraer matrimonio ante la autoridad civil, y que jamás se dé el caso de que un individuo esté casado religiosa y no civilmente.¹⁹⁶

204. En virtud del matrimonio civil establecido en 1873 con carácter obligatorio desaparecieron las consideraciones de orden religioso que

¹⁹⁴ No obstante, el Decreto de **dieciséis de enero de 1873** determinó que hasta el dieciocho del mismo mes podían efectuarse sin las formalidades establecidas en el Decreto sobre los matrimonios, aquellos matrimonios que estuvieren por celebrarse ante las autoridades eclesíásticas (**Recopilación de Leyes y Decretos Vigentes de Venezuela**, Tomo V, Caracas, 1874, Imprenta de La Concordia de Evaristo Fombona, número 1805, pp. 225-226).

¹⁹⁵ Decreto del **doce de febrero de 1873** declarando que quienes hubieren contraído matrimonio religioso o civil antes de la publicación de la Lei de matrimonio civil podrán celebrarlo también conforme a la expresada lei (artículo primero) (**Recopilación de Leyes y Decretos Vigentes de Venezuela**, Tomo V, Caracas, 1874, Imprenta de La Concordia de Evaristo Fombona, número 1817, p. 241).

¹⁹⁶ **Luis Sanojo. Instituciones de Derecho Civil venezolano**, Tomo I, Caracas, Imprenta Nacional, 1873, número 115, p. 130.

habían justificado el reconocimiento de los matrimonios celebrados ante Agentes diplomáticos de la nacionalidad de los contrayentes. Así lo destacó **Luis Sanojo** cuando afirmó que

no será válido el matrimonio de extranjeros celebrado ante el Agente diplomático o consular de su país, aun cuando por las leyes del mismo tengan estos funcionarios la atribución de presenciarlo.¹⁹⁷

205. No obstante, el asunto fue objeto de consideración especial por el Ministerio de Relaciones Exteriores en virtud la comunicación del Encargado de Negocios de Holanda recordándole sus facultades para “registrar los actos del estado civil”; y, por tanto, le hizo saber que “los súbditos neerlandeses aquí residentes tendrían a su disposición dos medios para hacer constar aquéllos (sus matrimonios)”.

206. En tal virtud, la Cancillería encomendó el estudio del asunto a una Comisión “compuesta de tres abogados respetables”, quienes, en su Informe del **treinta de octubre de 1879**, indicaron que

en general es válido el matrimonio celebrado entre extranjeros de una misma nacionalidad ante su respectivo Agente Diplomático y conforme a la Legislación del País a que pertenezcan; porque tal es la doctrina corriente del Derecho Internacional Privado, y porque así se desprende de varias disposiciones de nuestra propia legislación, sin que obste el dicho artículo 69,¹⁹⁸ que no ha tenido por objeto hacer alteración en los principios de aquél derecho internacional. En tal caso, para la celebración del matrimonio eclesiástico bastaría, en nuestro sentir, que se hiciese insertar, en los registros del estado civil, copia auténtica del

¹⁹⁷ **Luis Sanojo. Instituciones de Derecho Civil venezolano**, Tomo I, Caracas, 1873, número 145, p. 163. La disposición fue incorporada en el Código Civil del veinte de febrero de 1873 y se ha mantenido en todas las reformas posteriores.

¹⁹⁸ La referencia es al artículo 69 del Código Civil de **veinte de febrero de 1873**, antes transcrito, que reprodujo el artículo décimo de la Ley de primero de enero de ese mismo año.

acta matrimonial, autorizada por el respectivo agente diplomático, y vertida al castellano, si no estuviese en este idioma.

207. Sin embargo, la Comisión agregó:

no creemos que pueda aceptarse la validez de aquellos matrimonios en que alguno de los contrayentes fuere venezolano, porque faltando, como falta entonces, la competencia en el Agente Diplomático, el acto es radicalmente nulo.¹⁹⁹

208. En su Memoria presentada al Congreso el **veinte de febrero de 1880**, el doctor **Julián Viso**, con el carácter de Ministro de Relaciones Exteriores, señaló que “cuando sólo se conocía entre nosotros el matrimonio eclesiástico era concebible la repugnancia de los adictos a otros cultos a someterse a él”; pero de inmediato advirtió:

mas desde que, prescindiéndose de la parte religiosa, se adoptó un sistema uniforme para la celebración del contrato civil, vino a tierra el obstáculo, y hoy no existe motivo alguno que justifique la falta de cumplimiento de la Ley.²⁰⁰

209. El año siguiente, en la Memoria del mismo Despacho sometida al Congreso el **veinte de febrero de 1881**, el doctor **Pedro J. Saavedra** también recordó que

al introducirse el matrimonio civil en 1873, desaparecieron las dificultades religiosas, que han sido los principales móviles de la

¹⁹⁹ **Memoria del Ministerio de Relaciones Exteriores. 1880.** *Exposición Preliminar, Cuestión de validez del matrimonio celebrado en Venezuela sin observancia de la Ley de la Materia*, pp. XXX-XXXI. Sin embargo, se agrega que el asunto fue pasado al Ministerio de Relaciones Exteriores; con el comentario adicional: “qué resolución se haya tomado, no consta aún en el expediente”.

²⁰⁰ **Memoria del Ministerio de Relaciones Exteriores. 1880.** *Exposición Preliminar*, pp. XXXIV-XXXV.

autorización concedida a los Agentes diplomáticos y a los consulares para intervenir en los enlaces de sus conciudadanos.²⁰¹

210. Los autores venezolanos posteriores son unánimes en negar validez a los matrimonios de extranjeros en Venezuela ante sus respectivos agentes diplomáticos o consulares;²⁰² criterio no discutido por la doctrina extranjera que se ocupa del tema.²⁰³

211. El artículo 111 del Código Civil estableció los **recaudos a ser consignados al funcionario en caso de celebración de matrimonios en Venezuela**; y en su ordinal noveno exigió los documentos exigidos a los extranjeros por el artículo 124, que dispuso:

El extranjero que quiera contraer matrimonio en Venezuela, debe comprobar o justificar además, ante el Juez de Primera Instancia de su domicilio, que él es de estado soltero o viudo, con el justificativo jurado de dos o más testigos, mayores de veinte y un años, hábiles para declarar y que den razón fundada de su dicho. Si no obstante esta justificación resultare que

²⁰¹ **Memoria del Ministerio de Relaciones Exteriores. 1881. Exposición Preliminar. Cuestión de validez del matrimonio celebrado en Venezuela sin observancia de la Ley de la Materia**, pp. XXII-XXIII. En esa oportunidad concluyó: “ni es dable prescindir a la observancia de la específica Ley de 1873, ni de las disposiciones de los artículos 69 y 124 del Código Civil, antes deben sostenerse como las más arregladas a la naturaleza de la autoridad, las que más se avienen con el respeto de las atribuciones soberanas de la República; las que, por su uniformidad, son menos susceptibles de abusos, y las que ofrecen a los mismos extranjeros mayor número de ventajas con haber removido toda clase de estorbos a sus uniones legales”. No obstante hizo el siguiente señalamiento: “lo más que podría hacerse para guardar consecuencia, es adoptar la legislación francesa, italiana y prusiana, en cuanto exigen prueba al extranjero, cuando trata de casarse, de que las leyes de su patria no se lo impiden; así como el Código requiere de los venezolanos que, al desposarse en otra Nación, no infrinjan las leyes patrias”.

²⁰² **Gonzalo Parra-Aranguren. La celebración del matrimonio conforme al Derecho internacional privado venezolano, Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal**, Caracas, 1981, número 144, pp. 11-1116; reproducido en **Monografías Selectas de Derecho Internacional Privado**, Caracas, 1984, Italgráfica, pp. 431-441.

²⁰³ Una opinión distinta sostiene **Fernando Daguin**, quien afirma la posibilidad de celebrar matrimonio en Venezuela ante el cónsul o ante el funcionario público competente, pero en el primer caso el contrayente debe acompañar prueba de que ha demostrado ante el Juez de primera instancia que es soltero, viudo o divorciado, requisito exigido en el artículo 124 del Código Civil de 1873 y en la legislación venezolana posterior (*Les étrangers au Venezuela*, **Revue de Droit international privé et de Droit pénal international**, 1905, p. 281).

el extranjero es casado, sufrirán éste y los testigos cinco años de presidio, o de prisión en una penitenciaría; y todos de man-común et *in solidum*, quedan obligados a satisfacer los daños y perjuicios que se hayan ocasionado, y a pagar una multa en beneficio del cónyuge inocente, la cual nunca podrá ser menor de mil venezolanos.

212. De esta manera se exigió una mayoría especial para los testigos, por cuanto el artículo 1279 del Código Civil no permitía testificar a las personas que fueren menores de quince años.²⁰⁴

213. Con relación a la primera parte del artículo 124 del Código Civil, el Licenciado **Luis Sanojo** advierte que el legislador

no distingue entre el caso en que el extranjero tenga su domicilio en Venezuela o fuera de ella, y por lo mismo, en uno y otro caso, deberá observarse, debiendo en el segundo venir legalizada la justificación que se instruya en el extranjero.²⁰⁵

214. El artículo 124 no impone al contrayente extranjero la obligación de comprobar su carácter de divorciado, si tal es el caso. Debido a la prohibición existente en Venezuela de disolver el matrimonio por divorcio, el planteamiento sólo pudo presentarse respecto de personas

²⁰⁴ El artículo 1279 del Código Civil prescribió: “No podrán ser testigos en juicio los furiosos, dementes o mentecatos, los menores de quince años, los jugadores de profesión, los ebrios, los vagos, los deudores fraudulentos, y mientras no obtengan rehabilitación, los que hayan sufrido una pena infamante”. El Código Civil anterior, de **veintiuno de mayo de 1867**, nada dispuso al respecto; pero una disposición en los mismos términos había sido ya consagrada en el artículo veintinueve de la Ley Cuarta del Código de Procedimiento Judicial del **diecinueve de mayo de 1836 (Recopilación de Leyes y Decretos Vigentes de Venezuela)**, Tomo V, Caracas, Imprenta de la Opinión Nacional, 1874, número 236, p. 316) y en el artículo 52, Ley Cuarta, Título Segundo del Código de Procedimiento Civil del **dos de marzo de 1863 (Leyes y Decretos Reglamentarios de los Estados Unidos de Venezuela)**, Ministerio de Relaciones Exteriores, Tomo V, Editorial Sudamericana S.A. (Buenos Aires), Editorial Sudamericana S.A. (Buenos Aires), Caracas, 1943, p. 337).

²⁰⁵ **Luis Sanojo. Instituciones de Derecho Civil venezolano**, Tomo I, Caracas, Imprenta Nacional, 1873, Número 145, p. 163.

extranjeras divorciadas fuera del territorio de la República.²⁰⁶ En comentarios a prohibición similar establecida en el Código Civil del **diecinueve de mayo de 1896**, el doctor **Aníbal Dominici** hizo distingo con fundamento en el lugar de celebración del matrimonio en los términos siguientes:

El extranjero divorciado de un matrimonio celebrado en país extranjero, donde el divorcio es permitido, podría casarse válidamente en Venezuela. Atendemos entonces, únicamente, a su capacidad personal, según la ley de su Nación. Si el extranjero hubiese celebrado el matrimonio en Venezuela, el divorcio obtenido en otra parte es para nosotros ineficaz, porque el matrimonio es por la ley venezolana indisoluble, y se sometió a esa disposición, que es aquí de orden público.²⁰⁷

216. La regulación establecida en 1873 difiere sensiblemente de la contemplada en el Proyecto de Código Civil de 1869, que en el primer párrafo de su artículo 119 requería se presentara “una certificación de la autoridad competente del país de su último domicilio, debidamente legalizada, de la que conste que puede contraer matrimonio”. Sin embargo, en forma poco comprensible impuso la condición no sólo a los extranjeros, sino también a los nacionalizados con menos de cinco años de residencia en el país.²⁰⁸

²⁰⁶ El artículo 150 del Código Civil dispuso: “El matrimonio válido no se disuelve sino por la muerte de uno de los cónyuges”; el artículo 151 agregó: “El divorcio no disuelve el matrimonio; pero suspende la vida en común”; y, en forma concordante, el artículo 68 había especificado: “El contrato de matrimonio es por su esencia y naturaleza, perpetuo e indisoluble, y no puede contraerse sino entre dos: un solo hombre y una sola mujer”.

²⁰⁷ **Aníbal Dominici. Comentarios al Código Civil Venezolano (reformado en 1896)**, Tomo I, Caracas, 1897, p. 187. La misma conclusión había sido indicada por **Aníbal Dominici** en el *Prefacio* cuando afirmó que si el extranjero “se hubiese divorciado legalmente en su país de un matrimonio contraído fuera de Venezuela, podría casarse aquí, porque el matrimonio celebrado en la República es el único que nuestra ley considera indisoluble, y el extranjero se rige en el caso dicho por su *estatuto personal*” (*Prefacio*, Tomo I, p. 61). La referencia al estatuto personal del extranjero en este caso se justifica porque el principio de la territorialidad de la ley venezolana, sancionado en el artículo sexto del Código Civil de 1873, reproducido en el del **diecinueve de mayo de 1896**, no pretende aplicarse a los divorcios obtenidos por extranjeros fuera de la República. Además es de recordar que el artículo diecisiete de este último había declarado aplicable la ley de la nacionalidad para regir el estado y capacidad de los extranjeros en Venezuela; disposición que no consagró el Legislador de 1873.

²⁰⁸ **Gonzalo Parra-Aranguren. El Derecho internacional privado en el Proyecto de Código Civil Venezolano de 1869**, *Revista del Tribunal Supremo de Justicia*, número 9, Caracas, 2003, pp. 158-159.

217. Por otra parte, el Código Penal de **veinte de febrero de 1873**, vigente a partir del 27 de abril del mismo año, dispuso en su artículo 442:

Los que a sabiendas contrajeran un matrimonio nulo, incurrirán en pena prisión por tiempo de uno a tres años, o de confinamiento en diverso Estado, por doble tiempo.

Si sólo el varón conoce el impedimento y el matrimonio ha sido consumado, sufrirá la pena establecida en el artículo 1º de la ley 3 del título anterior contra los violadores.²⁰⁹

Si el matrimonio nulo fuere el de un extranjero, que a pesar de haber llenado las formalidades que se exigen por la ley civil en Venezuela para contraerlo, resultare que estaba antes casado, la pena para el culpable y los testigos que declaren en la justificación será la de dos años de reclusión penitenciaria o de presidio abierto, según las circunstancias.²¹⁰

218. No obstante en caso de anulación del matrimonio es necesario tener en cuenta la eventual aplicación del artículo 135 del Código Civil, que dispuso:

El matrimonio contraído de buena fe, aunque sea anulado, producirá todos los efectos civiles, así en favor del cónyuge como de sus hijos.

Si hubo buena fe de parte de uno sólo de los cónyuges, surte únicamente efectos civiles respecto de él y de los hijos, pero deja de producir efectos civiles desde que falte la buena fe en ambos cónyuges. La buena fe se presume, si no consta lo contrario.

219. **Luis Sanojo** afirma que la ley venezolana no sólo rige las formalidades extrínsecas sino que también se aplica en forma acumulativa

²⁰⁹ En principio el artículo 423 sancionaba los violadores con pena de dos a cinco años de presidio, o con confinamiento fuera del Estado por doble tiempo.

²¹⁰ **Recopilación de Leyes y Decretos Vigentes de Venezuela**, Tomo V, Caracas, 1874, Imprenta de La Concordia de Evaristo Fombona, número 1825, p. 481.

con la ley de la nacionalidad para determinar la capacidad matrimonial de los extranjeros cuando pretendan casarse en Venezuela. Este planteamiento sólo tiene validez si se olvida el mandato del artículo sexto del Código de 1873 que, en principio, ordena aplicar la ley venezolana a todas las personas, bienes y actos realizados en el territorio de la República; y presupone admitir que el estado y capacidad de los extranjeros se rige por la ley de su nacionalidad, por reciprocidad con lo dispuesto en el artículo octavo.²¹¹

220. De aceptarse la opinión de **Luis Sanojo** la ley venezolana hubiera podido impedir la celebración de matrimonios en el territorio de la República, aun cuando fueran permitidos por la ley de la nacionalidad de los contrayentes. Así lo reconoce **Luis Sanojo** cuando afirma:

El matrimonio de los extranjeros debe celebrarse con arreglo a las disposiciones de este título; y no podrá contraerse si respecto de él existen los impedimentos declarados en la Sección tercera del mismo.²¹² Tal doctrina nos parece una consecuencia necesaria del artículo 69, que establece que sólo el matrimonio que se celebre con arreglo a las disposiciones de este título, será válido y el único que producirá efectos legales con respecto a las personas y bienes de los contrayentes y de sus descendientes. Dedúcese de aquí que en los matrimonios celebrados en Venezuela, aun cuando ambos contrayentes sean extranjeros, deben observarse aquellas formalidades y no existir estos impedimentos, teniendo los que se contraigan en contravención a estas disposiciones, los mismos efectos que si el acto pasase entre venezolanos. Así, pues, no será válido el matrimonio de extranjeros celebrado ante el Agente diplomático o consular de su país, aun cuando por las leyes del mismo tengan estos funcionarios la atribución de presenciarlo, ni el contraído entre dos extranjeros parientes en un grado prohibi-

²¹¹ Véanse los números 74 a 110 de este trabajo.

²¹² Así lo dispuso expresamente el segundo párrafo del artículo 119 del Proyecto de 1869, que no fue reproducido por el Legislador de 1873.

do por nuestras leyes, aunque no lo sea por las leyes de su país. Debe salvarse, sin embargo, el caso en que los tratados públicos dispongan otra cosa.²¹³

221. Por otra parte, de admitirse la aplicación de la *lex patriae* para regir la capacidad matrimonial, como lo sostuvo **Luis Sanojo**, la ley venezolana también hubiera podido tener una influencia positiva para permitir la celebración en el territorio de la República de matrimonios prohibidos por la ley de la nacionalidad de los contrayentes. Así ocurriría si la prohibición contrariare los principios fundamentales de la ley venezolana, *i.e.* impedimentos fundamentados en diferencias de raza, rango o religión.

222. La forma extrínseca del **matrimonio celebrado en el extranjero** fue regulada en la Sección Séptima, que tuvo por título: *Del matrimonio de los venezolanos en país extranjero; y del de los extranjeros en Venezuela*.

223. El artículo 121 dispuso:

El matrimonio celebrado en país extranjero entre venezolanos, o entre venezolanos y extranjeros, con las formalidades establecidas por las leyes del país en que se celebre, o por las leyes venezolanas, producirá en Venezuela los mismos efectos civiles que si se hubiera celebrado en territorio venezolano.

224. El precepto repite la solución alternativa consagrada en términos generales por el artículo noveno para regular la validez formal de los actos entre vivos y de última voluntad. Sin embargo, se abstuvo de reproducir su segundo párrafo que exigió el cumplimiento de la forma especial exigida por la ley venezolana; y por este motivo parece razonable afirmar que nuestro Legislador no exigió ninguna en el caso de matrimonio concluido fuera del territorio de la República.

²¹³ **Luis Sanojo. Instituciones de Derecho Civil venezolano**, Tomo I, Caracas, Imprenta Nacional, 1873, Número 15, p. 163. En la época no existía ningún tratado vigente sobre la materia que pudiera tener aplicación preferente en Venezuela.

225. El Código Civil de 1873 reprodujo el artículo 117 del Proyecto de 1869; y, por tanto, sólo contempló expresamente el matrimonio entre venezolanos, o entre venezolanos y extranjeros, a diferencia de los Códigos del **veintiocho de octubre de 1862** y **veintiuno de mayo de 1867** que, en términos generales, declararon aplicable la *lex loci actus* para regir la forma extrínseca de los matrimonios celebrados en el extranjero. Sin embargo, la ausencia de mención de los matrimonios entre extranjeros en el artículo 121 carece de importancia, en virtud del mandato consagrado en el artículo noveno con relación a la forma extrínseca de los actos entre vivos y de última voluntad.

226. La alternativa de celebrar un matrimonio válido en el extranjero de acuerdo con las formalidades establecidas por la ley venezolana había sido prevista en el artículo 117 del Proyecto de 1869, en el artículo 51 del Código Civil del **veintiuno de mayo de 1867** y en el artículo tercero de la Ley Segunda, Capítulo Primero del Título Tercero, Libro Primero del Código Civil del **veintiocho de octubre de 1862**. Al respecto **Luis Sanojo** advierte que el cumplimiento de la ley venezolana es posible “por corto que sea el tiempo durante el cual haya residido en país extranjero”.²¹⁴ Sin embargo, nunca han existido funcionarios venezolanos en el extranjero facultados para presenciar matrimonios; y, por tanto, no ha sido posible utilizar la posibilidad de casarse válidamente fuera de la República cumpliendo las formas establecidas en la ley de Venezuela, como lo permitió el Legislador de 1873 y ha sido contemplado en los Códigos Civiles posteriores.

227. Algunos años más tarde el doctor **Pedro J. Saavedra**, con el carácter de Ministro de Relaciones Exteriores, en la Memoria que presentó al Congreso el **veinte de febrero de 1881** hizo la siguiente advertencia:

Sin hablar de otras legislaciones, la reciente de Venezuela, artículo 121 del Código Civil, declara que el matrimonio celebra-

²¹⁴ **Luis Sanojo**. *Instituciones de Derecho Civil venezolano*, Tomo I, Caracas, Imprenta Nacional, 1873, Número 143, p. 161.

do en país extranjero entre venezolanos o entre venezolanos y extranjeros, con las formalidades establecidas por las leyes del país en que se celebre, o por las leyes venezolanas, producirá en Venezuela los mismos efectos civiles que si se hubiere celebrado en territorio venezolano. Lo primero es dar valor al matrimonio arreglado a las leyes locales; subsidiariamente se atribuye la misma fuerza al matrimonio hecho conforme a las leyes de Venezuela. Mas ello presupone alguna autorización a los Agentes Diplomáticos o Consulares de la República para suplir las veces de los Presidentes de los Concejos Municipales acompañados del Secretario de ellos, a quienes corresponde entre nosotros esta facultad; así como para lo relativo a la intervención de los jueces de Parroquia, publicación de proclamas, etc. Y, como hasta ahora no se ha expedido tal Ley complementaria, no ha surtido la primera efecto alguno; de donde resulta que, de hecho, sólo queda a los venezolanos ausentes el primer recurso.²¹⁵

228. Al comentar precepto idéntico del Código Civil del **diecinueve de mayo de 1896** el doctor **Aníbal Dominici** se limitó a afirmar que también será válido el matrimonio “que en conformidad con las leyes venezolanas fuere celebrado ante el Cónsul Agente Diplomático de la República”;²¹⁶ y con relación al mismo artículo, el doctor **Lorenzo Herrera Mendoza** hizo los siguientes comentarios:

... como las facultades de los Ministros Diplomáticos y de los Cónsules se limitan a las inherentes a su cargo oficial y a las impretermitibles para el desempeño de sus funciones, para que tuvieran la competencia necesaria para celebrar matrimonios sería indispensable que una ley especial les diera su autorización para sustituirse, en país extranjero, en el lugar de los Jue-

²¹⁵ **Memoria del Ministerio de Relaciones Exteriores. 1881. Exposición Preliminar**, pp. XIII-XIV. Los comentarios son al Código Civil del **diez de diciembre de 1880**, que reprodujo el artículo 121 del Código Civil de 1873.

²¹⁶ **Aníbal Dominici. Comentarios al Código Civil Venezolano (reformado en 1896)**, Tomo I, Caracas, 1897, p. 185.

ces de Parroquia y en el de los Presidentes de los Concejos Municipales, que, como hemos visto, son los funcionarios competentes, según nuestras leyes, para la publicación y para la celebración de los matrimonios. Como hasta la fecha no ha sido dictada esa ley, en lo relativo al matrimonio, Venezuela no tiene a este respecto empleados competentes en Países extranjeros, y por lo tanto, los venezolanos y los extranjeros domiciliados en Venezuela, ausentes de la República, no pueden casarse válidamente sino de acuerdo con las leyes del país en que el acto se celebre.²¹⁷

229. El doctor **Francisco Gerardo Yanes** se limitó a observar que a los funcionarios venezolanos en el extranjero no les está atribuida la competencia indispensable; y de igual modo, también con relación a idéntico precepto del Código Civil del **nueve de abril de 1904**, **Ramón Altuve** destacó que, de acuerdo con su redacción,

podría deducirse que los venezolanos pueden contraer matrimonio en país extranjero, de conformidad con nuestras leyes, siempre que el acto tenga lugar ante el Ministro o Cónsul de Venezuela; pero como estos empleados tienen limitadas sus atribuciones a lo estrictamente necesario para el desempeño de su cargo, y entre esas atribuciones no figura la de celebrar matrimonio, creemos que los venezolanos no pueden contraer matrimonio válido en país extranjero, sino de conformidad con las leyes locales.²¹⁸

²¹⁷ **Lorenzo Herrera Mendoza**. *Autoridad Extraterritorial de las Leyes sobre el Matrimonio* (Tesis de Opción al Doctorado en Ciencias Política), **Anales de la Universidad Central de Venezuela**, Año II, Tomo III, Números II y IV, julio-diciembre de 1902, p. 499.

²¹⁸ **Ramón Altuve**. **El matrimonio en el Derecho Internacional Privado**, Mérida, Venezuela, 1912, p. 58. Los autores venezolanos de épocas posteriores coinciden en la imposibilidad de contraer matrimonio válidamente en el extranjero de conformidad con la ley venezolana, debido a la ausencia de funcionario competente para autorizarlo (**Gonzalo Parra-Aranguren**. *La celebración del matrimonio conforme al Derecho internacional privado venezolano*, **Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal**, Caracas, 1981, número 144, pp. 11-1116; reproducido en **Monografías Selectas de Derecho Internacional Privado**, Caracas, 1984, Italgráfica, pp. 452-458).

230. En virtud de la competencia reconocida a la ley extranjera del lugar de celebración en el primer párrafo del artículo noveno del Código Civil, **Luis Sanojo** agregó que

la prueba del matrimonio cuando se haya celebrado con arreglo a las leyes del lugar, será la que se exija por las mismas. Así es que, si por ejemplo, por esas leyes bastan la prueba testimonial y la posesión de estado, tal prueba deberá considerarse como suficiente en Venezuela.²¹⁹

231. En términos más generales **Luis Sanojo** advirtió sobre el particular:

Nada dice expresamente el código sobre los actos del estado civil de los venezolanos ocurridos en el extranjero, excepto lo que trae el artículo 123 respecto de los matrimonios, porque creyó suficiente lo que trae el artículo nono... Así, pues, los actos del estado civil en país extranjero se comprobarán de la manera que exigen las leyes de aquél país. Por consiguiente, si el matrimonio, el nacimiento y la muerte pueden probarse según esas leyes por medio de testigos con independencia de todo registro, tal prueba tendrá fuerza y valor en Venezuela, respecto de los actos del estado civil verificados en aquél país. Y si allí se exige la inscripción de los registros creemos aplicable en la República el artículo 403, para el caso den que allá no se hayan llevado los registros y que éstos se hayan destruido en todo o en parte.²²⁰

²¹⁹ **Luis Sanojo. Instituciones de Derecho Civil venezolano**, Tomo I, Caracas, Imprenta Nacional, 1873, Número 143, p. 161.

²²⁰ **Luis Sanojo. Instituciones de Derecho Civil venezolano**, Tomo I, Caracas, Imprenta Nacional, 1873, número 326, pp. 326-327. El artículo 403 del Código Civil dispuso: "Si no se han llevado los registros o se han destruido o perdido en todo o en parte, o si ha habido interrupción en el asiento de los registros, podrán probarse los nacimientos, matrimonios y defunciones con cualquier otra especie de prueba legal. Si la falta o destrucción, la inutilización o interrupción hubieren tenido lugar por dolo del requirente, no se le admitirá la prueba autorizada por este artículo".

232. En el caso de matrimonios contraídos fuera de la República el **artículo 123** del Código Civil estableció un requisito adicional por cuanto dispuso:

Cuando el matrimonio se hubiere celebrado en país extranjero entre venezolanos o entre venezolanos y extranjeros, deberán éstos presentar, dentro de seis meses de su regreso a Venezuela, al Juez de Primera Instancia del lugar de su residencia, copia legalizada del acta de la celebración del matrimonio, a fin de que este funcionario, caso de encontrarla en debida forma, la remita al Presidente del Concejo Municipal para ser archivada, sacando antes una copia certificada que remitirá a la primera autoridad civil de la respectiva parroquia, para que la inserte en los registros.

233. Una exigencia similar había sido impuesta por el artículo 118 del Proyecto de 1869 en los términos siguientes:

El acta de la celebración de los matrimonios contraídos en país extranjero entre venezolanos, o entre venezolanos y extranjeros, será transcrita en los registros de los matrimonios del lugar de la residencia de los contrayentes, en el término de un año, a contar desde su regreso a Venezuela, bajo la multa de veinte a cien pesos.

234. Con relación al ámbito de vigencia del precepto, *ratione personae*, el Licenciado **Luis Sanojo** sostuvo:

Si una venezolana se casare con un extranjero en el país de éste y si por sus leyes adquiere la nacionalidad del marido por el hecho del matrimonio, no es aplicable la disposición porque se reputa extranjera según el artículo 19.²²¹

²²¹ **Luis Sanojo. Instituciones de Derecho Civil venezolano**, Tomo I, Caracas, Imprenta Nacional, 1873, Número 143, pp. 161-162.

235. Por otra parte **Luis Sanojo** advirtió:

No obstante que hayan transcurrido los seis meses dados para la transcripción del acta sin habérsela verificado, podrá hacérsela después, pero para ello es menester que recaiga una sentencia dictada por el tribunal respectivo en un juicio sobre rectificación del acta de matrimonio con arreglo a lo dispuesto en los artículos 428, 429 y 430, porque después de aquél tiempo la transcripción es una verdadera rectificación de aquella acta.²²²

236. **Luis Sanojo** también afirmó que

La omisión de la formalidad de la transcripción en el tiempo fijado por la ley, en manera alguna anula el matrimonio ni priva a los cónyuges, ni a sus hijos de ninguno de los efectos civiles. No hay disposición legal que dé un efecto tan severo a aquella falta, ni de su naturaleza tampoco puede deducírsele. Indudablemente que los que han dejado de cumplir aquella prescripción están en el caso de comprobar legalmente que en efecto contrajeron matrimonio, siempre que tengan que ocurrir a la autoridad pública en demanda de protección para alguno de los derechos inherentes al estado que se atribuyen; pero hasta ahí no más llegarán los efectos de su omisión. Con todo, si tales derechos han de obrar contra terceros, y los cónyuges han tenido en reserva su matrimonio, la ignorancia de aquéllos es suficiente para que puedan rechazar las pretensiones de éstos. Tal procedimiento entraña dolo, o por lo menos negligencia, y es sabido que a nadie aprovecha el que él mismo comenta”.²²³

237. En el caso de matrimonios contraídos fuera del territorio de la República el **artículo 122** dispuso:

²²² **Luis Sanojo. Instituciones de Derecho Civil venezolano**, Tomo I, Caracas, Imprenta Nacional, 1873, Número 144, p. 162.

²²³ **Luis Sanojo. Instituciones de Derecho Civil venezolano**, Tomo I, Caracas, Imprenta Nacional, 1873, Número 144, p. 162.

Si el venezolano o venezolana contrae matrimonio en país extranjero, contraviniendo de algún modo a las leyes venezolanas, la contravención producirá en Venezuela los mismos efectos que si se hubiere cometido en ella.

238. El precepto reprodujo el segundo párrafo del Proyecto de 1869 que, a su vez, repitió el artículo 52 del Código Civil del **veintiuno de mayo de 1867** y el segundo párrafo del artículo tercero de la Ley Segunda, Capítulo Primero del Título Tercero, Libro Primero del Código Civil del **veintiocho de octubre de 1862**, en seguimiento del segundo párrafo del artículo 119 del Código Civil chileno.

239. En realidad la disposición constituye una aplicación concreta del mandato contenido en el artículo séptimo, que ordena aplicar las leyes venezolanas a los venezolanos aunque residan o tengan domicilio en país extranjero. En consecuencia, según indica el Licenciado **Luis Sanojo**:

en cuanto a impedimentos, deben seguirse las (leyes) de la República, siendo nulo el contraído con alguno que por ellas sea dirimente y quedando sujeto a la respectiva pena el que se haya casado, no obstante tener algún impedimento impediante según nuestras propias leyes.²²⁴

240. El Legislador de 1873 tuvo en cuenta la extranjería de la celebración del matrimonio para regular las sanciones derivadas de la infracción de sus preceptos. En efecto, el artículo 85 del Código Civil requirió el consentimiento del tutor, y de no existir, la autorización del Juez del domicilio del menor; pero su violación no constituyó causa de anulación del matrimonio de conformidad con el artículo 141. Sin embargo, contempló la pena de prisión contra los infractores, que pueden pedir los ascendientes, el adoptante o el tutor cuyo consentimiento era necesario y el Síndico Procurador Municipal cuando era el Juez quien debía prestarlo; pero, de acuerdo con su segundo párrafo, si el matrimonio “se

²²⁴ **Luis Sanojo. Instituciones de Derecho Civil venezolano**, Tomo I, Caracas, Imprenta Nacional, 1873, Número 143, p. 160.

celebró en país extranjero, el tiempo no empezará a correr antes de que regrese al país el contrayente”.

D. MATERIAS DIVERSAS

(a) Testamentos otorgados por militares.

241. El legislador de 1873 se abstuvo de reproducir los artículos del Código Civil del **veintiuno de mayo de 1867** sobre ley aplicable a la **forma de los testamentos en términos generales**, posiblemente por considerar suficientemente regulada la materia en el artículo noveno. Sin embargo, la omisión tuvo algunas repercusiones prácticas porque fueron suprimidos los preceptos referentes a los testamentos otorgados por venezolanos ante los Agentes Diplomáticos o consulares de la República; y de esta manera sus facultades continuaron regidas la Ley del **dieciséis de junio de 1865** que no los autorizaba a presenciar su otorgamiento.²²⁵

242. No obstante, el artículo 743 del Código Civil expresamente sometió a las formalidades establecidas en los artículos 740 y 741 el testamento de quienes

estén en expedición militar por causa de guerra, así en país extranjero, como en el interior de la República, o en cuartel y guarnición fuera de la República, o prisionero en poder del enemigo, o en una plaza o fortaleza sitiada por el enemigo, o en otros lugares en que las comunicaciones estén interceptadas.

²²⁵ **Recopilación de Leyes y Decretos Vigentes de Venezuela**, Tomo IV, Caracas, 1874, Imprenta de La Concordia de Evaristo Fombona, número 1501, p. 396. El Código Civil del **veintiuno de mayo de 1867** había dispuesto al respecto. “Artículo 544. El venezolano que se encuentre en un país extranjero también podrá otorgar su testamento, abierto o cerrado, ante el Agente Diplomático o consular de la República residente en el lugar del otorgamiento; en este caso, se observará todo lo dispuesto en los artículos 523 al 528 inclusive, menos en cuanto a la calidad del vecindario de los testigos. Artículo 545. El Agente diplomático o consular remitirá copia del testamento si es abierto o de la diligencia del acto de su presentación cuando sea cerrado, al Ministerio de Relaciones Exteriores para ser depositada en su archivo. Este Ministerio cumplirá lo dispuesto en los párrafos 2º y 3º del artículo 540. Artículo 546. La inobservancia o falta de cumplimiento de las solemnidades prescritas en ésta y en la anterior sección, anula el testamento”.

243. Ahora bien, en el artículo 740 se había previsto:

El testamento de los militares y de las personas empleadas en el ejército, puede ser recibido por un jefe de batallón, o por cualquiera otro oficial de grado igual o superior, o por un auditor de guerra, o un comisario de guerra en presencia de dos testigos varones y mayores de edad; el testamento será reducido a escrito y firmado por el que lo reciba y si fuere posible, por el testador y los testigos, expresándose, caso que éstos no lo hagan, el motivo que lo ha impedido. El testamento de militares pertenecientes a cuerpos o puestos destacados del ejército, puede también ser recibido por el capitán o por cualquiera otro oficial subalterno que tenga el mando del destacamento.

244. De inmediato agregó el artículo 741:

Si el testador se halla enfermo o herido, el testamento puede también ser recibido por el capellán o médico cirujano de servicio, en presencia de dos testigos, de la manera establecida en el artículo precedente.

245. Seguidamente dispuso el artículo 742:

Los testamentos de que hablan los dos artículos anteriores deben ser transmitidos, a la mayor brevedad, al cuartel general, y por éste al Ministerio de la Guerra, quien ordenará su depósito en la oficina de Registro del lugar del domicilio o de la última residencia del testador, dejándose copia certificada, así en el cuartel general como en el Ministerio de la Guerra.

246. Por último, el artículo 744 declaró:

El testamento de los militares hecho según los artículos anteriores caducará dos meses después de la vuelta del testador a un lugar donde pueda hacer un testamento en las formas ordinarias.

(b) Hipoteca judicial en virtud de sentencias extranjeras.

247. De acuerdo con el artículo 1818 del Código Civil

Las sentencias pronunciadas por autoridades judiciales extranjeras no producirán hipoteca sobre los bienes situados en la República, sino desde que las autoridades judiciales de ésta hayan decretado su ejecución, salvo las disposiciones contrarias que contengan los tratados internacionales.

248. El precepto reproduce textualmente el artículo 1973 del Código Civil italiano; solución también consagrada en el cuarto párrafo del artículo 2123 del Código Civil francés, aun cuando este último hace una salvedad respecto a “las disposiciones contrarias que contengan las leyes políticas”.

249. Los comentaristas patrios no lo mencionan expresamente, pero la referencia a los tratados internacionales carecía de importancia práctica en la época porque Venezuela no había concluido tratado sobre la materia con ningún Estado.

250. Con relación al artículo 1818, el Licenciado **Luis Sanojo** se limitó a explicar:

Las sentencias pronunciadas por tribunales extranjeros no tienen ninguna fuerza ni efecto en Venezuela, mientras la Alta Corte Federal, que es el tribunal competente para el caso, no las haya declarado con fuerza ejecutoria, y como uno de los efectos de las sentencias es producir la hipoteca judicial, es claro, que esto no tendrá lugar, mientras no se haya llenado aquél requisito.²²⁶

251. En el mismo sentido **Aníbal Dominici** comenta el artículo 1858 del Código Civil de **diecinueve de mayo de 1896** que reprodujo el pre-

²²⁶ **Luis Sanojo. Instituciones de Derecho Civil venezolano**, Tomo IV, Caracas, Imprenta Nacional, 1873, número 305, p. 332.

cepto de 1873; tan sólo indicó que, una vez obtenido el pase de la Alta Corte Federal,

se necesita que los jueces a quienes toca la ejecución manden cumplir la sentencia extranjera, para que pueda el acreedor promover la constitución de la **hipoteca judicial** sobre bienes situados en la República, suponiendo que se halle en alguno de los casos legales. La ley deja a salvo en esta materia lo que se estatuya por Tratados internacionales, porque con tal que no infrinja sus leyes internas, la República puede estipular con las Naciones amigas los modos de proceder en esta clase de asuntos.²²⁷

(c) Registro de sentencias y actos celebrados en el extranjero.

252. El artículo 1851 del Código Civil dispuso:

Los documentos privados no pueden ser registrados si las firmas de los contratantes no han sido autenticadas.

Las sentencias y los actos celebrados en país extranjero deben ser debidamente legalizados.

253. El segundo párrafo del artículo 1851 reproduce el tercer párrafo del artículo 1935 del Código italiano; y al respecto comenta el Licenciado **Luis Sanojo**:

Los documentos otorgados en país extranjero deben venir con la firma autenticada por ante los funcionarios competentes para ello, según las leyes del país del otorgamiento, o por ante el funcionario de la República que por nuestras leyes tenga facultad para intervenir en tales actos, y la firma y carácter del funcionario extranjero cuya presencia haya dado autenticidad a la del otorgante, han de estar legalizados o testificados, en ultimo

²²⁷ **Aníbal Dominici**. *Comentarios al Código Civil Venezolano (reformado en 1896)*, Tomo IV, Caracas, 1897, pp. 322-323.

resultado por lo menos, por el Ministro o Cónsul de la República en el respectivo país o por el de una nación amiga.²²⁸

254. Con relación al artículo 1891 del Código del **diecinueve de mayo de 1896**, que reproduce el texto de 1873, comenta **Aníbal Dominici**:

Los actos y sentencias extranjeras deben ser legalizados por los Agentes diplomáticos o consulares de la República en el país donde fueron expedidos, y con esa legalización pueden registrarse en la oficina correspondiente, a la presentación de cualquier interesado, sin mas requisitos. Las sentencias o actos de autoridades nacionales no necesitan de legalización para ser protocolizados en las Oficinas de Registro. Son auténticos siempre que consten en la forma legal.²²⁹

255. Por su parte, **Joaquín Escriche** explica que “legalización” es

La declaración que un oficial público da por escrito al pié de un instrumento atestando la veracidad de las firmas puestas en él, así como las calidades de las personas que le han hecho y autorizado, para que se le de crédito en todas partes.²³⁰

IX. COMENTARIOS FINALES

256. Miembros de la Comisión General de Códigos creada el **nueve de septiembre de 1872** se manifestaron satisfechos de la misión cumplida.

²²⁸ **Luis Sanojo. Instituciones de Derecho Civil venezolano**, Tomo IV, Caracas, Imprenta Nacional, 1873, número 352, p. 381.

²²⁹ **Aníbal Dominici. Comentarios al Código Civil Venezolano (reformado en 1896)**, Tomo IV, Caracas, 1897, p. 354.

²³⁰ **Joaquín Escriche. Diccionario Razonado de Legislación y de Jurisprudencia**, Nueva Edición Reformada y Considerablemente aumentada por los Doctores D. José Vicente Caravantes y D. León Galindo y De Vera. Tomo Tercero. Madrid. Imprenta de Eduardo Cuesta, Rollo, 6, bajo, 1875, p. 863.

257. **Cecilio Acosta** afirma:

Esta legislación ha dado los mejores frutos, hablando en general; ha ajustado como en su caja, en las necesidades, las tendencias y las costumbres nacionales... Esta legislación merece el juicio favorable de todas las personas competentes, y tanto como esto vale decir que está considerada como una de las mejores que hoy tiene la América latina. Después de esto, nada importan las calumnias de la mala fe ni las sandeces de la ignorancia: *Non tali aulio, nec defensoribus istis Tempos eget*.²³¹

258. Por su parte, el Licenciado **Luis Sanojo** comentó:

“Venezuela, después de algunos ensayos, por la mayor parte poco felices, se ha dado una colección completa de Códigos que tienen todas las condiciones de duración”.²³²

259. El Ministro de Relaciones Interiores, doctor **Juan Pablo Rojas Paúl**, en la Memoria que presentó al Congreso el **veinte de febrero de 1876** hizo referencia a los códigos promulgados tres años antes en los términos siguientes:

Cesaron con ellos, en materia civil, la aberración y escandaloso anacronismo que existía en la República con la observancia de Leyes, Pragmáticas, Reales Cédulas y Órdenes expedidas por los Reyes españoles para tiempos atrasados, i una civilización distinta de la moderna, cuando en la misma España se comenzaba a observar otra legislación más cónsona con las luces i los adelantamientos del siglo... Así se formó, con estos Códigos, una *Legislación verdaderamente nacional* que tomó la fisonomía de la época, acopió la doctrina más adelantada i más acorde con la ilustración del siglo i con los consejos de

²³¹ **Cecilio Acosta**. *Códigos Nacionales*, **Obras**, Tomo IV, Caracas, Editorial El Cojo, 1909, p. 189.

²³² **Luis Sanojo**. *Instituciones de Derecho Civil venezolano*, Tomo I, Caracas, Imprenta Nacional, 1873, p. VI.

distinguidos expositores, i se relegaron al olvido disposiciones bárbaras, leyes inadecuadas, vetustos preceptos, piezas todas incoherentes de una legislación anticuada, multiforme, dudosa e incierta. Debióse al Ilustre Americano, en esta nueva Legislación patria, multitud de pensamientos nuevos, hijos de sus propósitos regeneradores. Presidiendo las comisiones codificadoras, i llevando a ellas rico caudal de sus propias convicciones, inculcó muchas ideas luminosas, muchas fórmulas nuevas que están embebidas en nuestras leyes.²³³

260. Conceptos similares expuso el doctor **Diego Bautista Urbaneja**, también miembro de la Comisión General de Códigos, pero esta vez con el carácter de Ministro de Relaciones Interiores. En efecto, en su Memoria presentada al Congreso el **veinte de febrero de 1877** hizo las siguientes observaciones:

Los Códigos civil, penal y sus respectivos procedimientos, el de Comercio, el de Hacienda y el Militar han venido a constituir verdaderamente el tesoro de la Legislación Nacional, obra duradera y tanto más apreciada cuando que en dichos Códigos se contienen doctrinas muy avanzadas y se han hecho desaparecer la incoherencia, oscuridad y exótica fisonomía de aquella heredada de España que había sobrevivido a la Independencia y continuaba en vigor todavía hasta los últimos años que antecedieron al presente período.²³⁴

261. En consecuencia no es de extrañar que por Decreto de **treinta de junio de 1876** el Gobierno Nacional dispusiera conceder una medalla de oro, de forma oval y de cinco centímetros en mayor diámetro, a los integrantes de la Comisión General de Códigos, con base en los siguientes Considerandos:

²³³ **Memoria del Ministerio del Interior. 1876**, *Legislación y Jurisprudencia Patria*, Caracas, 1876, p. XXVIII.

²³⁴ **Memoria del Ministerio del Interior. 1877**, *Legislación*, Caracas, 1877, p. XXVIII.

Que los jurisconsultos y demás individuos que redactaron los Códigos civil, penal, mercantil y militar y sus respectivos procedimientos, prestaron a Venezuela un servicio inapreciable y de trascendentales beneficios, realizando en pocos meses la importante obra de reformar y mejorar la antigua legislación, esparcida en muchos y costosos volúmenes y reducirla con la aplicación y consulta de los mejores códigos de Europa y de la América a un plano ilustrado, metódico y cónsono con las instituciones nacionales y con el progreso del siglo.²³⁵

262. No obstante los señalamientos anteriores, el Ministro de Relaciones Interiores, **L. Villanueva**, en su Memoria presentada el **veinte de febrero de 1878** hizo las siguientes observaciones:

Si los pueblos civilizados no pueden vivir sin leyes, y sin leyes sacadas del estudio de la Naturaleza y de los adelantos de la humanidad, cierto es también que las relaciones de la comunidad se hacen insoportables cuando se las quiere ordenar por un sistema de instituciones y de leyes contradictorias unas con otras. No hay ni puede haber nada superior a la Lei fundamental, y cualquiera disposición que colida con ella debe modificarse para que la legislación tenga la necesaria unidad que caracteriza la civilización de un pueblo.²³⁶

263. En consecuencia informó al Congreso:

Habiendo observado el Gobierno que los Códigos nacionales coliden en muchos puntos con la Constitución de Venezuela,²³⁷ nombró comisiones ilustradas que los revisasen para ponerlos en armonía con los principios consignados en la Lei fundamen-

²³⁵ **Recopilación de Leyes y Decretos Vigentes de Venezuela**, Tomo VII, Caracas, Imprenta de la Opinión Nacional, 1884, número 1991, p. 463.

²³⁶ **Memoria del Ministerio de Relaciones Interiores. 1878**, *Códigos Nacionales*, pp. XXX-XXXI.

²³⁷ Los Códigos se promulgaron bajo la vigencia de la Constitución del **veintidós de abril de 1864**, que fue enmendada el **veintisiete de mayo de 1874**.

tal. Oportunamente se os presentarán, y muy respetuosamente os suplico que los toméis en consideración para corregir los abusos que se cometen hoy por falta de concordancia entre una y los otros.²³⁸

264. Efectivamente el Poder Ejecutivo procedió el **quince de enero de 1878** al nombramiento de Comisiones encargadas de armonizar los Códigos con la Ley Fundamental de la República, habiendo correspondido a los doctores **Fernando Arvelo, Nicanor Borges y Juan Pablo Rojas Paúl** la revisión del Código Civil.²³⁹

265. En la época se encontraba reunido el *Congreso de Jurisconsultos*, instalado en Lima el **nueve de diciembre de 1877**, con representantes de Perú, Argentina, Cuba, Bolivia y Ecuador, aun cuando con posterioridad se incorporaron Costa Rica, Guatemala, Honduras, Uruguay y Venezuela.²⁴⁰ Una comisión compuesta por los doctores **Alberto Arenas** (Perú) y **José E. Uriburu** (Argentina) preparó el proyecto que, después de cuidadoso examen, se aprobó con el título *Tratado de Derecho Internacional Privado*, suscrito en la sesión de **nueve de noviembre de 1878**.²⁴¹ Tres días después, en **doce de noviembre de 1878**, el doctor **Antonio Arenas**, en su carácter de Presidente del

²³⁸ **Memoria del Ministerio de Relaciones Exteriores. 1878**, *Códigos Nacionales*, p. XXX.

²³⁹ **Memoria del Ministerio de Relaciones Exteriores. 1878**, *Documentos*, Números 193 - 194, p. 151-152. La revisión del Código de Comercio fue encomendada a los doctores *Modesto Urbaneja y Fulgencio Carias* y al Licenciado *Luis Sanojo*; El Código Penal debía ser revisado por los doctores *Tomás Lander, Santiago Terrero Attenza y Eloy Guillermo Montenegro*; los doctores *Félix Ayala, Ramón Feo y Juan Francisco Castillo* examinarían el Código de Procedimiento Civil; y la revisión del Código de Procedimiento Penal fue asignada a los doctores *Manuel María Urbaneja y José Reyes Piñal* y al Licenciado *Rafael Seijas*. Por Resolución del *seis de febrero de 1878* se nombró al Licenciado *Elías Michelena* en reemplazo del finado Licenciado Luis Sanojo (Documento número 201, p. 159).

²⁴⁰ El Delegado de Venezuela, **Pedro Naranjo**, se incorporó el **dieciséis de abril de 1878** (**Alberto Ulloa. Congresos Americanos de Lima**, Tomo II, Imp. Tomás Aguirre, Lima, 1938, p. 259).

²⁴¹ Fue suscrito por Argentina, Bolivia, Costa Rica, Chile, Ecuador y Venezuela. Con posterioridad, el **cinco de diciembre de 1878** se extendió un Protocolo, firmado por los Representantes de todos los países suscritores, para recibir la adhesión de Guatemala y Uruguay.

Congreso, envió al Ministro de Relaciones Exteriores del Perú un Informe explicativo de los trabajos realizados.²⁴²

266. Algún tiempo más tarde, **el cinco de abril de 1879**, el Ministro de Relaciones Exteriores venezolano informó al Congreso de Jurisconsultos que sometería a consideración del Poder Legislativo el Tratado de Derecho Internacional Privado;²⁴³ y efectivamente lo hizo cuando le presentó su correspondiente Memoria, **el veinte de febrero de 1880**, con los siguientes comentarios:

Se encuentran allí resueltas varias cuestiones de naturaleza difícil, y adoptados principios que tienen el apoyo de muchos publicistas, en materias importantes que este ramo abraza. Fruto de personas elegidas por su instrucción en la vasta ciencia del derecho, y de fines intrínsecamente americanos, merecerá, el Ejecutivo se complace en esperarlo, la mayor atención de las Cámaras tanto más cuanto guarda también armonía con las disposiciones de nuestros Códigos.²⁴⁴

267. Venezuela no llegó a adoptar el Tratado de Derecho Internacional Privado suscrito en Lima **el nueve de noviembre de 1878** con ocasión del Congreso de Jurisconsultos. Sin embargo, es de suponer que sus soluciones fueran examinadas en los medios jurídicos venezolanos, en particular por la Comisión de Códigos encargada de armonizar el Código Civil con la Constitución Nacional.

268. Inmediatas vicisitudes políticas dejaron sentir su huella en los trabajos emprendidos por la Comisión de Códigos; y sólo fue **el diez de**

²⁴² Gonzalo Parra-Aranguren. *La Primera Etapa de los Tratados sobre Derecho Internacional Privado en América (1826-1940)*, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, Caracas, 1996, número 98, pp. 59-127; reproducido en *Codificación del Derecho Internacional Privado en América*, Volumen II, Caracas, Liberil S.R.L., 1998, pp. 452-461.

²⁴³ Alberto Ulloa. *Congresos Americanos de Lima*, Tomo II, Imp. Tomás Aguirre, Lima, 1938, pp. 297, 362.

²⁴⁴ *Memoria del Ministerio de Relaciones Exteriores al Congreso de los Estados Unidos de Venezuela*, Caracas, 1880, *Exposición*, p. XXVI. En la Sección, Documentos, fueron transcritos tanto el Tratado como el Informe Explicativo del doctor Antonio Arenas (*Documento número 6*, pp. 98-151).

diciembre de 1880 cuando el mismo General **Antonio Guzmán Blanco**, esta vez con el carácter de Ilustre Americano, Pacificador, Regenerador y Presidente de los Estados Unidos de Venezuela, promulgó el nuevo Código Civil con vigencia a partir del veintisiete de enero de 1881, de acuerdo con su artículo 1922.²⁴⁵

269. No obstante, dos meses antes, en **octubre de 1880**, según relata el historiador **Francisco González Guinán**,

el Gobierno Nacional ordenó que se rindiese debido homenaje a los ciudadanos que con su inteligencia, conocimientos y patriótica consagración habían llevado a cabo, bajo la inspiración del Presidente de la República, la obra importantísima de la Codificación civil, criminal, mercantil, militar y fiscal, a cuyo efecto debía terminarse, como en realidad se acabó de pintar, y se colocó en el Palacio de la Justicia, el gran cuadro al óleo que contiene las efigies de los codificadores. Figuraban ahí el señor General Guzmán Blanco, los señores Doctores Juan P. Rojas Paúl, Diego B. Urbaneja, Ramón Feo, José Reyes Piñal, Manuel Cadenas Delgado, Luis Sanojo y Cecilio Acosta, General Felipe Esteves y señor Isaac J. Pardo. A estos distinguidos ciudadanos debe Venezuela unificación y purificación de su legislación, servicio altísimo que los hace acreedores de la gratitud nacional.²⁴⁶

²⁴⁵ **Recopilación de Leyes y Decretos Vigentes de Venezuela**, Tomo IX, Caracas, Imprenta Editorial de Soriano, Sucesores, 1891, número 2268, pp. 3-168.

²⁴⁶ **Francisco González Guinán. Historia Contemporánea de Venezuela**, Tomo XII, Caracas, 1924, p. 262. Según puede observarse no menciona a **Diego Bautista Barrios**; y en nota a pie de página agrega que “el cuadro de los codificadores fue colocado en el Departamento de los Tribunales del Distrito Federal, en la escalera principal, y permaneció en ese puesto hasta el 26 de octubre de 1889, en que fue despedazado por los reaccionarios que estimuló el Presidente Rojas Paúl”.

Consideraciones acerca del derecho a la identidad de la persona natural y su régimen probatorio

Marisela PÁRRAGA DE ESPARZA*

SUMARIO:

1. El derecho a la identidad. Un derecho de la persona.
2. El derecho a la identidad en el ordenamiento constitucional y legal.
3. Las pruebas hematológicas y heredobiológicas en el Código Civil de 1982.
4. Valoración de las pruebas hematológicas y heredobiológicas a la luz de la jurisprudencia venezolana: **4.1** *En relación a los expertos y forma de practicarla.* **4.2** *¿Cómo ha de valorarse el resultado de la experticia?* **4.3** *Valoración de la negativa a someterse a la práctica de las pruebas.*

* La Universidad del Zulia, Abogada, Licenciada en Filosofía, Doctora en Derecho, Profesora Titular Emérita. Universidad Complutense, Madrid, España, Programa Doctoral en Derecho. Universidad Rafael Urdaneta, Escuela de Derecho, Ex Directora, Profesora Titular, Investigadora acreditada, nivel I, P.P.I., Conicit 1995-1997. Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente, Sala de Juicio, Ex Jueza.

5. Limitaciones a la prueba genética del ADN cuando de paternidad se trata en los Estados Unidos de Norteamérica.

1. EL DERECHO A LA IDENTIDAD. UN DERECHO DE LA PERSONA

Desde el punto de vista jurídico la elaboración doctrinaria y jurisprudencial del derecho a la identidad personal es de reciente data, producto de la preocupación que ha surgido en la ciencia jurídica, a partir del siglo pasado, por los derechos de la persona. La ausencia de su incorporación y regulación en el plano normativo obedece a la tendencia que caracterizó a las legislaciones civiles, notablemente influenciadas por el Código Civil napoleónico de 1804, que simplemente los ignoró privilegiando los derechos patrimoniales. Bajo esta tendencia se incluye la legislación civil venezolana.

La incorporación de determinados derechos de la persona y su desarrollo legislativo en el derecho civil moderno se debe, principalmente, a la elaboración doctrinaria y jurisprudencial llevada a efecto por los juristas teóricos y prácticos italianos quienes han asumido una verdadera función creadora del derecho, tomando como base disposiciones de orden constitucional, que según el criterio de algunos autores de ese país, han funcionado como cláusulas generales (Fernández Sessarego, Carlos. *El Derecho a la Identidad Personal, en Tendencias Actuales y Perspectivas del Derecho Privado y el Sistema Jurídico Latinoamericano*". Perú. Editorial Cuzco. 1990. p. 65)

Según el Diccionario de la Real Academia Española el vocablo identidad proviene del latín *identitas*, *identitatis*, de *ídem*, lo mismo. Calidad de idéntico. En sentido formal: Hecho de ser una persona o cosa la misma que se supone o se busca.

Esta palabra se ha utilizado en el sentido de "lo mismo", en las matemáticas, en la lógica, en la filosofía, etc. En el campo jurídico el término identidad se ha empleado para significar lo que una persona es. La identidad de la persona viene dada precisamente por la coincidencia de una serie de elementos que hace que la persona sea lo que es, vale decir,

sea ella y no otra. Estos rasgos distintivos de cada persona natural permiten su individualización.

La ley, tradicionalmente, ha tomado como rasgos distintivos de la persona natural los elementos del nombre (nombre de pila y apellidos), el seudónimo, señales fisonómicas, entre otros. En opinión del autor peruano Carlos Fernández Sessarego, es precisamente en este sentido que ha sido utilizada la noción de identidad por los autores italianos De Cupis y Messineo. Según el primero, a quien se le atribuye la más completa elaboración doctrinal sobre la identidad, tal noción consiste en “ser uno mismo”, representado con sus propios caracteres y sus propias acciones, “constituyendo la misma **verdad** de la persona”. Ella no puede, en sí y por sí, ser destruida, ya que “la verdad, precisamente por ser la verdad, no puede ser eliminada”. (*Vid.* Fernández Sessarego. *Ob. Cit.* p. 80)

Fernández Sessarego luego de un interesante análisis sobre la elaboración jurisprudencial y doctrinaria hecha por los italianos en torno al derecho de la identidad, la cual se aparta de la concepción tradicional, entiende por identidad personal

...el conjunto de atributos y características sicosomáticas que permiten individualizar a la persona en sociedad. Identidad personal es todo aquello que hace que cada cual sea “uno mismo” y no “otro”. Este plexo de rasgos de la personalidad de “cada cual” se proyecta hacia el mundo exterior y permite a los demás conocer a la persona, a cierta persona, en su “mis-midad”, en lo que ella es en cuanto ser humano.

Los atributos y características que, en su totalidad, definen objetivamente la personalidad que se exterioriza, pueden tener la calidad de elementos estáticos, invariables, salvo excepciones, o dinámicos, fluidos, en proceso de cambio y de enriquecimiento. Los estáticos son los primeros que se hacen visibles frente a la percepción de los demás en el mundo exterior. Entre éstos cabe señalar a los signos distintivos, como el nombre, el seudónimo, la imagen y otras características físicas que dis-

tinguen a una determinada persona de las demás. La persona se identifica de modo inmediato y formal por estos atributos.

La identidad, que hemos dado en llamar dinámica, se configura por lo que constituye el patrimonio ideológico cultural de la personalidad. Es la suma de los pensamientos, opiniones, creencias, actitudes, comportamientos de cada persona que se expresan en el mundo de la intersubjetividad. Es el conjunto de atributos vinculados con la posición profesional, religiosa, ética, política y son los rasgos psicológicos de cada sujeto. Es todo aquello que diseña la personalidad orientada hacia el exterior. Es en síntesis, el bagaje de características que definen la “verdad personal” en que cada cual consiste.

(Fernández Sessarego. *Ibíd.* p. 83)

El ordenamiento civil venezolano, inscrito bajo la concepción tradicional, no incorpora de manera expresa los derechos de las personas, apenas en el Libro Primero que se titula “De las Personas”, desarrolla legalmente los derechos a la sede jurídica y al apellido. A través de una ley especial regula el derecho a la disponibilidad de las partes y productos del cuerpo humano en lo que respecta al trasplante de órganos y materiales anatómicos en seres humanos. Bajo la vigencia de la Constitución de la República de Venezuela del año 1961, como bien lo señala el jurista Kummerow:

Aparte de una norma programática general recogida en la Constitución Nacional (Art. 43) y de los dispositivos técnicos que garantizan el derecho a la vida privada (Arts. 58 y ss.), no existe en Venezuela un estatuto legal que reconozca la tutela del derecho general a la personalidad, o de los aspectos relevantes de sus distintas manifestaciones. El artículo 1.196 del Código Civil venezolano prevé sólo una de las facetas de esa disciplina: el resarcimiento del daño no patrimonial, dadas las hipótesis de lesiones corporales, atentados al honor, o a la reputación de la víctima a la de su familia, o a la libertad personal...

(Kummerow, Gert. *Perfiles Jurídicos de los trasplantes en Seres Humanos*. Colección *Justia et Jus*. Sección Investigaciones. N° 4, Mérida. Talleres Gráficos Universitario. 1969. pp. 10 y 11).

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela incorpora en el Título III “De los Deberes, Derechos Humanos y Garantías”, un capítulo sobre los Derechos Civiles, denominados en la Constitución derogada Derechos Individuales. Al igual que esta última, la nueva Constitución consagra el derecho a la vida, a la libertad y seguridad personal, a la inviolabilidad del hogar doméstico, al secreto e inviolabilidad de la correspondencia o comunicaciones privadas, al acceso a la justicia, al libre tránsito, entre otros. Se aparta de la anterior en la consagración expresa de otros derechos civiles, tales como el derecho que toda persona tiene a que se respete su integridad física, psíquica y moral, el derecho al debido proceso, el derecho a un nombre civil y a conocer la identidad de los padres, el derecho a la información oportuna, veraz e imparcial, sin censura, así como el derecho de réplica y rectificación de las informaciones, etc.

2. EL DERECHO A LA IDENTIDAD EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y LEGAL

Nos interesa particularmente considerar a la luz de la normativa constitucional y legal vigente el derecho a la identidad personal.

Obviamente la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela no consagra expresamente el derecho a la identidad como tal. En el artículo 56 contempla en su primera parte: “Toda persona tiene derecho a un nombre propio, al apellido del padre y al de la madre, y a conocer la identidad de los mismos. El Estado garantizará el derecho a investigar la maternidad y la paternidad”. Se refiere el constituyente de 1999 en esta disposición a dos de los atributos y características que conforman los elementos estáticos de este derecho; al signo distintivo del nombre y al origen familiar. Los que, comúnmente, equivalen a las denominadas identidad civil e identidad familiar.

La no consagración expresa de tal derecho no ha sido óbice para que los tribunales italianos hayan desarrollado por la vía jurisprudencial los derechos de la personalidad, que ha servido de fuente de inspiración para un posterior desarrollo legislativo, no sólo en aquel país sino en otros del mundo occidental. Precisamente la norma programática de la nueva Constitución venezolana (artículo 22), consagrada en términos más o menos semejantes en constituciones como la italiana, ha servido de cláusula general para tal desarrollo. En consecuencia, en el texto del artículo 22 se encuentra comprendido el derecho a la identidad y funciona con referencia a todos los derechos humanos fundamentales no señalados pero que corresponden al hombre en su condición de tal.

La Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente enmarcada en la doctrina de la protección integral, cuyos antecedentes son seis instrumentos básicos de orden internacional, tal como lo expresa la Exposición de Motivos, convierte las necesidades de los niños y adolescentes en derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales.

Agrega la Exposición de Motivos que en el marco de esta nueva concepción jurídica y social se atribuyen derechos específicos a los niños y adolescentes pero no derechos especiales excluyentes. Se trata en algunos casos de reforzar los derechos otorgados a los seres humanos de cualquier edad, adecuándolos a los niños y adolescentes como personas en formación. La ley amplía para ellos una serie de nuevos derechos, que antes sólo se reconocían a los mayores de edad. Entre los derechos fundamentales de la infancia que expresamente consagra la Convención Internacional de los Derechos del Niño, y que la ley venezolana también recoge, cabe señalar el derecho a un nombre y a una nacionalidad y el derecho a conocer a sus padres y a ser cuidados por ellos.

Si de acuerdo con la Constitución vigente, toda persona tiene derecho a un nombre propio y al apellido, y estos últimos deben corresponder a los del padre y de la madre, y además tiene el derecho a conocer la identidad de los mismos, nos preguntamos ¿a cuál identidad se refiere el constituyente? Sin lugar a dudas no se refiere a la identidad civil, por cuanto, en principio, le corresponde el apellido de su padre y de su madre. La Constitución le está otorgando el derecho a establecer su identidad bio-

lógica, pero con la aplicación de las nuevas técnicas de reproducción de la vida humana, las células reproductoras pueden provenir de terceros; entonces cabe otra pregunta ¿debemos interpretar el término identidad en un sentido más amplio, que incluya la identidad genética?

3. LAS PRUEBAS HEMATOLÓGICAS Y HEREDOBIOLOGICAS EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1982

El derecho civil venezolano formula una serie de normas para la determinación y prueba de la filiación. En cuanto a la filiación materna, tenemos que ella resulta del nacimiento, el cual constituye un hecho cierto, demostrable a través del acta de la declaración de nacimiento inscrita en los libros del Registro Civil con identificación de la madre. (*Vid* Art. 197 del Código Civil). La filiación paterna matrimonial resulta de una serie de presunciones de carácter relativo: la presunción *pater is est quem nuptiae demonstrat* y la de la concepción (*Vid*. Art. 201 del Código Civil) y la filiación paterna extramatrimonial surge legalmente de la declaración voluntaria de reconocimiento por parte del padre, o después de su muerte, por sus ascendientes (*Vid*. Art. 209 del Código Civil). Esta última nunca se establece legalmente de manera presunta.

Este mismo texto legal consagra la posibilidad de contradecir la filiación materna legalmente establecida por cualquier medio probatorio (*Vid*. Art. 200 del Código Civil).

A falta de reconocimiento voluntario, la filiación paterna del hijo extramatrimonial puede ser establecida judicialmente con todo género de pruebas, (*Vid* Art. 210 del Código Civil). En consecuencia, es forzoso concluir que esta libertad de investigación de la paternidad por cualquier medio probatorio es admisible tanto en los procesos de inquisición como de impugnación de una filiación paterna sea establecida de manera presunta o voluntaria.

El Código Civil de 1982 incorpora por vez primera de modo expreso en el artículo 210 la utilización de los exámenes o las experticias hematológicas y heredobiológicas cuando se inquiere por vía judicial la filiación paterna del hijo extramatrimonial. El principio de la libertad

de pruebas está consagrado no sólo en el texto civil vigente por lo que respecta a la materia de filiación, sino también en el Código de Procedimiento Civil para cualquier juicio (*Vid.* Art. 395 del Código de Procedimiento Civil). En consecuencia, es válido afirmar que las pruebas biomédicas producto de los avances de la ciencia moderna pueden aplicarse tanto en los juicios de establecimiento como de impugnación de la filiación materna y paterna.

En casi todo proceso judicial la controversia se limita a la discusión de los hechos sobre los cuales se fundamenta la pretensión, y en este contexto las pruebas de tales hechos son de extrema importancia. En algunas circunstancias la comprobación o apreciación de un hecho requiere de conocimientos especiales, razón por la cual el Tribunal de oficio, en los casos permitidos por la ley, puede solicitar el dictamen de un experto, o proceder la parte a solicitarlo. La incorporación de las pruebas genéticas tanto en los procesos judiciales civiles como penales le facilitan al Juez el establecimiento de la verdad real. La plena solvencia que ellas ofrecen en la actualidad ha sido subrayada por la doctrina científica, ya que los porcentajes de error en estas pruebas, inevitables en toda actividad humana, son siempre inferiores a cualquier otro medio probatorio, siempre y cuando sean practicadas por expertos en laboratorios calificados para ello por su especialidad. (*Vid.* De Castro García, Jaime. *La Investigación de la Paternidad*. Ed. Colex. Madrid, 1992. p. 28).

En opinión del jurista español Rivero Hernández, citado por Jairo Parra Quijano, las pruebas biológicas se agrupan en aquellas que se fundamentan en la transmisión de enfermedades hereditarias y anomalías constitucionales, y las que basan en la herencia biológica de caracteres normales. En esta última categoría, hay varias, según se trate de caracteres morfológicos, psíquicos, fisiológicos y particularmente los físico-químicos. En este último grupo se ubica la prueba de los grupos sanguíneos.

Entre estas últimas cabe señalar la prueba basada en la herencia de los caracteres patológicos (por no obedecer a las leyes de Mendel, no pueden ser utilizadas en la actualidad), la prueba heredobiológica o antropomorfológica (actualmente de poco uso), la prueba o método Khüne (hoy desacreditada), la de los grupos sanguíneos eritrocitarios (son exclu-

yentes de la paternidad pero no incluyentes), la del sistema de antígenos HLA (Human Leukocyte Antigen A). Respecto a esta última, hasta la aparición del sistema sólo permitía excluir a alguien como padre. Pero en cambio, sino resultaba excluido el padre alegado, no se daba certeza sobre su condición de tal, sobre todo cuando existía *plurium concurrentium*. La prueba HLA, como informe pericial permite crearle certeza al juez, de que el supuesto padre lo es o no, sobre todo si se estudia combinada con los sistemas sanguíneos y además administrada con las otras pruebas recaudadas en el respectivo proceso. (*Vid.* Parra Quijano, Jairo. *Las Pruebas Biológicas para probar o excluir la paternidad*. Ponencia presentada al IX Congreso colombiano de Derecho Procesal en Santa Marta, del 1° al 4 de noviembre de 1988).

El jurista español Jaime de Castro García comenta que en la actualidad sólo reviste interés el estudio de los caracteres heredables genético-moleculares o poliformismos genéticos, que consisten en un conjunto de caracteres que varían en mayor o menor medida de unas personas a otras, y en su conjunto sirven para individualizar plenamente a una persona. Poseen una herencia mendeliana muy sencilla, de manera que para cada poliformismo toda persona cuenta con dos alelos, que se representa por letras o números, uno procedente del su padre biológico y otro de su madre.

La cantidad de poliformismos genéticos es muy extensa y a partir del descubrimiento del primero de ellos, el grupo ABO, han ido apareciendo sistemas antigénicos, eritrocitarios o leucocitarios, proteínas y enzimas cada vez más variables y eficaces, hasta que se descubrió el origen mismo de la variabilidad que radica en los ácidos nucleicos celulares, particularmente en el desoxirribonucleico (ADN).

El análisis del poliformismo del ADN cuando se practica por laboratorios altamente calificados que utilicen las más novedosas tecnologías permite realizarlo con éxito no sólo en los casos habituales de paternidad, sino cuando la madre no está disponible o no es posible disponer del padre por causa de desaparición, fallecimiento, etc., pero sí de otros familiares del mismo. (*Vid.* De Castro García, Jaime. *Ob. Cit.* pp. 28-29).

Con el avance del conocimiento genoma humano y la implementación de nuevas tecnologías, los marcadores genéticos utilizados en las ciencias forenses, tanto para la identificación de individuos *per se* como en el análisis de paternidad biológica, ha evolucionado muy rápidamente y ha conducido a la selección de regiones en el genoma que además de muy polimórficas y con baja tasa de mutación, pueden ser analizadas en tiempo corto, sin ambigüedades genotípicas, aplicables a una amplia gama de tipos de muestra y facilitan la interpretación de resultados en base a la genética mendeliana, la genética de poblaciones y la estadística. Es así como el descubrimiento de las regiones repetidas en tándem cortas (STRs), la factibilidad de su estudio a través de la Reacción de cadena de la Polimarasa (PCR), la posibilidad de reacciones múltiples simultáneamente y con muestras que contienen ADN del alto peso molecular hasta ADN escaso y degradado, ha cobrado un gran auge y constituye, hoy en día, la estrategia analítica (PCR-STR) de elección para estudios de identificación humana, pilar esencial de las Ciencias Forenses.

El poder y alcance de esta tecnología es tal que se puede establecer la filiación en caso de padres fallecidos o no disponibles para el análisis, identificar restos de personas desaparecidas, excluir o inculpar a sospechosos de cometer hechos delictivos y exonerar a individuos erróneamente acusados y condenados, lejos de toda sombra de duda. En el ámbito judicial criminal, hoy en día se considera que el análisis del ADN es el avance más grande en la búsqueda de la verdad.

(Pineda Bernal, Lennie. *Consideraciones Éticas y Legales del Análisis del AND para Identificación Humana*. Laboratorio de Genética Molecular. Unidad de Genética Médica. Facultad de Medicina. La Universidad del Zulia).

4. VALORACIÓN DE LA PRUEBAS HEMATOLÓGICAS Y HEREDOBIOLOGICAS A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA VENEZOLANA

4.1 EN RELACIÓN A LOS EXPERTOS Y FORMA DE PRACTICARLA

La Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, siguiendo la doctrina de la Sala de Casación Civil de la antigua Corte Suprema de Justicia en su sentencia de fecha 2 de junio de 1998, ha dejado sentado que para la práctica de esta prueba se debe cumplir con lo previsto por el artículo 504 del Código de Procedimiento Civil, dado que su realización exige altos conocimientos científicos debido a su especificidad, por lo que corresponde al Tribunal hacer la designación del experto y éste no puede ser otro que el Instituto Venezolano de Investigaciones Científicas (IVIC), ya que la experticia heredo-biológica está integrada por una tecnología molecular que posee exclusivamente en Venezuela este Instituto del Estado adscrito al Ministerio de Sanidad y Asistencia Social. En consecuencia, no puede hasta la presente fecha designarse ningún otro experto en particular, ya se trata de un Instituto Autónomo del Estado que colabora con el Poder Judicial en acatamiento a una función de rango constitucional contenida en los artículos 1.18 y 75 de la Constitución Nacional.

También ha dicho el máximo Tribunal que:

Es importante resaltar que cuando se intenta una acción de inquisición de paternidad o una acción de desconocimiento de paternidad, los jueces encargados de tomar la decisión deben ser sumamente diligentes y prudentes, tratando por todos los medios legales de escudriñar la verdad, debiendo apartarse de los meros formalismos que pueden hacer nugatoria la prueba heredo-biológica, de tanta trascendencia, en estos juicios no está limitada exclusivamente a la prueba sanguínea que tradicionalmente se realiza en estos casos, la cual como se desprende de la información suministrada por el Instituto Venezolano de Investigaciones Científicas, arroja como resultado una presunción de gran valor al establecer el porcentaje

de posibilidad de paternidad del demandado, pero existiendo también en la actualidad la prueba del ADN, con mayor grado de certitud. Ahora bien, si el juez actúa en estos casos sin la debida diligencia y prudencia que los mismos ameritan, siendo materia de orden público, puede suceder que se legalice una paternidad que biológicamente no existe pero también puede suceder que a un niño se le niegue el derecho a conocer a su padre, derecho natural de rango constitucional que estaba consagrado en la Constitución Nacional abrogada, vigente para la interposición de este recurso. Igualmente, en la Convención sobre los Derechos del Niño, suscrita por Venezuela..., en cuyo artículo 7 se establece el derecho que tienen los niños de conocer a sus padres y ser cuidados por ellos... y en el artículo 25 de la novísima Ley Orgánica Para la Protección del Niño y del Adolescente.

(República Bolivariana de Venezuela, Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia. Caracas 1º de junio de 2000).

4.2 *¿CÓMO HA DE VALORARSE EL RESULTADO DE LA EXPERTICIA?*

Sobre el particular la jurisprudencia y doctrina española han afirmado que el análisis de los grupos sanguíneos tienen una fiabilidad absoluta para descartar la paternidad y con bastante aproximación para acreditarla. En este país también “la jurisprudencia se ha cuidado de especificar cómo ha de valorarse el resultado de las pruebas hematológicas. Y explica que ‘con base en los porcentajes obtenidos analíticamente dentro del elenco de probabilidades de paternidad, se inicia la escala en una probabilidad de paternidad prácticamente probada desde el 99.73% hasta el teórico 100%; pasando del 99 al 99,73% como una paternidad extremadamente probable; del 90 al 95 como una paternidad probable; del 50 al 90, indiferencia en el lado positivo; del 10 al 50, indiferencia en el lado negativo; del 1 al 5, paternidad muy improbable, y menos del 0 a 0,27% paternidad prácticamente excluida” (sentencia de 11 de julio de 1991)”. (De Castro García, Jaime. *Ob. Cit.* pp. 32-33)

En sentencia del Tribunal Superior Cuarto de Familia y Menores de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas se ha afirmado en relación a estas pruebas:

3.- ... En todo caso, el contenido de información para descartar esa paternidad a través de los fenotipos estudiados, siempre será mayor que el posible de obtener para afirmarla. En el primera (sic) caso, siempre será posible con un esfuerzo mínimo descartar la filiación biológica, pero nunca probarse en el sentido lógico de certeza, ninguna paternidad o maternidad, en cualquiera cuestionado, pero la cantidad de información obtenida es estadísticamente muy suficiente para permitir con facilidad la exclusión, si los fenotipos del padre putativo son obtenidos...

(República de Venezuela. Tribunal Superior Cuarto de Familia y Menores de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas. Sentencia del 21 de mayo de 1997).

Puede afirmarse que la jurisprudencia venezolana de casación no ha establecido tal cálculo de probabilidades como lo ha hecho el Tribunal Supremo Español, siempre tomando como punto de partida los parámetros fijados por los expertos científicos.

Algunos tribunales de instancia, tomando en cuenta el alto grado de probabilidad de paternidad (0,999993) sobre el niño han llegado a considerar esta prueba como determinante para el establecimiento de la paternidad y así se ha expresado el Juzgado Superior Segundo de Familia del Área Metropolitana de Caracas al confirmar

Esta prueba de experticia que no excluye la paternidad del ciudadano ...debe valorarse como indicio grave de nexo paternal afirmativo y así se declara.

Por otra parte, el actor no demostró que le hubiera sido físicamente imposible tener acceso a su mujer durante el período de la concepción o que, en ese mismo período, vivía separado de ella; tampoco quedó comprobado adulterio de la cónyuge dentro

del período de la concepción. Por otra parte, el resultado de la experticia genética elaborada por el Instituto Venezolano de Investigación Científica concluye que el valor observado para la verosimilitud conjunta es muy elevado, como lo es la probabilidad de paternidad del Sr... sobre el niño... por lo que es forzoso concluir que el niño es hijo del ciudadano... y así se declara.

(República de Venezuela. Juzgado Superior Segundo de Familia y de Menores del Área Metropolitana de Caracas. Sentencia del 4 de mayo de 2000)

No obstante también la jurisprudencia de instancia ha llegado a afirmar, fundamentándose en los artículos 210 y 233 del Código Civil, que “Las dos disposiciones citadas evidencian que el establecimiento judicial de la filiación, por su propia naturaleza, no se fundamenta en la plena prueba de dicha filiación sino en prueba de hechos que son indicios, de los cuales el juez obtiene y declara la filiación que le parezca más verosímil, y esta declaración se fundamenta en los indicios que puedan determinar la posesión de estado, que el Código Civil, determina expresamente en su artículo 214...” (República Bolivariana de Venezuela. Tribunal Superior Noveno en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas. Sentencia del 22-11-2000).

La antigua Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia sostenía el mismo criterio (*Vid.* República de Venezuela. Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia. Sentencia del 2-06-1998) del cual disentimos porque el artículo 210 *ejusdem* no condiciona la prueba judicial de la paternidad a la correspondiente demostración de la posesión de estado. Igualmente, opinamos que el término “conflictos de filiación” al cual hace alusión el citado artículo 233 no significa juicio o pleito sobre la filiación. No hay verdadero conflicto de filiación, por ejemplo, cuando en un juicio de inquisición de la paternidad, el demandado opone la promiscuidad de la madre durante el período legal de la concepción, alegando y probando relaciones sexuales de la madre con un tercero.

El autor español Francisco Rivero Hernández plantea los conflictos de filiación sólo en el ámbito de la paternidad, y que el punto de partida de

los mismos es que la maternidad sea un hecho cierto, y la madre esté plenamente identificada; debido a que algunas presunciones de paternidad, como la regla *pater is est*, sólo funciona cuando la madre tenga el estado civil de casada. Por supuesto, tal aseveración resulta vulnerable a la luz de las nuevas formas de generar vida humana.

Para que haya conflicto jurídico de paternidad es preciso que en alguna forma, por el procedimiento que sea, haya o pueda haber atribución formal de paternidad a hombres diferentes, por el juego de presunción de paternidad, o por declaración judicial, o por reconocimiento formal o solemne; o que, de la misma manera, haya pretensiones formales de paternidad orientadas para producir efectos jurídicos concurrentes.

Así, hay conflicto de paternidades cuando un hijo es o puede ser atribuido legalmente a dos maridos sucesivos de una misma mujer; o cuando es reconocido por un tercero un niño que puede ser al propio tiempo atribuido al marido de su madre; o cuando alguien intenta una acción de investigación de paternidad para un niño que ha sido reconocido ya por otro hombre. Hay, pues, en todos esos casos, atribuciones concurrentes de paternidad formal y jurídicamente relevantes.

(Rivero Hernández, Francisco. *Los Conflictos de Paternidad en Derecho Comparado y Derecho Español*". Barcelona, Ediciones Ariel, 1971. pp. 28 y 29).

En el Informe emitido por la *Unidad de Genética Médica* de la Facultad de Medicina de La Universidad del Zulia respecto de la calificación del Laboratorio de Genética Molecular de dicha Unidad para realizar las pruebas hematológicas y hereditarias mediante análisis de ADN, de fecha 14-10-2001, en el aparte referente a la validación de procedimientos, técnicas y sistemas genéticos analizados, se lee "...En casos de paternidad, cuando existe concordancia entre el padre alegado y el hijo probable y se declara una INCLUSIÓN, su valor de probabilidad asociado, de acuerdo con normativa internacional (ISFG), no debe ser

menor al 99,99%”. (La Universidad del Zulia. Facultad de Medicina. Unidad de Genética Médica. Maracaibo, 14-10-2001).

4.3 VALORACIÓN DE LA NEGATIVA A SOMETERSE A LA PRÁCTICA DE LAS PRUEBAS

La colaboración del presunto padre o persona sobre la cual ha de practicarse la experticia es fundamental. La negativa a someterse a su práctica puede darse, y de hecho se da con cierta frecuencia.

En este sentido el artículo 210 declara que dicha negativa se considerará como una presunción en contra. En este sentido Esparza Bracho sostiene que:

No obstante que este artículo establece que la negativa de la prueba se considera como una “presunción”, debemos advertir que realmente lo que produce es un “indicio” o “evidencia circunstancial”, mas no una presunción apta para invertir la carga de la prueba. Se trata, sin duda, de un error de técnica jurídica y legislativa haber utilizado en ese contexto el término “presunción”, pues si realmente lo fuera no tendría sentido la frase anterior que somete al consentimiento del demandado la aplicación de esa clase de prueba, ni sería posible atenuar sus efectos en los casos en que por razones religiosas, por ejemplo, el demandado no la consiente.

(Esparza, Jesús. *Conflictos bioéticos a la luz de los derechos corporales: Los derechos de los progenitores, de los receptores de gametos y embriones, y del nasciturus*, en Memoria del VIII Congreso Mundial de Derecho de Familia, Tomo I. Caracas, 1994. p. 240).

La doctrina y jurisprudencia nacional han sostenido que la no comparecencia del demandado a practicarse la prueba, no obstante haber sido notificado, unida a otros elementos y circunstancias demostrados durante el proceso, constituyen *indicios* suficientes, precisos y concordantes sobre la paternidad inquirida. (*Vid.* República de Venezuela.

Juzgado Superior Sexto en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda y Tribunal Superior Cuarto de Familia y Menores de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas. Sentencias del 2-4-1991 y 21-05-1997.)

Cabe preguntarse si la este tipo de pruebas atentan contra el derecho que tiene toda persona a que se respete su integridad física, psíquica y moral consagrado en el artículo 46 de la vigente Constitución.

En nuestra opinión no cabe duda que tales pruebas no se oponen a la Carta Magna por cuanto el mismo texto constitucional ordena en el artículo 56 el derecho que toda persona tiene de conocer la identidad de sus padres y a investigar la maternidad y paternidad.

También es válido preguntarse si tales pruebas pueden exigirse de manera coactiva a la persona que ha de someterse a ellas. En este sentido, nuestra respuesta es negativa, ya que el citado artículo 46 dispone en el ordinal 3 “Ninguna persona será sometida sin su libre consentimiento a experimentos científicos, o a exámenes médicos o de laboratorio, excepto cuando se encontrare en peligro su vida o por otras circunstancias que determine la ley”.

Con relación a esta cuestión es interesante citar la opinión sustentada por el Tribunal Supremo Español en la sentencia del 14 de noviembre de 1987:

Ciertamente la inviolabilidad del cuerpo humano no permite que *manu militari* se extraiga la sangre de una persona, como resulta del artículo 15 de la Constitución, pero parece exagerado hablar de esa inviolabilidad para cosa tan pequeña como un análisis de sangre cuando de su actitud dependen derechos y situaciones tan importantes como conceder o denegar la cualidad de un hijo extramatrimonial, circunstancias que según la realidad social actual imponen acceder a tal prueba cuando la finalidad en este caso de la norma (artículo 127 del Código Civil) que permite las pruebas biológicas no es otra que la defensa de los intereses personales del hijo, tanto de orden material como moral.

(De Castro García, Jaime. *Ob. Cit.* pp. 35 y 36.

5. LIMITACIONES A LA PRUEBA GENÉTICA DEL ADN CUANDO DE PATERNIDAD SE TRATA EN LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA

En los tribunales de ese país, al igual que en los del nuestro, cuando se ha discutido la filiación del hijo de una mujer casada, la presunción legal de la paternidad del marido ha funcionado plenamente en relación al hijo nacido de su esposa durante su matrimonio, salvo que se demuestre la imposibilidad de cohabitación, el adulterio y la impotencia durante el período legal de la concepción. Sin embargo, en la actualidad, las pruebas de ADN pueden decirle a un hombre que él no es el padre del hijo de su esposa.

Pero está ocurriendo que

...los tribunales de apelaciones en muchos estados de Estados Unidos no están admitiendo la evidencia genética en las demandas entabladas por maridos que sostienen que no tienen que pagar una pensión alimenticia. En lugar de ello, los tribunales prefieren recurrir a la antigua regla de presunción de paternidad.

...Joan Entmacher, abogada del Centro Nacional Legal de Mujeres, un grupo sin fines de lucro de Washington, D.C., asegura que las pruebas genéticas aumentan el rencor entre las parejas que se divorcian precisamente en momentos en que los tribunales tratan de que las separaciones sean menos reñidas y que se concentren más en las necesidades de los hijos. “El simple hecho de que las pruebas estén disponibles no significa que se debieran permitir en todos los casos”.

(Jacobs, Margaret. *Cuando de paternidad se trata, el ADN no basta en EE.UU.* diario *El Nacional*. Caracas, 3-6-1999).

El Tribunal Supremo de Pensilvania en diciembre de 1999 confirmó el fallo de un tribunal inferior que estableció que “... ‘los intereses de la familia’ eran tan importantes que hacía innecesario solicitar pruebas de

sangre que demostraran que no es el padre del hijo de su ex esposa”. (*Ibid*). La sentencia objeto de la referida apelación había fallado que el apelante ya había establecido un vínculo con el niño, que tenía cuatro años cuando el padre asegura haber encontrado en forma privada evidencia de ADN que demostraba que no era su hijo. El padre intentó, sin éxito, llevar el caso al Tribunal Supremo de los EE.UU. (*Vid. Ibid.*).

En 1989 el máximo tribunal norteamericano intervino por última vez en estas controversias cuando rechazó los intentos de un hombre en California de establecer mediante la prueba de ADN que era el padre biológico de un hijo de su ex amante y que, por lo tanto tenía derecho a visitarlo. El máximo Tribunal aseveró: “Las leyes de ese estado ‘excluyen las investigaciones sobre la paternidad de un hijo que serían destructivas para la integridad y la vida privada de la familia’”. (*Ibid*).

Algunas consideraciones filosófico-jurídicas sobre el estatuto del embrión humano

María PETZOLD-RODRÍGUEZ*

SUMARIO:

Introducción

1. Consideraciones filosófico-jurídicas sobre el estatuto del embrión humano.

Conclusión

INTRODUCCIÓN

Ante los diferentes avances de la genética y de la biotecnología, que han hecho posible la fertilización *in vitro*, la maternidad “sustitutiva”, la clo-

* **La Universidad del Zulia**, Abogada mención *Summa Cum Laude*, *Magister Scientiarum* en Derecho Procesal Civil, Doctora en Derecho. Premio al Rendimiento Académico 1998. Diciembre de 1998. Instituto de Filosofía del Derecho “Dr. J. M. Delgado Ocando”, Profesora Agregada. **Programa de Promoción del Investigador. Nivel I. 2003**, Miembro. Autora de artículos difundidos en publicaciones especializadas y arbitradas.

nación, la producción y uso científico y terapéutico de las células estaminales embrionarias humanas, la posibilidad de manipular el genoma humano y en otro ámbito, la eutanasia y el aborto, se plantean ciertos interrogantes, que exigen sus respectivas respuestas, desde el punto de vista filosófico, filosófico-jurídico, jurídico y ético, y cuyo objetivo principal debe ser el respeto a la vida desde su origen hasta su muerte natural.

1. CONSIDERACIONES FILOSÓFICO-JURÍDICAS SOBRE EL ESTATUTO DEL EMBRIÓN HUMANO

Para Boecio, la persona es “*rationalis naturae individua substantia*, esto es, substancia individual de naturaleza racional”.¹

La palabra estatuto proviene del latín *statutum*, “establecimiento, o regla que tiene fuerza de ley para el gobierno de un cuerpo” o “régimen jurídico que se determina en consideración a la nacionalidad o condición personal del sujeto”² y el embrión debe ser reconocido como ser humano, y, por ende, protegido desde su origen, es decir, desde su concepción. Esta naturaleza “surge necesariamente de la evidencia que ofrece el dato biológico, lo cual implica el reconocimiento de la presencia de un ser humano con una capacidad intrínseca para desarrollarse, y no simplemente una posibilidad de vida”³ Luego, la persona humana es una totalidad unificada, es decir, independientemente de su apariencia, posee la condición de individuo, dada ésta desde el momento de su concepción. Por lo tanto, su desarrollo es coordinado, continuo y gradual, no es el nacimiento quien le da esa dignidad, sino es el ser un individuo de naturaleza racional, que antropológicamente es una unidad sustancial formado de alma y cuerpo (*corpore et anima unus*).

Por ello, es impostergable un pronunciamiento legislativo en donde se le otorgue un estatuto legal expreso como sujeto de derecho. Siendo *sui*

¹ Boecio citado por Fernández Espinosa De Los Monteros, Oscar. *La Vida Humana. ¿A partir de cuándo somos seres Humanos?*, copiado en marzo 14, 2004, del sitio web: <http://www.encuentra.com>, p. 3.

² *Diccionario de la Real Academia Española*. 21ª ed. Madrid, 1992. T. I., p. 910.

³ Pontificia Academia para la Vida. *El Status del Embrión Humano*, copiado en marzo 4, 2004, del sitio web: <http://www.Catholic.net>. Vaticano, 14 -16 de febrero de 1997, p. 2.

iuris, tiene el derecho a la vida, consagrado constitucionalmente en el artículo 43 de la Constitución de 1999 (antiguo artículo 58 de la Constitución de 1961) que dice: “El derecho a la vida es inviolable. Ninguna ley podrá establecer la pena de muerte, ni autoridad alguna aplicarla. El Estado protegerá la vida de las personas que se encuentran privadas de su libertad, prestando el servicio militar o civil, o sometidas a su autoridad en cualquier otra forma”. Asimismo, en el artículo 3° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos se consagra: “Todo individuo tiene derecho a la vida”. Igualmente, el artículo 4° de la Carta de los Derechos de la Familia de la Santa Sede (1983) declara que la “vida humana debe ser respetada y protegida absolutamente desde el momento de la concepción.”⁴ Y el artículo 6° de la Ley Aprobatoria de la Convención sobre los Derechos del Niño, suscrita por Venezuela, dice: “1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene derecho intrínseco a la vida”. Por otra parte, en el Código Civil venezolano, en el Capítulo II –De la Determinación y Prueba de la Filiación–, el artículo 201 consagra: “el marido se tiene como padre del hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos (300) días siguientes a su disolución o anulación...”, reconociéndosele, así, el status de persona desde su concepción. Además, el artículo 840 *eiusdem*, relativo a la capacidad para recibir por testamento, expresa: “...pueden recibir por testamento los descendientes inmediatos, es decir, los hijos de una persona determinada que viva en el momento de la muerte del testador, aunque no estén concebidos todavía...”. Asimismo, el niño no nacido también puede recibir donaciones de acuerdo con lo establecido en el artículo 1.443 del mismo Código. En consecuencia, vemos cómo el legislador civil venezolano reconoce la existencia de la vida desde su inicio, todo lo cual hace más perentoria la necesidad de una regulación jurídica, en la cual se contemple una prohibición directa de los procedimientos de manipulación genética sobre embriones o fetos, cuando ésta no respete su vida e integridad, y no busque su custodia o su curación.

⁴ Cfr. Pontificio Consejo para la Familia, **Jubileo de las Familias. Temas de Reflexión y Diálogo como preparación al III Encuentro Mundial del Santo Padre con las Familias. “Hijos, Primavera de la Familia y de la Sociedad”**, copiado en septiembre 17, 2003, del sitio web: <http://www.vatican.va>. Roma, 14 -15 de octubre de 2000, p. 9.

Por el contrario, hoy en día, con ocasión de la fecundación *in vitro*, se interviene sobre los embriones o los fetos con fines diversos, como por ejemplo, para estudios genéticos preimplantatorios, terapéuticos, científicos y comerciales, generando una violación constitucional de derechos irrenunciables inherentes a la persona, como por ejemplo, el derecho a ser criado por su familia de origen (Art. 75 de la Constitución de 1999), el deber de los padres de educar a sus hijos, creando una disociación o ruptura entre la paternidad genética, la gestacional y la responsabilidad educativa, con la circunstancia agravante de dificultar la maduración de la identidad personal del niño, que se presenta en la fertilización *in vitro* heteróloga (Art. 76 *eiusdem*). De igual forma, en la fecundación *in vitro* homóloga se reduce al ser humano a la condición de objeto de la tecnología científica, cuando, ética y jurídicamente hablando, todo niño tiene derecho a ser concebido como fruto del amor de sus padres en el matrimonio y del matrimonio. Otra infracción del ordenamiento jurídico tiene que ver con el derecho a la no discriminación por el sexo (Art. 21 *eiusdem*), el derecho a la identidad, infringido también en la fertilización *in vitro* heteróloga (Art. 56 *eiusdem*) y el derecho a la intimidad (Art. 60 *eiusdem*), sin mencionar otras leyes nacionales, tratados y convenciones internacionales a los cuales está suscrita Venezuela.

A mi juicio, el niño como persona humana es un fin en sí misma, por lo que la pareja que se crea con “derecho” a tener un hijo, le niega la cualidad y los derechos inherentes a la dignidad de la persona, lo cosifica y lo convierte en medio para sus propias apetencias. Todo ser humano debería ser engendrado mediante un acto de amor —que es un don creador de Dios— y no ser un producto, una cosa de la que puedo disponer a mi gusto, dependiendo de su utilidad. En ningún caso, un fin bueno justifica un comportamiento intrínsecamente malo. Y tratar a la persona como medio es denigrante.⁵

Por ello, “el problema del significado de la vida humana permanece en estrecha conexión con el problema de la existencia humana, y también

⁵ Cfr. Orozco Delclós, Antonio. *Fundamentos Antropológicos de la Ética Racional: El Hombre y la Dignidad*, copiado en marzo 14, 2004, del sitio web: <http://www.encuentra.com>, p. 36.

de la existencia en general; y, por eso, una auténtica filosofía del ser constituye el justo apoyo de la ética”.⁶

Lamentablemente la legislación venezolana, no consagra absolutamente nada sobre la fertilización *in vitro*, siendo evidentemente inadecuadas las disposiciones contenidas en el vigente Código Civil, (Título V de la Filiación, Capítulo I, De la determinación y prueba de la filiación materna, Capítulo II, De la determinación y prueba de la filiación paterna, Capítulo III, Disposiciones comunes), ya que las mismas no prevén los hechos que han dado y dan lugar a graves abusos, en contra de los embriones humanos, productos de la referida fecundación *in vitro*, en clínicas privadas de nuestro país. Actualmente, esa laguna jurídica impide que haya algún tipo de control y/o de sanción sobre la manipulación genética de los embriones humanos que, como se ha expuesto, gozan del derecho a la vida, pues, el no nacido tiene igual dignidad que cualquier otro ser humano, ya que el nacimiento no es una condición previa para gozar de esa dignidad. Pero, además, se trata de un ser humano indefenso, que con mayor razón debe gozar de protección, desde el momento de su concepción, tal como está consagrado en el artículo 76 de la Constitución de 1999, que dice:

La maternidad y la paternidad son protegidas integralmente, sea cual fuere el estado civil de la madre o del padre. Las parejas tienen derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos o hijas que deseen concebir y a disponer de la información y de los medios que les aseguren el ejercicio de este derecho. *El estado garantizará asistencia y protección integral a la maternidad, en general a partir del momento de la concepción*, durante el embarazo, el parto y puerperio, y asegurará servicios de planificación familiar integral basados en valores éticos y científicos... (Cursivas nuestras).

Hoy en día, en algunos sectores sociales de numerosos países se considera que todo es posible sin importar las consecuencias e ignorando los límites éticos, fundamentándose en un cierto científicismo, que se ex-

⁶ Wojtyła, Karol: *Mi visión del Hombre. Hacia una Nueva Ética*. 2ª ed. Trad. Pilar Ferrer. Madrid, Edic. Palabra, 1997, p. 29.

presa con la frase: “Lo que es técnicamente realizable es por ello moralmente posible”, relegando así los grandes problemas de la filosofía, empobreciendo la reflexión humana, que se ve privada de los cuestionamientos de fondo que el *animal rationale* se ha planteado desde los inicios de su existencia.⁷

Luego, ante ese deprimente panorama, en donde la gran mayoría de las legislaciones y, concretamente, la venezolana, no regulan el empleo de la biotecnología, o en aquellos países en donde sí hay regulaciones jurídicas, se establecen normas que desconocen el derecho fundamental de la vida, como, por ejemplo, en Estados Unidos, Inglaterra, Francia, Holanda, Italia, España, etc., el filósofo del derecho debe, previa reflexión, pronunciarse críticamente en torno a esa incompletez jurídico-normativa o con relación al contenido de dichas regulaciones, ya que no puede ser indiferente frente a normas jurídicas que atentan contra el mismo desarrollo de la sociedad. Por ello, la estimativa jurídica o axiología jurídica encargada de determinar la justicia e injusticia existente en un determinado ordenamiento jurídico, partiendo de criterios ontológicos y valorativos, debe promover la protección de los valores vigentes en una sociedad determinada, y, entre ellos, el valor fundamental de la vida humana.

Además, el iusfilósofo debe criticar al derecho positivo, supliendo o complementando los criterios de valoración consagrados por el legislador, para lo cual se fundamentará en los aportes de las ciencias sociales y de las ciencias naturales, buscando la humanización y el progreso de ese derecho positivo.

Un ejemplo, de lo que propugnamos lo ha dado el Poder Judicial costarricense, ya que la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia prohibió, en sentencia N° 2306-00, del 15 de marzo de 2001, la fertilización *in vitro* señalando que: “...vida no sólo es un hecho empíricamente comprobable, sino que es un derecho que le pertenece precisamente por estar vivo...” “...Al describir la segmentación de las células que se produce inmediatamente después de la fecundación, se indica que el

⁷ Cfr. Juan Pablo II. *Carta Encíclica Fides Et Ratio*, copiado en septiembre 17, 2003, del sitio web: <http://www.vatican.va>. Roma, 14 de septiembre de 1998. N° 88.

estadio de tres células existe un minúsculo ser humano y a partir de esa fase todo individuo es único, rigurosamente diferente de cualquier ser humano” “tales prácticas atentan claramente contra la vida y la dignidad del ser humano...” “...El embrión humano es persona desde el momento de la concepción, por lo que no puede ser tratado como objeto, para fines de investigación, ser sometido a procesos de selección, conservado en congelación...” (pp. 4 y ss).⁸

CONCLUSIÓN

Para finalizar, se puede decir, que la legislación venezolana debería contener normas que garanticen el derecho a la vida, en los casos anteriormente planteados, por lo que, a la mayor brevedad posible debería legislarse con el objeto de prohibir expresamente la fertilización *in vitro* y la manipulación genética de los embriones humanos. Entretanto, ante la ausencia de regulación jurídica, que permite que se siga violentando el derecho a la vida, los derechos de la familia y la institución familiar que forman parte fundamental de los valores humanos de todo individuo y de una verdadera paz, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela debería pronunciarse, con base en el carácter de orden público que reviste esta materia, y proceder a colmar las lagunas jurídico-civiles, con fundamento en la segunda parte del artículo 4° del Código Civil venezolano, que dice: “Cuando no hubiere disposición precisa de la Ley, se tendrán en consideración las disposiciones que regulan casos semejantes o materias análogas; y si hubiere todavía dudas, se aplicarán los principios generales del derecho”, dado que las lagunas jurídico-penales solamente podrían ser resueltas por el legislador, dado que el principio *nullum crime nullu poena sine lege* impide a los jueces recurrir a la analogía y a los principios generales del derecho para colmar este tipo de lagunas.

Por otra parte, como, evidentemente, no se puede considerar como conformes con la idea de *derecho* a normas que permiten atentar contra la dignidad del ser humano, los ciudadanos, y más concretamente, los mé-

⁸ Poder Judicial de Costa Rica. Sala Constitucional, copiado en marzo 26, 2004, del sitio web: <http://www.poderjudicial.go.cr/scij>. Costa Rica 15 de marzo de 2000.

dicos y el personal sanitario, podrían alegar la objeción de conciencia consagrada constitucionalmente en el artículo 61 de la Constitución, que al efecto dice: “Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y a manifestarla, salvo que su práctica afecte su personalidad o constituya un delito. La objeción de conciencia no puede invocarse para eludir el cumplimiento de la ley o impedir a otros su cumplimiento o el ejercicio de sus derechos”. Así, pues, el filósofo del derecho debe estar atento ante el contenido de las diferentes normas de su respectivo sistema jurídico, para poder criticar y aportar reflexiones que humanicen éste y contribuyan a la dignificación del ser humano, especialmente de aquel que es débil social y jurídico, como lo es el no nacido.

Apuntes sobre la teoría general de las personas jurídicas

Jesús R. QUINTERO P.*

*Por ello el imperativo jurídico es:
Sé persona y respeta a los otros como persona*

G.W.F. Hegel

SUMARIO:

1. Indagación previa acerca del concepto de naturaleza jurídica.
2. Formación del régimen de las personas jurídicas *stricto sensu* en el Código Civil venezolano.

* **Universidad Católica Andrés Bello**, Abogado, Profesor en pregrado (1969-1986) y en posgrado. **Universidad Central de Venezuela**, Profesor de Posgrado. **Universidad de Madrid**, Reino de España, Cursos de Posgrado y especialización en Derecho Penal y Criminología. **Academia de Ciencias Políticas y Sociales**, Individuo de Número. Autor de varias obras y artículos especializados.

3. **La elaboración histórica del concepto de persona jurídica:**
 - 3.1 *Derecho romano.* 3.2 *Derecho germánico.* 3.3 *Derecho canónico.* 3.4 *La persona jurídica en el derecho intermedio.* 3.5 *Ordenamientos de tipo francés.* 3.6 *Ordenamientos de tipo germánico.* 3.7 *Ordenamientos de tipo anglo-americano.*
4. **Teorías en torno a la persona jurídica.**
5. **El sujeto de derecho en el pensamiento de Hans Kelsen.**
6. **El carácter instrumental de la personificación.**

“Como sabemos –ha dicho el profesor José Luis Aguilar–,¹ son personas jurídicas *stricto sensu* (denominadas también personas sociales, colectivas, complejas, abstractas, morales o incorpóreas) los entes que sin ser individuos de la especie humana gozan de personalidad jurídica (o sea, que pueden ser titulares de derechos o deberes jurídicos)”. Esa definición –ha explicado también el profesor Aguilar– es suficiente para distinguir las personas naturales de las jurídicas, a pesar de que sólo indica una nota negativa acerca de la naturaleza de estas últimas al señalar que no son individuos de la especie humana. Una definición más completa de las personas jurídicas no debería limitarse a indicar que no son seres humanos, sino señalar lo que son.² Cuando se habla de las personas jurídicas, se ha dicho así mismo, que quizá ninguna otra figura

¹ J. L. Aguilar G., *Derecho Civil I. Personas*, 9a. Edición, Editorial Ex Libris, Caracas, 1987, p. 381.

² En la segunda edición de la misma obra, editada por la Universidad Católica Andrés Bello en 1967, el profesor Aguilar concluía su razonamiento afirmando que la determinación positiva de lo que éstas son “implica el arduo estudio de la *naturaleza* de las personas jurídicas”. En torno al carácter inasible de la *naturaleza* propia de persona jurídica *stricto sensu*, apuntado por el profesor Aguilar en su obra, hay singular consenso en la doctrina. El profesor Giambattista Mazzoleni, quien fuera libero docente de la Università de Milano expresaba en el mismo sentido en el *Nuovo Digesto Italiano* (UTET, Torino, 1939, vox “*persona giuridica*”) que el concepto positivo de persona jurídica está ciertamente entre los más controvertidos. “Si desde el punto de vista meramente negativo, se puede definir la persona jurídica, sin suscitar objeciones ni reservas, como un sujeto de derecho diverso de la persona física, una entidad portadora de pretensiones jurídicas y de obligaciones que no es un individuo de la especie humana; bajo el aspecto positivo, la determinación del concepto es un problema particularmente arduo”. La complejidad así como la creciente extensión y variedad de los fenómenos que deben ser comprendidos bajo un esquema jurídico unitario, como es el caso de la persona jurídica, constituyen una dificultad intrínseca de tan amplio alcance que es de por sí suficiente para explicar la relativa insuficiencia de los resultados no obstante la magnitud de los esfuerzos y la profundidad de las investigaciones.

jurídica ha originado tantas teorías y suscitado discusiones de tal entidad,³ y que esa exacerbación de la argumentación puede explicarse por el uso que se ha hecho del término y del concepto de persona jurídica con el propósito revestir de aparato científico ciertas posiciones, bien sea para disimular posturas o ideologías políticas, o bien para ponerle al servicio de poderosos intereses económicos.⁴

El término mismo utilizado para expresar el concepto de persona jurídica es de suyo polisémico. Está dotado de una variedad extraordinaria de significados que se han alternado históricamente, predominando en cada tiempo uno u otro de sus diversos sentidos o significaciones, circunstancia que impone al intérprete una cuidadosa consideración histórica del específico significado que se le atribuya al término. Por otra parte, es necesario destacar que las fuentes históricas tradicionales no proporcionan un aporte decisivo para anclar de manera definitiva su significado, toda vez que el actual concepto de “persona” es de reciente elaboración doctrinaria y más reciente aún es el concepto de “persona jurídica”, tal y como hoy se emplea.

El concepto originario de persona como sujeto de derecho desde una perspectiva iusnaturalista debía coincidir con el concepto de hombre, ya que todo hombre y sólo el hombre era capaz de derechos. Como dijo Johannes Althusius hace ya cuatro siglos, para destacar el carácter social del individuo como trasfondo de la sociedad humana: “*persona est homo iuris communionem habens*”. Al centrarse, en cambio, la idea de persona en la capacidad jurídica, la deducción del concepto de persona jurídica no presentaba dificultad alguna y era casi una derivación necesaria. El derecho positivo mostraba, como lo puso de manifiesto Savigny, que el concepto de persona era susceptible de dos clases de modificaciones: limitativas unas y otras extensivas. Así como puede negarse, total o parcialmente, la capacidad jurídica a un individuo de la especie humana, tam-

³ En este mismo sentido véase H. De Page, *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*, Etablissements Emile Bruylant, Bruxelles, Deuxième Edition, 1948, T. I. Nº 499, p. 543.

⁴ F. de Castro y Bravo, *La persona jurídica*, originalmente publicado en el Libro *Temas de Derecho Civil*, Madrid, 1972 e incluido luego en la obra del mismo nombre, Editorial Civitas, reimpresión de la 2ª Edición, Madrid, 1991, p. 261.

bién ésta puede transferirse a una entidad que trascienda al individuo para construir artificialmente una persona jurídica. Persona, había dicho Kant en la “Fundamentación de la metafísica de las costumbres”, es aquel *sujeto* cuyos actos pueden serle imputados, afirmación que constituye el punto de partida de la capacidad jurídica, de la aptitud del hombre para ser portador de derechos y deberes, de ser sujeto de un derecho subjetivo o de una obligación jurídica.⁵ Se unifican así, con importantes consecuencias teóricas, el significado de los conceptos de persona, sujeto de derecho y capacidad jurídica que son, junto con la relación jurídica, los conceptos fundamentales del derecho privado.

El concepto de personalidad es, sin embargo, más reciente aún; excede sin duda del ámbito del derecho privado y de sus exigencias estrictas y se inscribe en el de los derechos fundamentales. Toda persona –dice el artículo 20 de la Constitución– tiene derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, sin más limitaciones que las que derivan del derecho de los demás y del orden público y social. De tal modo la persona, en sentido jurídico público, puede y debe ser pensada como centro de una esfera jurídica constituida por sus derechos o bienes jurídicamente protegidos, perteneciente a ella necesariamente,⁶ entre los cuales, paradójicamente, se encuentra el derecho a la asociación con sus semejantes para la realización de fines humanos.

⁵ F. Michoud, *La théorie de la personnalité morale et son application en droit français*, 3ª Ed. Trotabas, 1932, decía que la palabra *persona* significa simplemente un sujeto de derecho; la noción de persona es y debe seguir siendo una noción puramente jurídica. La palabra significa simplemente sujeto de derecho, un ser capaz de tener derechos subjetivos que le pertenecen propiamente. Para saber si ciertos seres responden a esta definición, no es preciso determinar si constituyen filosóficamente personas, es preciso únicamente preguntarse si son de tal naturaleza que deben serles atribuidos derechos subjetivos...

⁶ En su *Deutsches Privatrecht*, Gierke abogaba por el reconocimiento del derecho general de la personalidad: “Llamamos derecho de la personalidad aquel que garantiza a su sujeto el dominio de un sector de la propia esfera de personalidad. Con tal nombre se designan ‘los derechos a la propia persona’, y al destacar la especialidad de su objeto, se distinguen de todos los demás derechos... Los derechos de la personalidad son diferentes, como derechos privados especiales, del derecho general de la personalidad, que consiste en una reivindicación general, garantizada por el ordenamiento jurídico, de contar como persona...”. Concepto tan enigmático que da pie al comentario de Hans Hattenhauer (véase su obra: *Conceptos fundamentales del derecho civil*, Ariel, Barcelona, p. 23) de que Gierke mostraba tanto entusiasmo por el derecho a la personalidad como oscuridad en el lenguaje.

1. INDAGACIÓN PREVIA ACERCA DEL CONCEPTO DE NATURALEZA JURÍDICA

La indagación acerca de la *naturaleza* de las personas jurídicas *stricto sensu* propuesta por el profesor Aguilar, parece entonces un tema crucial de la teoría general de un instituto del cual se ha ocupado por cierto la ciencia del derecho desde el surgimiento mismo del concepto, sin que se haya obtenido, por otra parte, un resultado totalmente esclarecedor y que se ha convertido, por esa misma razón, en cuestión clave de la ciencia jurídica.

En efecto, las luchas doctrinales en torno al concepto de persona jurídica, ásperamente sostenidas durante muchos años, como señalara Ferrera,⁷ no han aportado sin embargo claridad a las nociones fundamentales. Es así como las diversas teorías elaboradas por la ciencia del Derecho se han venido multiplicando y entrelazando con maravillosa fecundidad, hasta el punto que “de este cúmulo de discusiones ha salido la doctrina embrollada y pesadota”. El carácter heteróclito de las indagaciones acerca de la naturaleza de la persona jurídica y del fenómeno mismo de la personificación obliga, en primer lugar, a precisar cuáles de entre la multitud de investigaciones emprendidas han sido realmente conducentes a la determinación de los caracteres propios de la personalidad jurídica y de las personas jurídicas *stricto sensu*.

Decía José Lois Estévez, en un agudo y olvidado ensayo, al considerar la cuestión de la llamada naturaleza jurídica de las instituciones del derecho,

⁷ F. Ferrara, *Teoría de las personas jurídicas*, traducción castellana de E. Ovejero y Maury de la segunda edición italiana, Editorial Reus, Madrid, 1929, p. 123, explicaba que todo ha sido puesto a contribución para explicar la noción de persona jurídica; la historia, la sociología, los principios fundamentales del Derecho, y que mientras el análisis descubría lados siempre nuevos de la institución y ensanchaba el horizonte del Derecho público y a toda la teoría jurídica, el concepto proteiforme de persona jurídica se hacía cada vez más ambiguo, más infiel e indefinible. “En esta justa doctrina —explicaba— no sólo han intervenido los romanistas y civilistas, sino también, por una parte, los mercantilistas para determinar el carácter de las sociedades mercantiles, por otra, los canonistas para estudiar la índole de la Iglesia y de las instituciones eclesiásticas, luego los penalistas para la cuestión de la capacidad de delinquir y punibilidad de los entes colectivos, luego los publicistas en la apasionada discusión del concepto de Estado, por último, filósofos, metafísicos y sociólogos, los cuales han querido aprehender las relaciones entre el concepto de persona jurídica con el concepto de derecho subjetivo, o con hipótesis de la biología y de la evolución social...”.

que la ciencia jurídica es singularmente propicia a las paradojas. La consulta de los tratados escritos sobre cualquier disciplina jurídica —explicaba en su obra— permite concluir que el problema que más a menudo enfrenta a los juristas es precisamente el de la “naturaleza” de las instituciones investigadas. “En general, cada vez que un jurista se enfrenta con un concepto peculiar a la ciencia que cultiva, se ve obligado, por virtud de una tradición varias veces secular, a tomar posición en ese espinoso problema de la naturaleza jurídica”.⁸ Decía Lois que sin embargo, nadie se había preguntado, con el interés que el caso requiere, la razón por la que deba procederse así, esto es, en virtud de qué necesidad de índole práctica o teórica se hace indispensable el estudio de una cuestión tan abstracta y embarazosa como ésta. Lo cierto —dijo así mismo Lois— es que los juristas están continuamente intentando desentrañar la “naturaleza” de multitud de instituciones, antes de haber resuelto qué hay que entender por naturaleza jurídica y de qué forma puede ésta ser adecuadamente descifrada o determinada.

Corresponde preguntarse entonces, de modo preliminar, qué es lo que efectivamente entienden los juristas por “naturaleza jurídica”. Lois encontraba entre los tratadistas, en cuanto a esta cuestión, cuatro actitudes fundamentales respecto del concepto de naturaleza jurídica.

Algunos —dijo— siguen un rutinarismo extremo. Son aquellos que sin conciencia clara del fondo de las investigaciones que emprenden, siguen una inveterada costumbre sin experimentar siquiera la inquietud de preguntarse a qué necesidad responde la determinación de la naturaleza jurídica. No es extraño que falte en este caso un criterio fijo y que unas veces parezca que los autores entienden por naturaleza jurídica una cosa y en otros momentos otra muy distinta.

Otros, entre quienes cita Lois a juristas de la talla de Pothier, Domat, Giorgi, Scialoja, Ruggiero, Rotondi y a Enneccerus-Kip y Wolf, que ciertamente han reflexionado sobre esta cuestión, parecen sustentar la creencia de que los términos “*esencia*” y “*naturaleza*” son enteramente sinónimos.

⁸ J. Lois Estévez, *Sobre el concepto de naturaleza jurídica*, Ediciones Especiales del Anuario de Filosofía del Derecho, Tomo IV, N° 5 Madrid, 1956.

El término “*naturaleza*” es, en efecto, de uso constante en la filosofía aristotélico-escolástica y en la teología, de donde resulta verosímil que hayan sido filósofos y teólogos de inspiración aristotélica quienes lo exportaron al campo jurídico. Por esta razón, siguiendo al Cardenal Mercier,⁹ pionero belga del neotomismo,¹⁰ explica Lois que, considerada aparte de su *existencia*, la cosa se llama *esencia*. “El ser se denomina existencia o actual considerado como existente; se le llama real, abstracción hecha de la existencia”. La *esencia* o el ser real es, pues, con relación a la existencia o al ser actual, lo que *id quod* es con relación a *id quo*: el sujeto indeterminado, incompleto, imperfecto, con relación al acto que lo determina, lo colma y le procura su última perfección. Cuando nos preguntamos qué es algo, lo que responde a este interrogante es la *definición* de la cosa. Por ser imposible el discernimiento súbito de lo que una cosa es, y por resultar indispensable completar y precisar los contornos de nuestro primer concepto, se hacen necesarios actos sucesivos de aprehensión de la inteligencia que responden a razones objetivas múltiples y variadas, las cuales han de ser clasificadas asignando a cada una el papel que le corresponda en la expresión de la realidad total. Y a la que se considere como primera, la denominamos *esencia* en el preciso sentido de esta voz. La *esencia* es lo que hace, ante todo, que la cosa sea lo que es, el *constituyente primordial de una cosa*. La *esencia* es también aquello por lo que una cosa es radicalmente distinta a toda otra cosa. Como quiera que la *esencia* es el primer fondo de realidad de un ser, las perfecciones ulteriores que el ser es susceptible de recibir o capaz de adquirir, serán la manifestación de su perfección esencial, de donde la *esencia* es el manantial original de todas las perfecciones de un ser. Tal pensamiento, como se advierte, se corresponde íntegramente con la concepción filosófica tomista y aristotélica.

⁹ D. J. Mercier, *Ontología*, Gallach Palés, 1935, citado por Lois.

¹⁰ Por neotomismo es preciso entender una doctrina filosófica bastante imprecisa en su contorno y que comprende variadas actitudes. Su origen suele identificarse en la encíclica del papa León XIII *Aeterni patris* en la cual se urgía a los filósofos católicos a demostrar la existencia y atributos de Dios y a combatir los errores especulativos y prácticos de la filosofía moderna mediante un regreso a la enseñanza de los autores cristianos de la Edad Media. Désiré Mercier destacó especialmente entre los neotomistas por sus construcciones y por sus actitudes polémicas con los representantes de las doctrinas modernas.

La naturaleza según Aristóteles es la esencia de los seres que poseen en sí mismos el principio de actividad, sin que el concepto quede limitado a los casos en que el pensamiento se dirija explícitamente sobre la acción, toda vez que *quiddidad*, *esencia* y *naturaleza*, se emplean indiferentemente. En su acepción ordinaria, según Tomás de Aquino, naturaleza designa aquello que significa la definición y ésta indica lo que una cosa es, de donde se deduce que en su acepción ordinaria esta misma *naturaleza* se llama *esencia* o *quiddidad* en el pensamiento escolástico.¹¹ Como explicara también Tomás de Aquino, refiriéndose justamente a la definición de persona,¹² el nombre “naturaleza” primeramente se empleó para significar la generación de los vivientes, llamada nacimiento; mas habida cuenta que este modo de generación procede de principio intrínseco, se extendió a significar el principio intrínseco de cualquier movimiento, y es así como en su Física [Aristóteles] define la

¹¹ Cita así mismo Lois la *Introducción a la metafísica* de M. Heidegger, que aquí reproducimos en su parte pertinente en la versión castellana más reciente de A. Ackermann Pilári (Gedisa, Barcelona, 5ª reimpresión 2003). “En la época del primer despliegue decisivo de la filosofía occidental, entre los griegos, gracias a los que se produjo el verdadero comienzo del preguntar por el ente como tal en su totalidad, al ente se lo llamó *jusiz*. Esta palabra básica que designa al ente, se suele traducir por “naturaleza”. Se utiliza la traducción latina *natura*, que de hecho significa nacer, nacimiento. Con esta traducción latina ya se margina el significado originario de la palabra griega *jusiz* y se anula su fuerza nominativa propiamente filosófica. Esto vale no sólo para la traducción latina de esta palabra, sino para todas las otras traducciones romanas del lenguaje filosófico griego. El proceso de esta traducción del griego al latín no es nada casual ni inocuo, sino que se trata de la primera etapa del proceso de aislamiento y enajenación de la esencia originaria de la filosofía griega. Las traducciones romanas luego se convirtieron en referencia decisiva para el cristianismo y la Edad Media cristiana. Esta referencia pasó a la filosofía moderna que se mueve en el mundo conceptual de la Edad Media para acuñar luego esas ideas y términos conceptuales corrientes con los que aún hoy en día nos hacemos comprensible el comienzo de la filosofía occidental. Este comienzo se considera como aquello que la actualidad ha dejado atrás como algo supuestamente superado. Nosotros, empero, pasamos por alto todo este proceso de la desfiguración y decadencia y tratamos de reconquistar la no destruida fuerza nominadora del lenguaje y de las palabras; porque las palabras y el lenguaje no son vainas en las que sólo se envuelven las cosas al servicio de la comunicación hablada o escrita. Sólo en la palabra y en el lenguaje las cosas devienen y son. Por ello, el abuso del lenguaje en el mero palabreo, en los tópicos y frases huecas, nos priva de las referencias auténticas a las cosas. ¿Qué dice, pues la palabra *jusiz*? Expresa lo que se abre por sí solo (p.e. el abrirse de una rosa), lo que se despliega y se inaugura abriéndose; lo que se manifiesta en su aparición mediante tal despliegue y que así se sostiene y permanece en sí mismo; en breves palabras, lo que impera en tanto inaugurado y permanente...”.

¹² Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, texto latino de la edición crítica Leonina, traducción y anotaciones por una comisión de los padres dominicos presidida por F. Barbado Viejo O.P., BAC, Madrid, 1959, tomo II-III, 1. q.29a1.

naturaleza. Y como este principio puede ser el material o el formal, se llama naturaleza indistintamente tanto a la materia como a la forma. Pero, como la forma es lo que completa la esencia de cada cosa, comúnmente se llama naturaleza a la esencia de los distintos seres, expresada en su definición, y este es el sentido en que se toma aquí la palabra “naturaleza”. De ahí que diga Boecio que “naturaleza es la diferencia específica que informa a cada cosa”, de donde su definición persona: “*naturae rationalis individua substantia*”.¹³ La especificación de la naturaleza de la cosa dará pie a la distinción y a la contraposición entre la *vera persona* del hombre y las *personae ficta* que constituyen los *corpora* y las *universitates*.

Identificada la “esencia”, y definida de este modo, por tanto, con rigor, pareciera que la expresión “naturaleza jurídica” –dijo Lois–, debiera quedar ya completamente perfilada, pero sin embargo el concepto se resiente de cierta vaguedad. Por otra parte, el examen objetivo de lo que los juristas dan por “naturaleza jurídica” de un instituto basta para probar que lo que buscan no es precisamente la esencia. “La esencia de una cosa se expresa en la definición –así lo reconocen los autores al unísono– y en los tratados jurídicos siempre se la formula antes o con independencia del debate sobre la naturaleza atribuible a la definición”.

Otros¹⁴ entienden la naturaleza jurídica –a decir de Lois– como estructura, con el objeto de reflejar de algún modo el momento de organización que aquella idea comporta. Ha sido dicho que del mismo modo que hay una *natura hominis, animalis* o *rei*, así hay también una naturaleza jurídica de cada una de las instituciones. Naturaleza significa siempre esencia, peculiaridad, normalidad. Sin embargo, mientras que en los casos examinados la ley tomó la naturaleza como aquello que existe materialmente o como aquello que es concebido de hecho en la valoración social, aquí, por tratarse de institutos jurídicos, es la misma ley la

¹³ “*Quo circa in solis substantiis est atque in his rationalibus, substantia omnis natura est, nec in universalibus sed individuis constat, reperta personae est igitur definitio: persona est naturae rationalis individua substantia...*”

¹⁴ Véase sobre este particular Maschi, *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani*, citado por J. Lois Estévez.

que construye para cada uno una peculiar estructura, la cual se reproduce y perfila en la doctrina bajo el concepto de naturaleza de la institución. Tal concepto, sin embargo, parece también insatisfactorio y, por banal, resulta insuficiente para explicar las razones que hayan podido mover a los juristas a estudiar con tanto empeño un problema que tales complejidades y recovecos encierra.

Señala así mismo Lois que ante la actitud inhibida de los autores, que rehúsan tomar partido respecto de la cuestión de la naturaleza jurídica, no es fácil concretar cuál podrá ser la orientación precisa que hayan patrocinado realmente, de donde, faltando una declaración explícita sobre el asunto, no es cosa sencilla llegar a vislumbrar la intención oculta de cada tratadista. Esmein¹⁵ decía que “La naturaleza jurídica de una institución estriba en los procedimientos técnicos, en las categorías jurídicas por cuya mediación el Derecho realiza y sanciona la idea general que a esa institución sirve de principio”. Sin embargo, aun pensando en que el problema gira en torno a la delimitación de las categorías jurídicas, se opera en el vacío mientras no se aclare decisivamente el sentido de esta última expresión. Se reemplaza una imprecisión por otra enteramente semejante. “Decir que la expresión naturaleza jurídica es equivalente a otras expresiones no bien definidas no aporta luz alguna al problema real planteado. Somos dueños de establecer todas las tablas de equivalencia que nos plazca; pero no podemos olvidar que todos los términos que manejamos son meros símbolos, y los símbolos no se esclarecen con nuevas simbolizaciones análogas, sino mediante la remisión a instituciones primarias o a conceptos con los que ya estemos previamente familiarizados”.

La conclusión expresada por el autor después de este examen es que los juristas ignoran, en definitiva, el significado preciso de la “naturaleza jurídica”. En este caso, no es posible omitir una explicación a la paradoja del origen que haya podido tener la costumbre universal de estudiar la cuestión de la naturaleza jurídica. Parece obligado admitir, sin embargo,

¹⁵ En su obra *Le droit comparé et l'enseignement du droit*, citada por Lois.

que la introducción de este misterioso concepto no haya resultado de un capricho del azar, sino de una grave razón de índole práctica o teórica.

Un análisis a fondo de los problemas inherentes a las instituciones jurídicas debe ser bastante, a juicio de Lois, para poner de manifiesto si una actitud cerradamente legalista permite resolverlos todos o si es necesario acudir a un criterio superior, extranormativo y sintético, que dé sentido y razón de ser a la propia disciplina jurídica del instituto. “Al solventar esta cuestión habremos ya decidido, de paso, si el examen de la naturaleza jurídica viene impuesto por alguna causa fundamental o si es un entretenimiento para ociosos”.

Lois aborda de tal modo el problema de la naturaleza jurídica desde el punto de vista de la teoría de la institución. El ordenamiento positivo, considerado externamente –afirmó–, se compone de una serie de proposiciones articuladas una en otra. El sistema jurídico es un organismo unitario en donde cada proposición aislada no puede tener un sentido completo, autárquico, sino que ha de depender y deberse al conjunto. Ciertas proposiciones jurídicas forman conjuntos planetarios con manifiesta unidad, convergiendo en torno a un común centro gravitatorio. Son partes individualizadas, en su función y en su finalidad, pero que en su conjunto tienen el sentido cabal de una unidad significativa, nítidamente deslindada, plenamente inteligible, pero ya insusceptibles de división. “Verdaderas partículas-límites de la fenomenología jurídica, [que] no es posible trascenderlas, en un intento de escisión ulterior, sin perder, de un modo irreparable sus más íntimas calidades valiosas”. Es lo que denomina una institución jurídica.

Para resolver un caso litigioso lo primero que ha de hacer el abogado –explicaba Lois en su ensayo– es realizar una calificación jurídica cuando menos aproximativa del supuesto facticio que suministra en bruto la experiencia. No es posible la operación de aplicación jurídica sin la previa calificación de los hechos, operación que hace posible separar las circunstancias irrelevantes de lo que es jurídicamente significativo. La calificación jurídica se hace valiéndose del conocimiento anticipado que el jurista tiene de los conceptos jurídicos, los cuales expresan sintéticamente la esencia de las instituciones y que son, indudablemente, defini-

ciones. De tal modo, al problema práctico de la calificación jurídica de un supuesto litigioso, corresponde en el orden teórico la definición científica del instituto.

Relativo a ese proceso práctico de la calificación jurídica es el deslinde de las instituciones limítrofes, sobre todo cuando las proposiciones normativas son incompletas y dejan espacios de ambigüedad. Por esta razón el jurista requiere y necesita interpretar e integrar múltiples proposiciones jurídicas. “Para aplicar una ley, interpreta, en doble perspectiva, los hechos y la norma. Para seguir el método jurídico de investigación de los hechos, interpreta nuevamente normas probatorias. Y más tarde, para formar su convicción con acierto, volverá a verse forzado a recurrir a otros varios procesos interpretativos. Sin el concurso de la interpretación no puede el jurista dar ni un solo paso”.

El jurista puede sin embargo tanto definir como interpretar, en el sentido expresado en los párrafos precedentes, prescindiendo de la “naturaleza jurídica” de las instituciones sujetas a examen. Pero cuando el jurista se ve obligado, ante una laguna de la ley, a efectuar una expansión del ordenamiento jurídico, para subsanar la omisión o suplir la deficiencia y hacer surgir otras normas distintas, es evidente que no puede obrar caprichosa o arbitrariamente, debe recurrir a aquellas reglas señaladas por el canon de la afinidad, cuya entidad está determinada por alguna unidad invariable que sirve para graduar con firmeza el parentesco internormativo más o menos próximo. Es esta la razón, según Lois, por la que se hace indispensable la determinación de la naturaleza jurídica de cada instituto.

Supongamos –dijo Lois– que, tomando como material empírico una institución jurídica cualquiera (v. gr., la posesión), probamos a reducirla a otras instituciones jurídicas. Si resulta posible subsumirla en ellas por completo, de modo que dadas como premisas las normas reguladoras de las mismas, se infiera lógicamente, como corolario, la disciplina jurídica de la posesión, entonces se haría obvio que este instituto no tendría verdadera autonomía jurídica, ni precisaría, por tanto, estar dotado de una regulación jurídica independiente. Por verificación experimental se demostraría que la posesión, como otras instituciones jurídicas, no son tipos jurídicos verdaderamente individuados, con fisonomía y caracte-

res propios, sino efectos de espejismo, consecuencias insoslayables, relaciones lógicamente necesarias de otros institutos.

De esta consideración surge el concepto de naturaleza jurídica y su utilidad práctica para la interpretación y aplicación del derecho, como obra depuradora de reducción y simplificación institucional que hace posible alcanzar las formas puras de las instituciones jurídicas realmente autónomas y para graduar el parentesco internormativo más o menos próximo que pueda existir entre ellas.

El componente originario del concepto de naturaleza jurídica sería en este caso claramente aristotélico. La naturaleza, tanto como el término griego *Physis* que traduce, tiene conforme a Aristóteles, el sentido de “naturaleza de un ser”, de aquello que éste expresa y tiene como algo propio de sí y por sí. Dijo, en efecto, Aristóteles¹⁶ que hay varios sentidos de “naturaleza”: como el elemento primero de donde emerge lo que crece; como el principio del primer movimiento inmanente en cada uno de los seres naturales en virtud de su propia índole, y también el elemento primario de que está hecho un objeto, o realidad primaria de las cosas. Naturaleza, en Aristóteles, es por consiguiente, tanto un principio del ser como del movimiento. Es “la esencia de los seres que poseen en sí mismos y en cuanto tales el principio de su movimiento”.¹⁷ La naturaleza es lo que hace que las cosas posean un *ser* y un *llegar a ser* que les es propio. Pero es el dinamismo característico de la naturaleza, precisamente el principio de su movimiento, lo que hace problemática la traslación del concepto de naturaleza al derecho: es necesario dilucidar cómo opera la integración o expansión del orden jurídico como realidad dinámica por medio de la determinación de los conceptos elementales, esto es, de la determinación de aquellas entidades que han de ser entendidas como formas puras de las instituciones jurídicas realmente autónomas, a partir de la cuales se desarrolla el derecho en su aplicación. Sin embargo, la relación entre las formas lógicas y lo normativo ha sido siempre problemática.

¹⁶ *Metafísica*, D 4 1014b 16-1015 a 12.

¹⁷ *Metafísica*, D 4 1015 a 13

El rigor lógico del derecho, o el grado de penetración de lo lógico en lo jurídico, o de asimilación de lo lógico por lo jurídico, llegaría al máximo, según explicó García Bacca en sus “Planes de Lógica”,¹⁸ si la lógica jurídica fuera lógica deductiva, estilo axiomático. Sin embargo, la lógica podría hallarse también en estado científicamente *amorfo* dentro del derecho, sin perder su carácter de lógica. La forma científica de la lógica es la deductivo-axiomática: que posee un pequeño núcleo de axiomas iniciales de los cuales mediante pocas reglas de deducción se desenvuelve, según necesidad ordenada, la cadena de teoremas, pero bien podría también la lógica conservar su forma científicamente amorfa dentro de lo jurídico.

No más formular estas ideas acerca de lo que habría que entender por lógica jurídica, advirtió el filósofo aquella circunstancia que refirió como “*una sutil y real diferencia*” que se interpone, conceptual y verbalmente, entre *lo racional* y *lo razonable*, entre lo lógico y el *logoide*, diferencia que le condujo a preguntarse si lo jurídico es racional o razonable, lógico o *logoide*.

Los juristas –observó García Bacca– se han servido frecuentemente de un conjunto de frases y palabras que, a primera vista, parecen suavizar la estructura, rígida en principio, de lo jurídico, prueba de todo lo cual encuentra “en las clásicas y venerables Instituciones de Gayo y Justiniano”: razón natural, razón equitativa, persuasión, razón idónea, más seguro, pareció conveniente, parece inelegante, *placet*, indulgencia del Príncipe, pareció inhumano, derecho humano. *Lo racional (lógico)* –dijo entonces García Bacca– suavizado y hecho flexible por condiciones humanitarias, requerimientos de equidad, *estética*, *conveniencia*, *indulgencia*, resulta entonces *razonable*. “Razonable” –dijo– es el estado humano de la razón, de lo racional.

De ahí se sigue la pertinencia de haberse preguntado él mismo acerca de los efectos que produce en la lógica, y especialmente en la lógica

¹⁸ J. D. García Bacca, *Planes de Lógica Jurídica*, Studia Iuridica, Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, No. 2, 1958, Caracas, p. 13 a 90.

jurídica, la infiltración del *logos* de lo razonable en el dominio y tipo de sus definiciones, divisiones, y argumentaciones.

Esta dosificación de lo racional y de lo razonable, de lo lógico y del *logoide*, que postula García Bacca, da al Derecho un tono y estructura flexibles que no posee ni puede tener la lógica pura, ni la lógica que haga de armadura de material matemático o físico. Esta conclusión refuerza, en su opinión, la necesidad de indagar acerca de si es posible hablar con fundamento, respecto de lo jurídico, de lógica, cuando el derecho mismo tiene peculiar cuidado de dosificar lo racional con lo razonable. “Mas si la lógica propia, encarnada y digerida por lo jurídico –dijo– fuera de sencilla estructura *razonable* o *logoide* –perdónese la contradicción verbal–, el legislador podría mandar ser estrictamente lógico en ciertos casos –cual manda la interpretación rigurosa en algunos– y en otros permitir ser *logoide* o *razonable*, admitiendo circunstancias atenuantes del “rigor lógico” ...(omissis)... Es decir, suavizar el rigor lógico, cual suaviza el penal. Dosificar, según fines, la lógica”.

La cuestión previa que de todo esto resulta es la necesidad de dilucidar si se puede hablar y pretender desarrollar una lógica jurídica si la estructura de lo jurídico es tan sólo *logoide*, y no *llega*, ni *puede* ni *debe llegar a lógica*. Era este, justamente, el tema final del curso que proponía Juan David García Bacca en sus “Planes de lógica”. No sabemos cuál podría haber sido su conclusión explícita. Sabemos, esto sí, que constató en su “Lección preliminar” que un dislate lógico puede ser un acierto jurídico, o al menos una ley jurídicamente válida y que no hay, por consiguiente, obligación de mandar según lógica, así como también que la falta de lógica, lo que resulta lógicamente inexplicable, puede resultar jurídicamente explicable (*logoide* razonable) si se tienen en cuenta ciertos fines del legislador.

En cuanto a la división lógica, hizo notar también García Bacca, que al igual que la definición lógica, son apofansis, es decir: declaraciones de lo que, de suyo, está ya dividido y definido, sin que nadie lo defina ni divida. Mas en Derecho no cuenta una división sino porque el Derecho la introduce e implanta, y deja de existir cuando el Derecho la borra. Así que, el carácter *logoide* de la división en Derecho consiste en que la

acción de dividir es causa de la división, mientras que una división lógica declara tan sólo la división que ya existe por esencia.

En cuanto a las formas deductivas, fundamentales para el derecho, pudo constatar el filósofo que tampoco éstas son puramente lógicas. “Mandar (ordenar, prohibir, permitir)” –dijo– no es función extensiva o de verdad, sino función intensiva, esto es, de aquellas funciones cuyo principal carácter consiste en que los enunciados afectados de tales funciones no son ni verdaderos ni falsos por sólo su contenido; como si lo son –por el contrario–, los resultados afectados de funciones simplemente extensionales o extensivas de verdad.

En una controversial ponencia escrita por Ludwig Wittgenstein para ser leída en la sesión conjunta de *The Aristotelian Society* y *The Mind Association* en 1929, conferencia que luego el autor decidió no pronunciar durante la sesión y que más tarde consideró inclusive carente de valor, titulada “Algunas observaciones sobre la forma lógica”,¹⁹ habíase abordado, antes de los trabajos de García Bacca –y sin referencia específica a lo jurídico–, el problema del contenido y la forma de las proposiciones y la estructura de las proposiciones que el autor denominaba “atómicas”, cuya forma lógica guarda evidente similitud con las formas puras de las instituciones jurídicas realmente autónomas, con los “conceptos elementales” a los que aludió Lois.

En tal oportunidad, el Wittgenstein del “*Tractatus logico-philosophicus*” había manifestado que las proposiciones son figuras lógicas esencialmente bipolares porque son capaces de ser verdaderas y también capaces de ser falsas y que en esto reflejan la naturaleza de lo que representan, porque pertenece a la esencia de un estado de cosas o bien que dicho estado ocurra o que no ocurra. De tal modo, una proposición elemental modela un estado “atómico” de cosas. Sus nombres constituyentes son vicarios o representativos de los objetos de la realidad, que son lo que esos nombres significan. De ahí que la forma lógica sintáctica de un nombre simple tenga que reflejar como un espejo la

¹⁹ Incluido en la obra *Ocasiones filosóficas 1912-1951*, de J. C. Klagge y A. Nordmann (eds.) traducción castellana de A. García Rodríguez, Ediciones Cátedra, Madrid, 1997, p. 46.

forma metafísica del objeto que es su significado y que las posibilidades combinatorias de nombres reflejen las posibilidades combinatorias de objetos. Para Wittgenstein el análisis lógico de las proposiciones tiene que dar por resultado proposiciones que son lógicamente independientes unas de otras, es decir, “proposiciones elementales”, cuya verdad depende sólo de la existencia o no existencia de estados de hecho.

Toda función –dijo Wittgenstein– tiene un contenido y una forma y obtenemos la figura de la forma pura por abstracción a partir del significado de las palabras solas, o los símbolos, en la medida en que tengan significados independientes. La sintaxis –aplicable tanto a las constantes como a las variables que las sustituyan– nos dice cuáles son las únicas conexiones en que tiene sentido una palabra, excluyendo así las estructuras sin sentido. Sin embargo, la sintaxis del lenguaje ordinario no previene o no es capaz de evitar, en todos los casos, la construcción de pseudoproposiciones sin sentido. Si intentamos analizar cualquier proposición, en general encontramos que son sumas, productos u otras funciones de verdad lógica de proposiciones más simples. Pero nuestro análisis, si es llevado lo suficientemente lejos, ha de llegar al lugar en que alcance formas proposicionales que no estén a su vez compuestas por formas proposicionales más simples. “En último término –dijo– hemos de alcanzar la conexión última de los términos, la conexión inmediata que no se puede romper sin destruir la forma proposicional como tal. Las proposiciones que representan esta conexión última de los términos las denomino, siguiendo a B. Russel, proposiciones atómicas. Ellas son, por tanto, los núcleos de cada proposición”. La tarea de la teoría del conocimiento es encontrar las proposiciones atómicas y comprender su construcción a partir de palabras o símbolos.

La idea es expresar en un simbolismo adecuado lo que en el lenguaje ordinario nos conduce a un sin fin de malentendidos. Es decir –explicaba entonces Wittgenstein– allí donde el lenguaje ordinario disfraza la estructura lógica, donde permite la formación de pseudoproposiciones, donde usa un término con una infinidad de significados distintos, nosotros hemos de reemplazarlo por un simbolismo que dé una figura más clara de la estructura lógica, excluya pseudoproposiciones, y use sus términos sin ambigüedad. Ahora bien –dijo así mismo Wittgenstein–,

sólo podemos sustituir un simbolismo impreciso por uno claro mediante la inspección de los fenómenos que queremos describir, intentando entender así su multiplicidad lógica. Es decir, sólo podemos llegar a un análisis correcto mediante lo que se podría llamar investigación lógica de los fenómenos mismos, esto es, en un cierto sentido *a posteriori*, y no mediante conjeturas sobre posibilidades *a priori*.

No existe en la conceptualización de Wittgenstein referencia alguna al carácter *logoide* de la estructura de lo jurídico que más tarde aportará García Bacca, pero sí resulta evidente que su concepto de las proposiciones como figuras lógicas esencialmente bipolares, capaces de ser verdaderas y también capaces de ser falsas, porque reflejan la naturaleza de lo que representan. El concepto de Wittgenstein no se compadece con el modo de ser de la norma jurídica pero sí, sin embargo, con la estructura de la proposición normativa.

En la introducción a la *Juristische Logik* de U. Klug que García Bacca tradujo al castellano bajo el título “Lógica jurídica”, el autor tomaba como punto de partida la definición de lógica formal que, siguiendo a Scholz,²⁰ debía especificarse como la parte de la teoría de la ciencia que formula y a la vez nos proporciona todo aquello que hace falta para la construcción de una ciencia cualquiera, y todo lo que sea menester además, en punto a reglas, para una formulación exacta de las mismas y para su aplicación. La lógica formal –explicaba Klug en su obra– nos proporciona la técnica para las demostraciones científicas sin vincularse a ningún contenido concreto y la observancia de sus reglas es condición necesaria para toda ciencia.

De allí se infiere que, en el concepto de Klug en la época de la publicación de la primera y la segunda edición alemana de la *Juristische Logik*, la lógica tiene un significado fundamental e indiscutible para la ciencia del Derecho. En su opinión, cuando se habla de lógica jurídica no se trata de una lógica para la que rijan leyes especiales, sino que sencillamente se designa la parte de la lógica que tiene aplicación a la ciencia

²⁰ Heinrich Scholtz, *Geschichte der Logik*, Berlin, 1931

jurídica. “Y puesto que la ciencia jurídica tiene que partir de especiales premisas, queda sin más aclarado –porque no ha de servirse de toda la lógica, sino tan sólo de una parte de ella–, que resulta de hecho mucho más elemental que la que hace falta para una fundamentación científica de las matemáticas”.

La lógica jurídica, dijo entonces Klug, es la teoría de las reglas de lógica formal que han llegado a tener aplicación en las cuestiones concretas de la búsqueda del Derecho.

Como puede verse Ulrich Klug, para la época de la “*Juristische Logik*”, no se hace tampoco cuestión de la problemática agudamente señalada por García Bacca entorno a la compatibilidad de la lógica y las normas. Klug se limitaba entonces a combatir el irracionalismo de la Escuela del Derecho Libre y la Jurisprudencia de Intereses. Como comentaremos enseguida, el pensamiento de Klug, sin embargo, evolucionará lentamente en su confrontación con el normativismo propio de la doctrina de Hans Kelsen.

“*Rechtsnormen und logische analyse*” (Normas jurídicas y análisis lógico),²¹ obra publicada por Klug, treinta años después de su “*Juristische Logik*”, como conmemoración de centenario del nacimiento de Kelsen, reproduce la correspondencia epistolar mantenida por ambos a lo largo de seis años, de 1959 a 1965, esto es, durante el año que antecede y los cinco años que siguen a la significativa publicación de la segunda edición de la “Teoría pura del derecho”, es decir, durante la etapa inicial de la fase escéptica del pensamiento de Kelsen que culmina en su obra póstuma. En esta obra epistolar, a diferencia de la “*Juristische Logik*”, el tema central es el problema de la aplicación de la lógica al derecho.

En su primera carta, de 6 de marzo de 1959, Kelsen –después de haber leído la “Lógica jurídica”– pregunta a Klug su opinión acerca de si se aplican al Derecho, considerado como conjunto de normas, a la ciencia

²¹ *Normas jurídicas y análisis lógico*, con estudio preliminar de Eugenio Bulygin, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.

jurídica como conocimiento de ese objeto, o a ambas, las reglas de la lógica. Kelsen afirmaba que las normas, en cuanto prescripciones de deber ser, imperativos, órdenes, pretensiones y cosas semejantes, “no pueden ser verdaderas ni falsas”. Como las relaciones lógicas de contradicción y de implicación han sido definidas en términos de verdad, de allí se seguiría que entre *normas* no existen relaciones lógicas. Por el contrario, dijo así mismo, las *proposiciones normativas* sí pueden ser verdaderas o falsas, por lo que no resulta en modo alguno problemática la aplicabilidad de los principios lógicos a las proposiciones normativas. Esta distinción entre las normas propiamente tales y las proposiciones normativas, afirmada por Kelsen, tendrá una importancia fundamental.

En su respuesta Klug afirma que la lógica es aplicable no sólo a la ciencia jurídica –propiamente a las proposiciones normativas– sino también a las normas jurídicas mismas: “Sobre la materia que tratamos, en sí misma, deseo en primer lugar sentar la tesis de que las reglas de la lógica tienen que ser aplicables de hecho a los dos ámbitos, es decir, al derecho como conjunto de normas y a la ciencia jurídica como conocimiento de ese objeto”.

En el manuscrito de 15 de mayo de 1959, Kelsen expondrá la diferencia entre la estructura lógica de las normas y la de las proposiciones normativas, así como su tesis de la no aplicabilidad de la lógica a las normas. Al responderle, el 17 de julio de 1959, Klug argumentará que las normas son enunciados y que la lógica tiene que ser válida para todo tipo de éstos, aunque reconoce la distinción entre norma y enunciado normativo. La verdad de la norma radica, según Klug, no en la correspondencia con un hecho sino en que la norma sea un axioma o esté fundada en un axioma –esto es, que la norma esté “lógicamente fundada”– y a esta verdad le llama “formal”, por oposición a la “verdad material” de las proposiciones normativas. Luego Klug aceptará la diferencia de estructura lógica de las “normas” y de las “proposiciones normativas” y, también, que las normas carecen de valores de verdad. “Estoy de acuerdo, dice Klug, en que las normas (= proposiciones de deber ser) y los enunciados (= proposiciones de ser), deben diferenciarse también desde el punto de vista de su estructura lógica, y que, en consecuencia hay que separar las normas de los enunciados sobre las normas

(= proposiciones normativas). En la lógica proposicional se trata solamente de enunciados y no de norma”. Klug, sin embargo, postulará la analogía formal entre verdad y validez: “[Sin embargo] el cálculo proposicional de dos valores puede ser interpretado sin dificultad como cálculo de normas. Sólo hace falta estipular que los símbolos empleados hasta ahora como variables proposicionales deben ser interpretados en adelante como variables de normas, y que los dos valores admitidos no serán ya más los de “verdadero” y “no verdadero” (= “falso”), sino en lugar de ellos, solamente los valores “válido” y “no válido” (= “nulo”). Ya no se tiene que ver más con enunciados, que pueden ser verdaderos o falsos, sino con normas, que pueden ser válidas o inválidas”.

Kelsen objetará esta posición de Klug, en su carta del 4 de julio de 1960, por considerar que el valor validez no se corresponde con el valor verdad, y por considerar así mismo que los principios lógicos de contradicción y del tercero excluido, no son aplicables a las normas positivas. Klug habrá de renunciar luego a la afirmada analogía entre el valor validez y el valor verdad. En efecto, en su carta del 7 de octubre de 1960, Klug expresó a Kelsen que “puede aceptarse la idea de que el valor validez no corresponde al valor de verdad, debiendo tomarse en cuenta lo siguiente: [que] se trata aquí de un problema de semántica, es decir, de interpretación de sistemas cualesquiera de expresiones de cualquier tipo ...(*omissis*)... empleando esta terminología, puede decirse pues, que aquí se trata del problema sobre la interpretación de las fórmulas de un cálculo; y constituye desde luego, una diferencia fundamental el que las fórmulas de un cálculo se interpreten como fórmulas que tienen un valor de verdad o de validez”.

En opinión de Klug, sin embargo, la “calculación” de los sistemas normativos tiene que ser posible a no ser que las normas “en ningún caso puedan ser integradas en un sistema racional”.

Se ha dicho que la irreconciliabilidad final entre Klug y Kelsen deriva de su diversa concepción de la norma. La “concepción expresiva”, de acuerdo con la cual la norma viene constituida por un acto lingüístico de ordenar o de permitir, de modo que no existe norma sin acto lingüístico de promulgación. Las normas son resultado del uso prescriptivo del lenguaje y no se

dan relaciones lógicas entre normas. Una frase que exprese la misma proposición puede ser usada en diferentes ocasiones con diferente objeto, las diferencias no se advierten a nivel semántico sino pragmático. Este punto de vista fue inicialmente sustentado por Kelsen que luego lo abandonará y no volverá asumir hasta en su obra póstuma.²² Klug, por el contrario, parece sustentar la “concepción hilética” de las normas, que las concibe como oraciones con un sentido específico o prescriptivo, que las diferencia semánticamente de las proposiciones. La norma es un ente ideal abstracto y puramente conceptual, independiente de todo acto lingüístico, dotada de sentido o significado prescriptivo. Para los expresivistas no hay lógica de las normas porque no hay relaciones lógicas entre normas. Para la concepción hilética, en cambio, hay lógica de las normas y lógica de las proposiciones normativas.

En la primera carta dirigida por Klug a Kelsen, deja constancia de haber sido la primera lectura de la *Reine Rechtslehre* lo que le dio impulso “inicial, indirecto pero esencial” a sus trabajos. Esto nos induce a examinar también la evolución del pensamiento kelseniano en su tránsito del logicismo de sus primeros trabajos al irracionalismo y voluntarismo de su obra póstuma.

Mario Losano en su “Teoría pura del derecho. Evolución y puntos cruciales”²³ ha abundado en el tema de las relaciones entre el derecho y la lógica en la obra de Kelsen. Según explica Losano la “Teoría pura del derecho”, editada en 1934, es la traducción de un ensayo de 1933 destinado a su propagación en el extranjero como síntesis de la doctrina de Kelsen. En cambio, la segunda edición de Viena de 1960, con la que culmina la época clásica de su pensamiento, incorpora los resultados de las investigaciones efectuadas por el autor durante los casi treinta años transcurridos entre una y otra edición.

Kelsen afirmaba aun en la segunda edición de la “Teoría pura del derecho”, que los principios lógicos son aplicables al derecho. Al tratar de

²² Véase en este sentido *Teoría general de las normas*, cit. pp. 45, 49 y ss.

²³ Mario G. Losano, *Teoría pura del derecho. Evolución y puntos cruciales*, traducción española de Jorge Guerrero R., Editorial Temis, Bogotá, 1992.

las relaciones entre el derecho y la ciencia, luego de haber distinguido las normas jurídicas de los enunciados jurídicos y basado en el paralelismo entre verdad y validez, explicó cuanto sigue: “Dado que las normas jurídicas, en cuanto prescripciones –es decir, en cuanto mandamientos, permisiones, facultamientos– no pueden ser ni verdaderas ni no verdaderas, aparece la cuestión de cómo pudieran aplicarse los principios lógicos, en especial los principios de no contradicción y las reglas de inferencia a las relaciones entre normas jurídicas (como la teoría pura del derecho lo ha efectuado siempre), si –conforme a la opinión tradicional–, esos principios sólo se aplican a las expresiones que puedan ser verdaderas o no verdaderas. La respuesta a esta interrogante es la siguiente: los principios lógicos, si bien no directamente, por lo menos indirectamente, pueden ser aplicados a las normas jurídicas, en tanto y en cuanto esos principios sean aplicables a los enunciados jurídicos que describen esas normas jurídicas, enunciados que pueden ser verdaderos o no verdaderos. Dos normas jurídicas se contradicen y, por ende, no pueden ser afirmadas como simultáneamente válidas, cuando los dos enunciados jurídicos que las describen se contradicen; y una norma jurídica puede ser inferida de otra, cuando los enunciados jurídicos que las describen pueden articularse en un silogismo lógico...”.

Pronto Kelsen cambiará de opinión como lo revela no sólo su correspondencia con Klug, a la cual hemos hecho referencia antes. En 1962 Kelsen se percató de que su razonamiento sobre el conflicto de normas era erróneo. Hay conflicto de normas sólo si las dos normas en conflicto son, ambas, simultáneamente válidas. Si una de las dos no lo es, no hay ya conflicto de normas, porque, por definición, una de ellas no existe como norma, no es nada. La descripción de dos normas válidas y en conflicto produce, sin embargo, como lo hizo notar Losano, dos proposiciones descriptivas ambas verdaderas y no una verdadera y otra falsa como Kelsen había sostenido en 1960. De allí se sigue que el principio de no contradicción no puede aplicarse ni siquiera indirectamente. Por eso en su “*Derogation*”²⁴ llega Kelsen a la conclusión opuesta a la que

²⁴ Hans Kelsen, *Derogation* en *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, ed. de Ralph A. Newman, Indianapolis-New York, The Bobb-Merrill Co. 1962, citado por Losano.

hasta entonces había sustentado: “Un conflicto de normas no es una contradicción lógica”, ni tampoco puede ser comparado con una contradicción lógica. Al depender la solución del conflicto de normas del acto de voluntad del juez o del legislador, el principio lógico de la no contradicción no encuentra aplicación en el ámbito del derecho.

El 9 de junio de 1965, Kelsen remitió a Klug el texto de su manuscrito “Derecho y lógica”. En la carta que le envió con tal ocasión llama su atención acerca de la obra de Amselek, *“Méthode Phénoménologique et Théorie du Droit”* en la cual se niega la aplicabilidad de la lógica a las normas jurídicas y sobre el artículo “*Derogation*” antes referido, en el cual rechaza la aplicación del principio lógico de exclusión y de contradicción a conflictos de normas.

Kelsen alega que no es correcto aplicar las reglas de la inferencia ni a las proposiciones que describen normas ni a las normas que son objeto de la descripción. La norma general es un acto de voluntad del legislador y la norma individual es un acto de voluntad de un juez: entre las voluntades de dos hombres distintos no existe un vínculo necesario y absoluto como el que la regla de inferencia genera entre dos proposiciones. Mientras el silogismo teórico se basa en un acto de pensamiento, el silogismo normativo se basa en un acto de voluntad. La diferencia entre creación y aplicación del derecho —explica Kelsen— no es tan radical como se imagina toda vez que la interpretación y aplicación del derecho supone un margen de arbitrio para el juez. En opinión de Kelsen, no son aplicables al derecho ni el principio de no contradicción ni las reglas de inferencia. El razonamiento por analogía y del *argumentum ad maiore ad minus*, tampoco son instrumentos propios de una lógica específicamente jurídica, sino únicamente biombos entre los cuales se ocultan actos de voluntad del juez.

Finalmente, en la “Teoría general de las normas”²⁵ parte Kelsen de la constatación de que se da casi por supuesto que los principios de la

²⁵ Hans Kelsen, *Teoría general de las normas*, traducción española de Hugo Carlos Delory Jacobs de la obra *Allgemeine Theorie der Norme*, Editorial Trillas, México, 1994.

lógica bivalente (falso-verdadero), ley del tercero excluido y las reglas de inferencia son aplicables las normas jurídicas y morales. Mediante cuidadosos razonamientos demostrativos Kelsen desecha tales premisas y abandona por completo el logicismo que caracterizaba, como hemos visto, la segunda edición de la “Teoría pura del derecho” para atribuir la totalidad del ámbito normativo a la voluntad.

Como ha sido señalado la “Teoría general de las normas”, sostiene el dualismo irreductible entre el mundo del ser y el mundo del deber ser, entre causalidad e imputación. La norma, por otra parte, es el sentido de un acto de voluntad dirigido a un comportamiento ajeno. Además, no existe paralelismo alguno entre la verdad de una proposición y la validez de una norma.

En su obra “Normas, verdad y lógica”²⁶ G. H. von Wright explica su posición sobre el contenido e implicaciones de la lógica deóntica o lógica de lo normativo. Esta obra suya es la culminación de un proceso que se inicia en 1951 con la publicación de *“Deontic Logic”*. G. H. von Wright reconoce que aunque en rigor no hay una lógica de las normas o del deber ser, porque las normas no son ni verdaderas ni falsas, éstas, sin embargo, pueden permitir la elaboración de una lógica de lo normativo bajo la condición de presuponer que las normas se puedan juzgar según su racionalidad. Conceptos como el de coherencia normativa, de la norma consigo misma y de coherencia entre normas, y el de implicación normativa, no son asumidos como conceptos propiamente lógicos sino como conceptos relativos a la racionalidad de la voluntad legisladora. Así mismo, la actividad judicial no es contemplada como una inferencia lógico normativa, sino como una labor creativa o acto nomotético.

En definitiva, conforme a la tesis de von Wright las normas no son apofánticas, puesto que de ellas no se predica la verdad ni la falsedad, pero si se atiende al criterio de la racionalidad del legislador es posible dotar de significado lógico la contradicción normativa y la implicación normativa. “Puede en principio parecer que una “lógica” ha de ocuparse de

²⁶ Distribuciones Fontamara, México, 1997

las relaciones de implicación o de compatibilidad e incompatibilidad entre las entidades que estudia. Es a través del uso de la noción de verdad y de otras nociones vero-funcionales como se explica del modo más natural lo que significan esas relaciones. Por ejemplo: que una cosa se sigue lógicamente de otra, parece significar algo como que si la segunda es verdadera, también debe ser verdadera la primera. Sin embargo, dice, aunque no sea unánimemente compartida, está generalizada entre los filósofos la opinión de que las normas no poseen valor de verdad, no son verdaderas ni falsas...”.

En conclusión, la experiencia permite afirmar —como dijo Lois— que cuando el jurista, y especialmente el juez, ha de interpretar el derecho a los fines de su aplicación, se ve obligado, ante las lagunas de la ley, o como consecuencia de la inevitable textura abierta del lenguaje normativo, a efectuar una expansión del ordenamiento jurídico con el objeto de subsanar la carencia o suplir la falta de una expresa voluntad legislativa y para ello hace surgir, mediante la interpretación, otras normas particulares y distintas, pero resulta evidente que no puede en ese trance obrar de modo caprichoso o arbitrariamente. En tal caso, de obrar de ese modo arbitrario, la norma jurisprudencial sería enteramente *ex post factum* y el arbitrio de su voluntad sería también enteramente *legibus solutus*. Por esta razón, quien juzga, está obligado a recurrir para integrar el ordenamiento jurídico, a aquellas reglas señaladas por el canon de la afinidad, cuya entidad está determinada por alguna unidad invariable —*principium est primum*— que sirve para graduar con fijeza el parentesco internormativo más o menos próximo entre las diversas normas que pueden derivar de un mismo principio y resultan estar inspiradas en el mismo *logos*. Ciertas proposiciones jurídicas forman en efecto conjuntos planetarios con manifiesta unidad, convergiendo en torno a un común centro gravitatorio que tiene la eficacia normativa de un principio. Tales principios son formas proposicionales simples e indivisibles, que no están compuestas por formas proposicionales más sencillas, las cuales, en este sentido, pudieran denominarse con Wittgenstein “atómicas”, y que representan y expresan esa conexión última de todos los términos significativos. Es de esta consideración de donde surge el concepto de naturaleza jurídica entendida como aquel principio ordenador de los términos jurídicamente significativos que integran una

unidad, y de ahí surge así mismo su utilidad práctica para la interpretación y aplicación del derecho como obra depuradora de reducción y simplificación institucional que hace posible alcanzar las formas puras de las instituciones jurídicas realmente autónomas con cuya determinación es posible dotar de significado lógico la contradicción normativa y la implicación normativa, en el ámbito del *logos* de lo razonable señalado por García Bacca.

Para determinar el concepto de naturaleza jurídica es preciso dilucidar cómo opera la aludida integración o expansión del orden jurídico por medio de la especificación de los conceptos elementales, esto es, por la determinación de las entidades que han de ser entendidas como formas puras y elementales de las instituciones jurídicas realmente autónomas; pero es necesario, sin embargo, tener en cuenta así mismo para la interpretación, que como enseñó García Bacca, un dislate lógico puede ser un acierto jurídico, o al menos una ley jurídicamente válida, y que no hay, por consiguiente, obligación de mandar según lógica, y que la falta de lógica, lo que resulta lógicamente inexplicable, puede resultar jurídicamente explicable (*logoide* razonable), si se tienen en cuenta ciertos fines del legislador.

En la naturaleza de la persona jurídica operan variados conceptos elementales. La personalidad —como ha señalado Federico de Castro y Bravo²⁷ no consiste actualmente sólo en ser sujeto de derechos y de obligaciones, lo que permitiría convertir a la persona jurídica en un concepto puramente formal, sino que también comprende la idea de una comunidad en mano común potenciada por el privilegio de limitación de responsabilidad concedido a los socios, cuando se trata de una sociedad anónima. Y una vez recibida la sociedad anónima entre las personas jurídicas, ya no es posible tacharla de figura anómala y excepcional,

²⁷ F. de Castro y Bravo, *La sociedad anónima y la deformación del concepto de persona jurídica*, originalmente publicado en el *Anuario de Derecho Civil*, octubre-diciembre 1949, e incluido luego en la obra *La persona jurídica*, Editorial Civitas, reimpresión de la 2a. Edición, Madrid, 1991, p. 26.

sino que todas sus particularidades se entenderán derivadas de su naturaleza misma de la persona jurídica.²⁸

2. FORMACIÓN DEL RÉGIMEN DE LAS PERSONAS JURÍDICAS *STRICTO SENSU* EN EL CÓDIGO CIVIL VENEZOLANO

El Derecho reconoce en la actualidad la personalidad jurídica, entendida en su hipótesis más elemental como idoneidad o capacidad de tener derechos o deberes jurídicos, a todos los individuos de la especie humana; pero así mismo, reconoce o concede también la personalidad jurídica a entidades diversas de los individuos de la especie humana, que persiguen sin embargo finalidades humanas. Estas últimas son, desde luego, las personas jurídicas *stricto sensu*. Es esta la postura de la legislación venezolana vigente, por lo que conviene referirse, en procura de su justificación teórica, al origen y evolución de la institución.

Conforme al Código Civil las personas naturales son únicamente los individuos de la especie humana, mientras que las personas jurídicas *stricto sensu* son las entidades aptas al menos para ser titulares de derechos y de deberes u obligaciones y que, como hemos señalado antes, negativamente, no son individuos de la especie humana. Éstas se reconocen, por otra parte, como personas jurídicas de derecho público y personas jurídicas de derecho privado. Las personas jurídicas de dere-

²⁸ Por esta senda, decía Federico de Castro y Bravo, la sociedad anónima llega a ser la persona jurídica típica, la más semejante a la persona física, y con delectación amorosa se va señalando la identidad de sus atributos: la nacionalidad, el nombre, el patrimonio personal y hasta los derechos de la personalidad. Como natural consecuencia de todo esto, señala el autor, se acepta que mediante esa entelequia (la persona jurídica) la sociedad queda totalmente separada de los socios (abstracción), que la dirección real de la sociedad pueda liberarse, por su propia decisión, de toda responsabilidad hacia los socios (por el *quitus* liberatorio de la mayoría) y que queda exenta también de ella, de modo automático, respecto a los terceros (por responder sólo la sociedad); el substrato asociativo pierde importancia y sólo se requiere nominalmente (en el momento de su constitución); se hacen posibles, en fin, las sociedades de sociedades, con lo que se desplaza del todo la realidad asociativa de la dirección y del poder sobre el patrimonio social. De este modo la sociedad anónima adquiere la posibilidad de convertirse en instrumento encubridor y justificador de las más diversas e ingeniosas combinaciones financieras. De ahí que la sociedad anónima haya sido la principal causa determinante de la crisis del concepto de persona jurídica en la moderna dogmática.

cho privado pueden ser, de acuerdo a la doctrina, de tipo fundacional o de tipo asociativo, mientras que estas últimas comprenden las corporaciones, las asociaciones y las sociedades.

El artículo 19 del Código Civil, ordinales 1º y 2º, enumera las personas de derecho público: la Nación, las entidades que la componen, las Iglesias de cualquier credo, las Universidades y los demás seres o cuerpos morales de carácter público.²⁹ En ese contexto la Nación significa la personificación del Estado, o como se dice ordinariamente, la República. Son así mismo personas jurídicas de derecho público las entidades públicas territoriales que componen la Nación. Las Iglesias de cualquier credo, siendo necesario distinguir entre la Iglesia Católica, que no requiere de reconocimiento por parte del Estado, y también las demás confesiones o iglesias. Por otra parte, conforme al Convenio entre la Santa Sede y la República de Venezuela, además de la Iglesia gozan de personalidad jurídica las Diócesis, los Capítulos Catedralicios, los Seminarios, las Parroquias, las órdenes, las Congregaciones religiosas y demás institutos de perfección cristiana canónicamente reconocidos. En cuanto a las Universidades, el profesor Aguilar³⁰ ha hecho notar que para 1942 no había más que universidades del Estado, por lo que todas eran indudablemente personas de derecho público, hoy, por el contrario, las universidades privadas adquieren su personalidad jurídica mediante el cumplimiento de las formalidades que señala la Ley de Universidades, y respecto las cuales resulta al menos dudoso afirmar que sean personas jurídicas de derecho público.

En cuanto a las personas jurídicas de derecho privado, las de carácter fundacional se caracterizan por la afectación exclusiva y permanente de un conjunto de bienes a la realización de sus fines. Tienen, por consiguiente, un substrato exclusivamente real. Las personas de tipo asociativo, por el contrario, se caracterizan por haber sido formadas por un

²⁹ Se ha hecho notar que tal enumeración es incompleta porque se refiere sólo a las personas jurídicas de derecho público sujetas al ordenamiento jurídico interior, y sin incluir las personas jurídicas de derecho público del ordenamiento internacional, cuya existencia es reconocida sin embargo por otros sectores del ordenamiento jurídico.

³⁰ *Op. Cit.* p. 49.

conjunto de personas que persiguen finalidades comunes a cuyo objeto han destinado bienes de manera exclusiva y permanente y tienen, por consiguiente, tanto un substrato personal como real. Entre éstas corresponde distinguir, en primer lugar, las corporaciones, que se caracterizan por haber sido ordenada su creación por una ley especial que regula su funcionamiento y por el carácter predominantemente colectivo de sus fines que prevalecen sobre los particulares. Las asociaciones propiamente dichas son las demás personas de derecho privado, cuyos miembros no persiguen para sí finalidades lucrativas al asociarse. Las sociedades, en cambio, se caracterizan por la finalidad lucrativa perseguida por los socios, que pueden ser civiles o mercantiles.

Se ha señalado³¹ que el artículo 19 del Código Civil vigente no está copiado de ninguna disposición legal extranjera. Presenta, en cambio, una redacción que le es propia y que resulta de la serie de modificaciones sufridas a través de los distintos códigos civiles que ha tenido la República, aunque es apreciable la influencia del Código Civil italiano de 1865, del alemán y del brasileño. Tal afirmación es verdadera en cuanto se refiere al texto literal de la ley, pero en definitiva –como veremos– la ordenación de la personalidad jurídica en la legislación venezolana resulta de una amplia recepción del ideario de la escuela de Savigny sobre esta temática.

El artículo 3° de la Ley I del Libro Primero del Código Civil de 1862, inspirado en el Código Civil chileno dispuso que “Las personas son naturales o jurídicas. Se llama persona jurídica una persona ficticia capaz de ejercer derecho y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial o extrajudicialmente”. A esta definición de las personas jurídicas como “*persona ficticia*” el Código Civil de 1867 agregó en su artículo 29, tomado del Proyecto de Código Civil para España de Florencio García Goyena, que “Las corporaciones, establecimientos y asociaciones reconocidas por la ley, se consideran personas jurídicas para el ejercicio de los derechos civiles”. De tal modo, al carácter *ficticio* de

³¹ *Código Civil de Venezuela*, artículos 19 a 40, Caracas, UCV, p. 18.

la persona jurídica se unió la nota del *reconocimiento legal* de la personalidad jurídica. El artículo 13 del Código Civil de 1873, expresó: “Las personas son naturales o jurídicas. Todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo o condición son personas naturales. La Nación, las entidades políticas que la componen, las iglesias, corporaciones, establecimientos y asociaciones no prohibidas por la ley, y en general todos los cuerpos o seres morales legalmente reconocidos se consideran personas jurídicas”. Hay un intento de cambiar el concepto de persona jurídica “*reconocidas por la ley*” por el concepto más liberal de asociaciones “*no prohibidas por la ley*”, aunque finalmente se exprese que se consideran personas jurídicas los cuerpos o seres morales “legalmente reconocidos” se consideran personas jurídicas, con lo cual se reafirma la doctrina del reconocimiento legal para la adjudicación de la personalidad jurídica.³² Esa misma disposición se repite en los Códigos de 1896 y 1904.

En cuanto a la evolución legislativa de la regulación de las personas jurídicas *stricto sensu* en la ley civil, es preciso señalar como un hito el debate que en 1912 se suscitó en el seno de la Comisión Revisora del Código Civil de 1904, que se tradujo en una amplia discusión sobre la materia, de cuya confrontación surge, casi textualmente, el artículo 19 del Código Civil vigente.³³

El doctor José Loreto Arismendi propuso en efecto en el seno de la Comisión la reforma del artículo 13 del Código Civil de 1904, con el objeto de regular con precisión la adquisición de personalidad jurídica de los entes colectivos. La moción originaria del doctor Arismendi fue concebida así:³⁴

³² Ha sido señalado que con la expresión “no prohibidas por la ley” se quiso concordar el Código Civil con el Decreto de 3 de febrero de 1837 por el cual se declaraban vigentes las leyes colombianas de 6 de agosto de 1821 y 4 de marzo de 1826, sobre supresión de conventos.

³³ *Código Civil de Venezuela, Cit.*, p. 20.

³⁴ Como se explica en la relación de los trabajos de la Comisión Revisora de los Códigos Civil y de Comercio, presentada por el doctor José Loreto Arismendi (citada en “Código Civil de Venezuela”, *Cit.* p. 42), el fundamento de su proposición fue la consideración de no haber sido propósito del legislador erigir de antemano en personas jurídicas a todas las agrupaciones privadas de

Las personas son naturales o jurídicas. Todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo o condición, son personas naturales.

La Nación, las entidades políticas que la componen, las iglesias, universidades y en general todos los cuerpos morales *legalmente reconocidos*, son considerados personas jurídicas y, por tanto, capaces de derechos y obligaciones.

Las asociaciones lícitamente establecidas que no tengan por objeto operaciones de índole económica, adquirirán la capacidad jurídica por una manifestación de sus directores ante el Registro Público de su jurisdicción y por la publicación de sus estatutos; a falta de disposiciones especiales, la asociación que tenga por objeto operaciones de índole económica adquirirán la capacidad jurídica por *concesión otorgada por el Estado*.

El doctor José Santiago Rodríguez apoyó en líneas generales la moción de José Loreto Arismendi, pero con salvedades, lo que dio lugar a que el Presidente de la Comisión, doctor Emilio Constantino Guerrero, designara una comisión formada por ambos juristas para elaborar una moción común, la cual, una vez presentada, fue apoyada con reservas por el doctor Cristóbal Mendoza, pero adversada por el doctor Carlos F. Grisanti, quien hizo una nueva propuesta, la cual fue apoyada a su vez por el doctor Emilio Constantino Guerrero.

El proyecto presentado conjuntamente por los doctores José Loreto Arismendi y José Santiago Rodríguez, en su parte pertinente a las personas jurídicas, expresaba:

existencia lícita, asunto que en su opinión debía regularse con precisión; que los códigos modernos han comprendido y establecido que es indispensable el reconocimiento por parte de la ley para que dichas entidades morales tengan capacidad jurídica, “pues, sin esa previa autorización, se ocasionarían grandes incertidumbres sobre el estado de derecho de esas entidades invisibles, y lo que es peor, podrían cometerse muchos abusos por las voluntades humanas fraudulentas”. Puntualizando Arismendi que su parecer se inclina por la disposición del Código Civil alemán. La posición del doctor Grisanti era totalmente otra, ya que éste sustentaba la tesis de que “constituida una corporación con fin lícito, es, *ipso ipso*, persona jurídica sin permiso de autoridad alguna”, esto es, el reconocimiento pleno del principio de la libertad corporativa.

Artículo 15. La Nación, las entidades políticas que la componen, las iglesias, las universidades y los demás establecimientos de carácter público, reconocidos por un acto legislativo, son personas jurídicas y por lo tanto capaces de obligaciones y derechos.

Son también personas jurídicas las asociaciones lícitamente establecidas de índole no económica que tenga un fin científico, artístico o de recreación, o cualquier otro fin intelectual o moral, siempre que manifiesten su propósito de adquirir dicha personalidad ante el Registro Público del lugar donde tengan su domicilio.

Las asociaciones de índole lucrativa, salvo disposiciones especiales de las leyes, las asociaciones de carácter religioso que no sean de las prohibidas por alguna ley especial de la República, y las asociaciones que se propongan un fin de beneficencia, gozarán de la capacidad propia de las personas jurídicas, siempre que esta capacidad les sea otorgada por un acto del Poder Legislativo.

Es necesario destacar también la proposición relativa a los bienes que fue incluida en el artículo 18:

Artículo 18. Las asociaciones de carácter religioso y las que se formen con un fin de beneficencia, no podrán adquirir otros inmuebles, por cualquier título que sea, sino el edificio necesario para el fin con que se las constituyeron.

Las asociaciones de carácter económico, distintas de las anteriores, tampoco podrán adquirir bienes inmuebles fuera de la casa o local destinado a la administración de la asociación o para la reunión de sus miembros.

Como adición al proyecto que presentara conjuntamente con el doctor José Santiago Rodríguez, el doctor José Loreto Arismendi presentó así mismo a la Comisión una moción personal, algunos de cuyos aspectos es necesario destacar:

Artículo 13. Las personas son naturales y jurídicas. Todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo o condición, son personas naturales.

Se llama persona jurídica, todo ser *ficticio*, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones.

Artículo 15. La Nación, las entidades políticas que la componen, las iglesias, universidades, y en general, todos los seres o cuerpos morales *legalmente reconocidos*, son considerados como personas jurídicas y, por lo tanto, capaces de obligaciones y derechos.

Las asociaciones lícitamente establecidas, de índole no económica y que tengan por objeto fines científicos, literarios, artísticos, profesionales o para el recreo de sus miembros adquirirán la capacidad jurídica por una manifestación de sus directores ante el Registro Público de su jurisdicción, que se insertará en el Protocolo respectivo; y por la publicación de sus estatutos, y, a falta de disposiciones especiales, la asociación que tenga por objeto operaciones de índole económica, adquirirá la capacidad jurídica por concesión otorgada por el Poder Legislativo.

Artículo 22. Podrá privarse a la asociación de la capacidad jurídica, cuando por una resolución de la asamblea, o por actos ilegales de la dirección, comprometa el interés público.

También perderá la capacidad jurídica que se la haya reconocido, la asociación que persiga un fin distinto al fijado en los estatutos.

De este modo el doctor José Loreto Arismendi retomó sus ideas personales en torno al carácter ficticio de la personalidad jurídica y la necesidad de su reconocimiento legal.

En la sesión del 6 de febrero de 1913 se le impartió aprobación en el seno de la Comisión a un texto relativo al régimen de las personas jurí-

dicas basado en la proposición conjunta de los doctores Arismendi y Rodríguez, pero que incluía así mismo algunas ideas provenientes de los otros proyectos en mesa.³⁵ Sin embargo, al ser reestructurada la Comisión hubo lugar a que fuera considerada nuevamente la cuestión y el doctor Federico Urbano presentó una nueva moción, coincidente con la opinión previamente emitida por el doctor Grisanti, la cual fue aprobada. Este texto fue finalmente sometido a la aprobación del Senado por el Ministro de Relaciones Interiores en 1915. En dicho texto se expresa:

Artículo 15. La Nación, las entidades políticas que la componen, las iglesias, universidades, y en general, todos los seres o cuerpos morales de carácter público, son personas jurídicas, y, por lo tanto, capaces de obligaciones y derechos.

Las asociaciones lícitamente establecidas adquirirán personalidad jurídica con la protocolización de su acta constitutiva en la Oficina Subalterna de Registro del Departamento o Distrito en que hayan sido creadas, donde se archivará un ejemplar auténtico de sus estatutos.

³⁵ Según puede leerse en la citada obra *Código Civil de Venezuela*, el texto de los artículos aprobados en el seno de la Comisión Revisora del Código Civil de 1904 en su 15a. sesión celebrada el 6 de febrero de 1913, en lo pertinente, rezaba: "Artículo 15. La Nación, las entidades políticas que la componen, las iglesias, las universidades y los demás establecimientos de carácter público reconocidos por un acto legislativo, son personas jurídicas, y, por lo tanto, capaces de obligaciones y derechos. Son también personas jurídicas las asociaciones lícitamente establecidas de índole no económica que tengan un fin científico, artístico o de recreación o cualquier otro fin intelectual o moral, siempre que manifiesten su propósito de adquirir dicha personalidad ante el Registro Público del lugar donde tengan su domicilio. Las asociaciones de carácter religioso que no sean de las prohibidas por alguna ley especial de la República, y las asociaciones que se propongan un fin de beneficencia, gozarán de la capacidad propia de las personas jurídicas, siempre que esta capacidad les sea reconocida por un Decreto del Poder Ejecutivo. Unico. Las asociaciones de índole lucrativa, civiles o mercantiles, se regirán por las disposiciones legales que les conciernen.- Artículo 20. Por decisión judicial, y a solicitud del Poder Ejecutivo Federal o el de los Estados, en sus casos, podrá privarse a la asociación de la capacidad jurídica, cuando persiga un fin distinto del fijado en los estatutos, o cuando por una resolución de la asamblea o por actos ilegales de la dirección, comprometa el interés público." Ni las asociaciones de carácter religioso, ni las que se propongan fines de beneficencia, así como tampoco las asociaciones de carácter no económico, podrían adquirir otros bienes inmuebles diversos a los que sirvieran de sede a sus actividades.

El acta constitutiva expresará: el nombre, domicilio, objeto de la asociación, y la forma en que será administrada y dirigida. Protocolizarán igualmente, dentro del término de quince días, cualquier cambio en sus estatutos.

Las sociedades civiles y mercantiles se rigen por las disposiciones legales que les conciernan.

Nótese que el doctor Grisanti, al apoyar la moción del doctor Urbano, señaló: “El proyecto negado contiene dos innovaciones que no son en mi concepto, acertadas, a saber: la que impone a las asociaciones religiosas, no prohibidas por la ley especial y a las que se propongan un fin de beneficencia, la necesidad de ser reconocidas por el decreto ejecutivo, para adquirir la capacidad de las personas jurídicas; y la que restringe a las propias asociaciones y a las demás de carácter no económico, la facultad de adquirir inmuebles ...(*omissis*)... pero es justo que la asociación no pueda tener existencia jurídica respecto de los terceros sino cuando ha sido declarada y publicada, sin que, por otra parte, sea necesario autorización alguna. Ahora bien, desde que la asociación ha sido declarada y publicada, debe gozar de plena capacidad dentro de los límites, bien entendido, del fin que se ha propuesto, porque este fin es la razón misma de su nacimiento y ha de determinar la órbita de su acción”.

La moción del doctor Urbano, propuesta con el apoyo del doctor Grisanti, obtuvo el voto de la mayoría y fue aprobada con el voto salvado de varios de los miembros de la Comisión. Especialmente contrastante fue la opinión de los doctores Arismendi y Rodríguez, quienes consideraron excesivamente liberal la posición sustentada por Urbano, además de que a su juicio, tal libertad excesiva entrañaba peligros para el Estado y por considerar que el régimen legal que habían propuesto ellos en nada restringía la libertad. El doctor Cristóbal Mendoza salvó así mismo el voto, manifestando su acuerdo con los doctores Arismendi y Rodríguez “excepto en cuanto a la disposición del proyecto en cuestión que impone la necesidad de la aprobación ejecutiva para el reconocimiento de las asociaciones de carácter benéfico y religioso y a la que faculta al Poder Ejecutivo para pedir al judicial la disolución de las sociedades que no llenen sus fines...”. El doctor Arismendi manifestó en su voto salva-

do que advertía en la proposición del doctor Urbano un exceso de libertad en cuanto a la creación de las personas jurídicas, y, lo que es más inaceptable aún, en cuanto a la capacidad de las mismas. Señalaba Arismendi con notable escepticismo, que no debía alegarse a favor de tal ordenación la diversidad de las teorías con que en Francia y Alemania se defiende la ficción o realidad de los entes morales. Sean éstos una ficción de la ley, sean una realidad concreta, o bien una simple forma de la sociedad colectiva, es este un asunto que sólo atañe a la naturaleza de los entes morales e influirá sólo en la definición que de ellos se dé. “Sea cual fuere la teoría que triunfe, siempre quedan en pie los mismos problemas de la libertad de creación, salvo excepciones de los límites de la capacidad que ha de acordarse y de la necesaria intervención del Estado, o sea, del Gobierno, por lo que pueda importar al interés público”. Por su parte, el doctor Rodríguez expuso en su voto salvado no haber encontrado justificación suficiente para la modificación de la reforma previamente votada en la sesión de la Comisión del día 6 de febrero, ya que en lugar de discrepancias de fondo apreciaba una notable coincidencia con la proposición del doctor Urbano. “Pero hay —dijo— dos puntos esenciales en que si discrepa la moción de hoy del acuerdo a que antes se había llegado. Ésta hace una distinción al tratar de las asociaciones de índole no económica, y sujeta las asociaciones de carácter religioso y las que se proponen un fin benéfico, a que el Poder Ejecutivo les confiera, por un decreto, la capacidad de personas jurídicas, y apruebe sus estatutos; restringiendo, por otra parte, la facultad de estas asociaciones en cuanto a la adquisición de inmuebles, lo cual hace extensivo también a las demás asociaciones de índole no económica”. En su opinión, tales restricciones no debían ser consideradas contrarias al derecho de asociación, ni restrictivas del derecho natural ni al derecho constitucional, sino a la tesis de quienes pretenden que todas las asociaciones deben tener la capacidad propia de las personas morales, lo que no puede estar ni en el derecho natural ni en el derecho constitucional.

En el Senado la discusión del 6 de mayo de 1916 se centró en la cuestión de la personería jurídica de los seminarios. En la sesión del Senado del 2 de junio de 1916 se trató nuevamente este asunto y la moción del senador Olavarría Matos orientada a suprimir la mención de los seminarios, sometida a votación, fue rechazada.

La inclusión de las fundaciones en el Código Civil fue considerada en la sesión de la Comisión Codificadora Nacional celebrada el 27 de noviembre de 1936 a proposición del doctor Alejandro Urbaneja y se decidió formar una comisión integrada por los doctores Alejandro Urbaneja, Cristóbal Mendoza y Borjas, siendo finalmente presentado el proyecto de articulado por el doctor Urbaneja: “Considéranse así mismo personas jurídicas, las fundaciones, creadas por acto entre vivos o testamentarios, y con sujeción a las normas establecidas en el Código de Procedimiento Civil, incursas en la Parte Segunda de los procedimientos especiales no contenciosos”. Para cuya finalidad se propuso la correspondiente reforma del artículo 801 del Código de Procedimiento Civil. El doctor Celestino Farrera presentó también a la Comisión Codificadora Nacional el 1º de diciembre de 1936 un proyecto de disposiciones sobre las fundaciones inspirado en el Código Civil suizo de 1907.

En la sesión de la Comisión Codificadora Nacional celebrada el 21 de octubre de 1938, a proposición del doctor Morales, fue aprobado el texto del artículo 19 del Proyecto de Código Civil, así como las normas relativas a las fundaciones, previéndose que sólo podrían crearse con un objeto de utilidad general: artístico, científico, literario, benéfico o social y que las mismas quedarían sometidas a la supervigilancia del Estado, quien la ejercería por intermedio de los respectivos jueces de primera instancia, ante los cuales debían rendir cuenta los administradores.

Por las antes indicadas razones, en la Exposición de Motivos del Proyecto de Código Civil de 1942 se expuso: “la Sección Segunda del mismo Capítulo, que en el Código tiene un solo artículo, en el proyecto consta de cinco. En el primero, o sea, en el artículo 19 (equivalente al 17 en el Código en vigor), además de las modificaciones que mejoran su redacción, se establece la generalización ‘de cualquier credo’ para las iglesias, y se incluyen entre las personas jurídicas a las corporaciones y fundaciones lícitas de carácter privado, permitiendo que estas últimas puedan establecerse también por testamento. Se observa además, en este artículo, la sustitución, en el último aparte, de la palabra ‘asociaciones’ por la de ‘sociedades’, por considerársela más apropiada”.

Como se ha visto, ni los trabajos preparatorios ni los debates parlamentarios que condujeron a la regulación de la personalidad de las entidades colectivas del Código Civil vigente revelan el substrato ideológico de la personalidad jurídica ni arrojan nuevas luces sobre la naturaleza del instituto. La afirmada originalidad de la regulación legal de las personas jurídicas plasmada en el artículo 19 del Código Civil es de tal modo puramente aparente.³⁶ De ahí que con miras al propósito de dilucidar la naturaleza del instituto sea necesario recurrir al estudio del proceso de formación histórica y de la fundamentación de la persona jurídica, que en mayor medida que una esencia lógica parece poseer una historia llena de vicisitudes.

3. LA ELABORACIÓN HISTÓRICA DEL CONCEPTO DE PERSONA JURÍDICA

La doctrina es inusualmente acorde en cuanto considera que el derecho romano antiguo ignoró el concepto de persona jurídica, que fue desconocido así mismo por el derecho germánico. Pero también ha sido dicho³⁷ que para responder cumplidamente a la pregunta de cómo se concebía la asociación humana en la antigüedad, sería necesario dedicarle toda la vida a su estudio. Las notas o apuntaciones que siguen, no pretenden, por consiguiente, ser más que una lejana aproximación tan discreta como sea posible al tema de la formación histórica del concepto de personalidad jurídica.

3.1 DERECHO ROMANO

F. Ferrara³⁸ ha puntualizado que desde la más remota antigüedad, el Estado y otros entes colectivos eran sujetos de una potestad jurídica,

³⁶ Véase *supra* nota 28.

³⁷ F. de Castro y Bravo, *Formación y deformación del concepto de persona jurídica (notas preliminares para el estudio de la persona jurídica)*, originalmente publicado en el Libro *Centenario de la Ley del Notariado*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1964 y luego incluido en la antes citada obra *La persona jurídica*, Editorial Civitas, Madrid, 1984, p. 137, con cita de Gierke: "*Genossenschaftrecht*", 1881, v. III, p. 5.

³⁸ *Teoría...*, Cit. p. 21.

pero no eran, en cambio, sujetos privados, toda vez que el *ius privatum* se agotaba exclusivamente en los individuos y era, por consiguiente, un *ius singulorum*. El concepto de sujeto de derecho, de persona, tenía solamente aplicación entre los ciudadanos privados; el derecho estatual, en cambio, era derecho objetivo, complejo de normas en que el pueblo mismo o sus representantes ejercían la soberanía y, por ende, un sujeto de suyo colectivo. Por esto –dijo así mismo Ferrara– no puede hablarse tampoco en el derecho romano antiguo de una personalidad del Estado: el Estado estaba, sí, investido de una subjetividad pública en virtud de la cual obraba libremente para la consecución de sus fines, pero era único en su especie, y estaba por encima y fuera del derecho privado. Donde estaba el Estado romano, desaparecía el derecho privado. Por esto el Estado no era persona jurídica. El concepto de personalidad del Estado en el comercio privado era completamente extraño al sentido jurídico de la República. No se separaba el Estado como soberano y como legislador del Estado como sujeto activo o pasivo de derechos patrimoniales.

Sin embargo, fue a semejanza del Estado que se modelaron luego los entes colectivos, aunque lo sustancial es la cuestión de cuando estos entes públicos fueron o pudieron ser considerados personas jurídicas, es decir, sujetos de relaciones iguales y al lado de las personas físicas. Ha señalado Ferrara que en la antigua constitución romana se encuentran colectividades que podrían hacer pensar en las personas jurídicas, pero que éstas, sin embargo, deben ser consideradas también como *corpi publici*, partes u órganos del Estado que llegan a ser autónomas. Es el caso de los Colegios Sacros, Colegios de Pontífices, de Sacerdotes o de Feciales, que ejercían el culto de los dioses públicos, cuyos bienes provenían de una dotación del Estado y formaban parte del *ager publicus*. También los bienes adquiridos por los dioses en virtud de negocios sagrados: *dedicatio et votum*, si bien aparecían como pertenecientes a las divinidades, de hecho eran adquiridos por el Estado con la destinación durable a los fines religiosos del culto público. Las *res sacrae* se encuentran, en efecto, al lado de las *res publicae*, y en la misma condición de las *res extra commercium*.

De especial interés para la comprensión del proceso que condujo a la personificación es la situación de las *civitatis* o *municipia*, que eran ori-

ginalmente consideradas como ciudades libres o Estados y que al ser sometidas perdían su existencia política, y eran absorbidas por el Estado romano, el cual, por otra parte, les concedía cierta autonomía. Por la *lex municipalis*, dice Ferrara siguiendo a Mommsen, recibían una constitución que imitaba en miniatura la constitución del Estado romano, con Asambleas, Senado u otros Magistrados, cuya semejanza se reflejaba también en la terminología: la caja municipal era denominada *aerarium*, la comunidad se llamaba *populus* y el patrimonio municipal era llamado *res publica*. De este modo, los municipios eran parte del Estado romano, formaban entes comunales y de descentralización dentro de la unidad del Estado.

En Roma las colectividades formaban unidades o entidades públicas, partes separadas o derivadas del único originario y soberano sujeto de todos los derechos públicos, que era el Estado.³⁹ Ese carácter público, sagrado o estatual, caracteriza a las colectividades durante la República y aun durante el Imperio. A los individuos se contraponen los entes colectivos, no como asociaciones privadas, sino siempre en la forma de *corpi publici*. Las colectividades en el derecho romano se presentaron siempre como entes públicos.

Según explica Ferrara, el concepto de persona jurídica se desarrolla en el tiempo del Imperio, y da ocasión para la constitución de los *municipia*. Como se ha dicho, a las ciudades conquistadas y atraídas políticamente a la órbita del Estado romano, se les otorgaba estatutos y se les concedía cierta autonomía, pero también, al anular su existencia política, al ser absorbidas por el Estado romano, sólo les restaba y se les reconocía la capacidad privada, permitiéndoseles participar en el derecho privado. “Así vemos, en virtud de esta posición jurídica híbrida, los municipios decaídos de su primitiva soberanía y reducidos a miembros autónomos de otro ente, ser sometidos a las reglas del *ius singulorum*; por consiguiente, demandados ante los jueces por el procedimiento civil, en suma, tratados como ciudadanos. Junto a las personas físicas se dibujan estos otros entes, personas jurídicas”.⁴⁰

³⁹ O. von Gierke, *Die Staats und Korporationslehre des Alterthums und des Mittelalters*, p. 69, citado por F. Ferrara.

⁴⁰ F. Ferrara, *Teoría...*, Cit. p. 28, con cita de Savigny, Kuntze, Liebenam y Sohm.

Aquí comienza precisamente la elaboración del concepto de persona jurídica. El sistema de tratar a los municipios como sujetos privados se difundirá y será aplicado a otros entes colectivos. Los *collegia* se constituyen corporativamente a imitación de los *municipia* y adquieren, como ellos, la capacidad privada. Así el Digesto 3,4 I, I, expresa: “*Quibus autem permissum est corpus habere collegii societatis sive cuiusque alterius eorum nomine: proprium est ad exemplum Reipublicae habere res communes, arcam communem et actorem sive syndicum, per quem, tamquam in Republicae quod communiter agi fierique oporteat, agatur, fiat*”.⁴¹ De ahí que la capacidad jurídica consista en dos notas esenciales: patrimonio propio (*arcam communem*) y la representación en juicio (*actorem vel syndicum*) que se extienden gradualmente a todas las asociaciones lícitas reconocidas como patrimonialmente capaces. La capacidad fue considerada sin embargo como intrínseca o propia a la existencia del cuerpo público reconocido por el Estado, que se producía espontáneamente. “No puede hablarse en el derecho romano, como se hace por los modernos, de una concesión de personalidad; la personalidad era dada por la existencia del ente”.⁴² La subordinación al derecho privado de las entidades de derecho público, iniciada por la *civitates* y extendida a los *collegia*, terminaría por aplicarse al Estado que considerado desde el punto de vista patrimonial se denomina entonces *Fisco* y entra en la categoría de las personas jurídicas.

La extensión del concepto de personalidad jurídica se revela de modo patente en el conocido pasaje de Florentino que pretende proporcionar por vía de analogía una explicación de la herencia yacente para justificar que las cosas de la herencia cuyos bienes sin dueño permanecían unidas después de la muerte del causante y hasta la *aditio* por el heredero, en D. 46, 1 22: “*Mortuo reo promittendi et ante aditam hereditatem fideiussor accipi potest, quia hereditas personae vice*

⁴¹ Del Título IV *Quod Cuiuscunque Universitatis Nomine, Vel Contra Eam Agatur*, en *Corpus Iuris Civilis Justinianei*, Tomus I, Augustae Taurinorum, MDCCCLVII, cita que vertida al castellano expresa: “Los que pueden constituirse como colegio, sociedad o cualquier otra corporación, tienen, como si fueran una ciudad, bienes comunes, caja común y un apoderado o síndico por medio de quien, como en una ciudad, se trate y haga lo que deba tratarse y hacerse en común”.

⁴² F. Ferrara, *Teoría...*, Cit. p. 30.

fungitur, sicuti municipium, et decuria, et societas".⁴³ Sin embargo, en la jurisprudencia clásica no se les aplica a estos entes capaces el apelativo de *persona*.

La cuestión esencial es la determinación de a quién debía reconocerse como sujeto de estas unidades jurídicas, de las *universitates* y *corpus*, y dónde surge el concepto de la personalidad jurídica. De las *universitates* se dice en las fuentes que tienen sus propias deudas y que de ellas responden y no así sus miembros individuales; mientras que el *corpus habere* tenía por consecuencia la tenencia de las cosas en común y la facultad de actuar por su propio representante. Así lo confirma el pasaje de Ulpianus en D. 3, 4, 7, 1: "*Si quid universitati debetur, singulis non debetur: nec, quod debet universitas, singuli debet*",⁴⁴ en cuanto concierne a la responsabilidad por el débito, y el previamente citado pasaje de Gaius D. 3, 4, 1, 1, en cuanto al *corpus habere*: "*Quibus autem permissum est corpus habere collegit, societatis, sive cuiusque alterius eorum nomine: proprium est, ad exemplum Reipublicae, habere res communes, arcam communem, & actorem sive syndicum, per quem, tanquam in Republica, quod communiter agi sieri que oporteat, agatur, fiat*".⁴⁵ Respecto de la facultad de actuar por representante corresponde referirse, *inter alia*, al pasaje de Ulpianus en D. 2, 4, 10, 4: "*Qui manumittitur a corpore aliquo, vel collegio, vel civitate, singulos in ius vocavit: nan non est illorum libertus: sed Reipublicae honorem habere debet: & si adversus Rempublicam, vel universitatem velit experire, veniam Edicti petere debet*

⁴³ En *Corpus Iuris Civilis Justinianei*, Tomus III, Augustae Taurinorum, MDCCLVII, cita que vertida al castellano expresa: "Puede afianzarse cuando el promitente ha muerto y su herencia todavía no ha sido objeto de *aditio*, pues la herencia hace de persona, como un municipio, una curia municipal o una asociación". Las palabras "*personae vice fungitur*", expresan en definitiva, en el texto de Florentino, un intento de justificación por analogía, a partir de otras situaciones tan anómalas como la herencia yacente, como es el caso de los *collegia*, *municipia* y las *societatis publicanorum*, esto es, de aquellas masas de bienes de cuya titularidad unitaria no había duda, pero cuyo dueño no era un hombre determinado. Los bienes en sí mismos y los grupos de hombres considerados de modo unitario, eran *universitas* y *corpus*.

⁴⁴ En *Corpus Iuris Civilis Justinianei*, Tomus I, Augustae Taurinorum, MDCCLVII, cita que vertida al castellano expresa: "Si se debe algo a una corporación, no se debe a cada uno de los miembros ni lo que debe la corporación lo adeuda cada uno de ellos"

⁴⁵ *Op. loc. cit.*

quamvis actorem eorum constitutum in ius fit vocaturus".⁴⁶ Por otra parte, el patrimonio de la corporación no está bajo el condominio de los síndicos, sino que constituye una propiedad separada e individual del ente como resulta del pasaje de Marcianus, D. I, 8, 6, 1: "*Universitatis sunt, non singulorum, vel uti, quae in civitatibus sunt theatra, & stadia, & similia, & si qua alia sunt comuna civitatum idioque nec servus comunis civitatis singulorum pro parte intelligitur, sed universitatis. Et ideo tam contra civem, quam pro eo, posse servum civitatis torqueri...*".⁴⁷

La primitiva concepción conforme a la cual los sujetos de derecho serían los miembros singulares de la ciudad –los particulares asociados– será superada desde el derecho romano clásico, que llegó a distinguir netamente entre la *universitas* y los *singuli*. La totalidad es contrapuesta a los miembros, es un ente distinto: un tercero. Por eso se decide que el esclavo manumitido por el colegio puede convenir en juicio a los asociados, como se expresa en el antes citado pasaje D. 2, 4, 10, 4, y por eso, así mismo, si alguno es nombrado actor en juicio por el Municipio, no debe entenderse que representa a los ciudadanos particulares, como se dice claramente en el pasaje de Ulpianus D. 3, 4, 2: "*Si municipes, vel aliqua universitas ad agendum det actorem: non erit dicendum, quiasi a pluribus datum fic haberi: hic enim pro Republica vel universitate intervenit, non pro singulis*".⁴⁸ Es posible, por consi-

⁴⁶ En *Corpus Iuris Civilis Justinianei*, Tomus I, Augustae Taurinorum, MDCCLVII, cita que vertida al castellano expresa: "El que fue manumitido por una corporación, asociación o ciudad, podrá citar en juicio a cada uno de sus miembros, pues no es su liberto, pero debe respetar a la ciudad, y, si quiere demandar a la misma o a la corporación, debe pedir la venia del edicto, aunque haya de citar en juicio al representante constituido por aquellas".

⁴⁷ En *Corpus Iuris Civilis Justinianei*, Tomus I, Augustae Taurinorum, MDCCLVII, cita que vertida al castellano expresa: "Son de la colectividad, no de los particulares, como los teatros que hay en las ciudades, por ejemplo, los estadios, y otras cosas semejantes, que pertenecen en común a las ciudades. En consecuencia, el esclavo común de la ciudad no se entiende que es parte de cada persona, sino de la colectividad, por ello el esclavo puede ser sometido a tortura [para que declare] tanto en contra como a favor de un ciudadano...".

⁴⁸ En *Corpus Iuris Civilis Justinianei*, Tomus I, Augustae Taurinorum, MDCCLVII, cita que vertida al castellano expresa: "Si los miembros de un municipio o de alguna corporación nombrasen representantes para ejercitar una acción, no se habrá de decir que se tengan nombrados por varios individuos, porque actúan éstos por la ciudad o por la corporación, no por cada uno de sus miembros".

guiente, como lo pone de manifiesto Ferrara, que se establezcan relaciones jurídicas entre el todo y los particulares. Si un colegio es instituido heredero con el encargo fideicomisario de restituir a alguno de sus miembros, la restitución hecha por el colegio vale, porque no se entiende en tal caso que algún miembro se restituye a sí mismo, como lo expresa el pasaje de Ulpianus D. 36. I. I. 15: “*Si autem collegium vel corpus fit, quod rogatum est restituere: decreto eorum, qui sunt in collegio vel corpore, in singulis, inspecta eorum persona, restitutionem valere: nec enim ipse sibi videtur quis horum restituere*”.⁴⁹ Y, por último, es preciso señalar también que la corporación como cosa ideal, subsiste aunque sus miembros varíen y aún si se reducen a uno, la corporación permanece sin confundirse con este último como se explica en el pasaje de Ulpianus, D. 3, 4, 7, 2: “*In Decorionibus, vel aliis universitatibus nihil refert utrum omnes idem maneant, an pars maneant, vel omnes immutati fiant. Sed si universitas a unum redit: magis admittitur, posse eum convenire, & conveniri: cum ius omnium in unum reciderit; & stet nomen universitatis*”.⁵⁰

Como explica Ferrara,⁵¹ de las fuentes resulta que la *universitas* es una unidad. Una unidad indeterminada de personas, la unidad anónima de una pluralidad de sujetos que se renuevan. Esta unidad es intelectual, incapaz de querer y de obrar como dice Paulo al tratar de la adquisición de la posesión, D. 41.2. I, 22: “*Municipes per se nihil possidere possunt, quia universi consentire non possunt*...”.⁵² Por consiguiente –cree Ferrara–

⁴⁹ En *Corpus Iuris Civilis Justinianei*, Tomus I, Augustae Taurinorum, MDCCLVII, cita que vertida al castellano expresa: “Si el ruego de restitución se hace a una asociación o corporación, a favor de alguno de los que la componen, vale la restitución decretada por todos ellos en consideración a la persona individual de cada uno, pues no se estima que ninguno de los que la componen se haga la restitución a sí mismo”.

⁵⁰ En *Corpus Iuris Civilis Justinianei*, Tomus I, Augustae Taurinorum, MDCCLVII, cita que vertida al castellano expresa: “Tratándose de decuriones o de otras corporaciones, nada importa que continúen los mismos, que queden algunos o que todos hayan cambiado, pero si la corporación se redujo a uno solo, lo más aceptado es que puede demandar y ser demandado, ya que el derecho de todos se concentró en él y subsiste el nombre de la corporación”.

⁵¹ F. Ferrara, *Teoría...*, Cit., p. 34.

⁵² En *Corpus Iuris Civilis Justinianei*, Tomus I, Augustae Taurinorum, MDCCLVII, cita que vertida al castellano expresa: “Los municipes nada pueden poseer por sí mismos, pues no pueden consentir todos unánimemente...”

la *universitas* constituye un ente único, ideal, distinto de la pluralidad de sus miembros, un sujeto diferente creado al lado de los particulares reunidos en asociación, un nuevo individuo jurídico que la ley añade a la pluralidad colegiada. “Que esto signifique ficción, como creen Savigny y Gierke, no es cosa probada; el derecho romano no se perdía en especulaciones teóricas, sino que ha constatado simplemente el hecho de que el *corpus* es un sujeto nuevo y distinto de los miembros incorporados”. El que esta unidad deba tratarse como persona física, deba tener un patrimonio, no quiere decir que sea concebida de una manera antropomórfica, sino solamente que es parificada al hombre en su posición jurídica. El hombre —explicó— servirá como paralelo, como tipo de parangón, en la medida de la capacidad, pero es inexacto decir que la *universitas* se finge como un hombre entre los demás asociados; por el contrario, la *universitas* es reconocida como el hombre, capaz de derechos patrimoniales.

De este modo, en opinión de Ferrara,⁵³ se dibuja la diferencia entre *universitas* y *societas*. La sociedad —dijo— es una relación jurídica, la *universitas* un sujeto jurídico. La sociedad, es su opinión, no es otra cosa que un vínculo contractual entre los socios; pero los socios son siempre sujetos, adquieren derechos, se obligan, responden personalmente con su patrimonio: la sociedad no existe al exterior, con respecto a terceros. En la corporación, que es independiente de la individualidad de los asociados, por el contrario, los asociados aparecen absorbidos en una unidad ideal que se presenta en el comercio como una nueva magnitud. Es ella la titular de los derechos y obligaciones, la que hace contratos, la que comparece en juicio y no así los miembros, que respecto de ella son extraños. Las personas jurídicas romanas fueron siempre cuerpos públicos, porque el derecho romano no reconoció corporaciones privadas. Su capacidad era considerada como la concesión de un privilegio y podía ser concedido dejando parcialmente inalteradas las relaciones entre los miembros, y sobreponerse a ellas, por lo que una *societas* puede *corpus habere*. El derecho romano no reconoce más que las corporaciones y no las instituciones como las personas jurídicas.

⁵³ F. Ferrara, *Teoría...*, *Cit.*, p. 35 y 39.

De donde parece que los conceptos de persona y persona jurídica privada no tienen su origen en el derecho romano. Este concepto más reciente, por el contrario, se fue formando posteriormente y por etapas, bajo la influencia de las circunstancias y de las exigencias sociales y culturales de cada época, aunque el influjo de Roma y sus instituciones haya sido significativo.

3.2 DERECHO GERMÁNICO

Como ha sido dicho, el derecho germánico no conoce de las personas jurídicas sino únicamente de las personas físicas. No llegó a concebir una entidad ideal diversa de los individuos asociados.

Heusler, a quien cita Ferrara,⁵⁴ al examinar la naturaleza de las asociaciones que se designan en alemán como *Genossenschaften*, ha sostenido que éstas son personas jurídicas porque en su opinión no puede desconocerse que el derecho alemán había distinguido tales figuras como entes ideales de la comunión sin subjetividad jurídica. Heusler, sin embargo, no pudo resolver las innumerables dificultades que resultan de las relaciones y de la contraposición entre los derechos de los asociados limitados por la propiedad del ente. En las comunidades de villa o de marca, la marca pertenecía a un ente distinto de los comarcanos. Esta asociación consistía en una personalidad colectiva que era una unidad jurídica y una pluralidad coaligada, de modo que la propiedad colectiva reposaba en el entrecruzamiento de la unidad total y de la pluralidad. En la *Genossenschaften*, como escribió Georg von Beseler, las personas se reúnen y forman, para fines duraderos de la totalidad, un nuevo ente jurídico común; pero, por otra parte, para una serie de objetos individuales, están ligadas bajo una simple pluralidad social.

Ha sido la coexistencia y el entretrejimiento entre los derechos de la unidad y de la pluralidad lo que ha llevado a otros autores a conclusiones diversas. Beseler, a quien también cita Ferrara,⁵⁵ observaba que a

⁵⁴ F. Ferrara, *Teoría...*, Cit., p. 45.

⁵⁵ F. Ferrara, *Teoría...*, Cit., p. 47.

diferencia del derecho romano, en el que la reunión de los hombres para fines determinados sólo puede presentarse en dos formas agudamente contrapuestas, la *universitas* y la *communio*, el derecho alemán conoce una figura intermedia entre estas dos, o, mejor, una fusión orgánica de los dos conceptos, “porque en las asociaciones el derecho de la totalidad se encuentra bajo las más variadas combinaciones penetrado del derecho de los miembros, y especialmente en relación con el patrimonio, hay un entrelazamiento de *universitas* y *communio*”. Tales asociaciones son personas jurídicas pero son corporaciones de tipo específicamente alemán. De donde se sigue la afirmación de la existencia de dos formas de persona jurídica, una de carácter individualista, que son las personas jurídicas de derecho romano, y otras de carácter colectivo propias del derecho germánico. La asociación alemana —la *Genossenschaften*— consiste en una personalidad colectiva, que es al mismo tiempo una unidad jurídica y una pluralidad coaligada, de modo que la propiedad colectiva reposa en el entrecruzamiento de la unidad total y de la pluralidad. Ciertas facultades de la propiedad se concentran en la personalidad colectiva, otras, especialmente la facultad de utilización, se dividen entre la pluralidad de los miembros y la dos aparecen orgánicamente ligadas en la constitución corporativa. “El contenido de la propiedad —se explica— es escindido en dos esferas de facultad, una de las cuales se concentra en el derecho de unidad y la otra es repartida en derechos individuales. Cada una de estas dos esferas muestra sólo un trozo de propiedad y entrambas en su coaligación corporativa forman la plena propiedad total”.⁵⁶

Para Ferrara, conforme a la tesis de Sohm,⁵⁷ la *Genossenschaften* no es otra cosa que la reunión de personas que poseen bienes *in mano comune*, formas de comunidad y no personas jurídicas. En la comunidad de tipo germánico la cosa pertenece a varias personas sin reparto de cuotas, en el sentido de que todos pueden usar de ella por entero, sin

⁵⁶ Señala Ferrara en su antes citada obra que no obstante los esfuerzos de Gierke, no ha llegado él nunca a comprender la *Genossenschaft* y la clase de asociación que es al mismo tiempo unidad y pluralidad, que tiene una sola voluntad y varias voluntades comunes, que tiene una propiedad dividida entre el ente único y la pluralidad de sus miembros.

⁵⁷ *Die Deutsche Genossenschaften*, Leipzig, 1889, citado por Ferrara.

que ninguno pueda pretender una parte para sí. El disfrute de la cosa es colectivo y está destinado no a los fines individuales de los miembros, sino a los fines solidarios del grupo. Esto denota un vínculo personal de los sujetos, los individuos, no como entes aislados, sino coaligados, son los titulares de un derecho. El sujeto es una pluralidad de personas coaligadas. La *Genossenschaften* –según esta tesis– no es más que una copropiedad de la suma de los miembros de la mano común, de la *Gesamnte Hand*.⁵⁸ Además, a la comunidad de bienes va unida la comunidad de responsabilidad: la asociación responde por las deudas de los asociados y el miembro por las deudas de la asociación.

Tampoco el derecho germánico reconoce a entidades ideales como sujetos jurídicos, distintos de las colectividades de los asociados o de las masas patrimoniales destinadas a un fin y, por el contrario, permanece fiel a la concepción de que los entes colectivos no son más que la suma de los individuos asociados.⁵⁹

3.3 DERECHO CANÓNICO

Del derecho canónico surge el concepto de institución. La Iglesia en sí misma, como institución divina, supera el momento corporativo y aparece como institución más allá y por encima de los fieles. A semejanza suya, sigue la personificación de las iglesias particulares que, como institución,

⁵⁸ Explica Ferrara que algunos como Heusler objetan que el carácter de comunidades de mano común de las asociaciones alemanas señalado en el texto debe ser excluido en vista de su organización corporativa. La *Gesamnte Hand* carece conceptualmente de toda constitución que subordine a los miembros a una más alta unidad, que produzca una voluntad colectiva distinta de la de los asociados. En cambio, en la *Genossenschaften* la administración del patrimonio común no corresponde a los miembros, sino a la ideal totalidad. La *Genossenschaften* como tal no tiene propiedad, no es un sujeto y sin embargo tiene la potestad de administrar y disponer del patrimonio corporativo, que es, en su pertenencia, un patrimonio ajeno. La *Genossenschaften* no es persona jurídica pero puede disponer del patrimonio ajeno como si fuere propio, como si fuere persona jurídica. Solución ésta que Ferrara no considera en modo alguno satisfactoria. De tal modo la *Genossenschaften* parece una figura “indefinida y anfibia”.

⁵⁹ El derecho germánico conoció de atribuciones patrimoniales a los santos como personas físicas vivientes en los cielos que recibían donaciones y disposiciones patrimoniales *mortis causa*. De este modo los santos devienen en propietarios, acreedores y deudores. Estas personas debían tener representantes terrenos que administraban el patrimonio y eran considerados como administradores de bienes ajenos e inclusive cuando se hizo colegiada la gestión los claustros eran considerados como servidores del santo y no como propietarios. El mismo desarrollo se produce respecto de las fundaciones pías.

llegaron a ser consideradas como sujetos de derecho y, en concreto, del patrimonio. “La personalidad de la Iglesia está ligada al oficio eclesiástico, a la *dignitas*, a la *carica*; la personalidad de la iglesia episcopal, como una institución duradera dotada de patrimonio, es representada sucesivamente por los particulares investidos; la personalidad de la iglesia parroquial, en el beneficio parroquial y así sucesivamente”. Al individualizarse un fin, se constituye un patrimonio y surge un nuevo instituto. En el origen —explica Ferrara— había un único patrimonio perteneciente a la iglesia episcopal, pero luego esa masa patrimonial se reparte en cuatro porciones: el patrimonio para el mantenimiento del obispo (*mensa episcopalis*), el patrimonio para el mantenimiento del clero (*mensa capitularis*), una parte para el mantenimiento de la iglesia (*fabrica ecclesiae*) y una porción dedicada a fines de beneficencia. Estos fondos, a la larga, se transforman en institutos con existencia propia. Así sucede —dijo así mismo Ferrara— con los capítulos y los conventos. Cuando se introdujo en la sede del obispo el sistema de una vida en común de los eclesiásticos, surgieron los capítulos catedralicios. En principio los bienes destinados a su mantenimiento eran suministrados por el obispo del patrimonio episcopal, pero cuando más tarde les fue asignada la *quarta clericorum*, los capítulos lograron una verdadera autonomía, se organizaron interiormente y se presentaron frente al obispo como unidades propias.

Los capítulos como los monasterios y conventos no fueron concebidos como corporaciones, el elemento corporativo recibe su existencia del derecho al servicio de la institución espiritual. Como se explica, los capítulos eran una parte separada autónoma de la personalidad de la Iglesia, fundaciones con fines eclesiásticos, que contenían sólo una individualización del fin general eclesiástico. Su elemento corporativo era sólo un medio para los fines de la institución. Los claustros también eran sujetos como institutos. La persona titular era, no la total unidad de los miembros de esa corporación, sino la unidad de la fundación, sirviéndose como de su órgano de esta corporación.

3.4 LA PERSONA JURÍDICA EN EL DERECHO INTERMEDIO

Tales elementos, provenientes del derecho romano, germánico y canónico se refunden durante la Edad Media, pero no de una manera armó-

nica, porque los diversos legados históricos eran contradictorios, sino mediante la adición de principios en contradicción o por la penetración de un ideario por el pensamiento característico de otro. Esta evolución ha sido detalladamente estudiada en la obra de Gierke "*Das Deutsche Genossenschaftrecht*" que es la fuente común de los diversos estudios en esta materia.⁶⁰

En efecto, dice Ferrara,⁶¹ siguiendo la obra de Gierke, que la tradición romanista concebía a las personas jurídicas como entes ideales, absolutamente distintos de la reunión de los miembros, incapaces de voluntad, de delitos, necesitados de representación; el derecho germánico, por el contrario, desconoce un ente ideal y conoce únicamente las corporaciones como suma de los asociados, capaces de querer, de cometer delitos y, por tanto, punibles; el derecho canónico se aproxima al derecho romano, pero introduce el nuevo concepto de institución, que tiende a absorber en sí todas las formas de asociación e imprime un carácter especial a todas las personas jurídicas. De la unión de estos elementos resulta una influencia recíproca modificadora de las varias teorías, una degeneración y un extravío de las ideas originales en una confusa y caótica recepción.

Los glosadores introdujeron en el pensamiento medieval la concepción romana de la corporación, pero suplieron las deficiencias en la comprensión del instituto, derivadas del escaso material de las fuentes, aportando a la doctrina principios medievales germánicos, tomados del derecho longobardo, de los estatutos y de las leyes de los emperadores alemanes. Así, de esta mezcla de principios, resulta un concepto de corporación extraordinariamente amplio e indeterminado, hasta el punto de que en él se comprende toda colectividad reconocida como sujeto jurídico. En esas fórmulas amplísimas hacen entrar los glosadores todas las especies de personas jurídicas, públicas y privadas, el Imperio y la Iglesia. Sin embargo, anota también Ferrara, al pensamiento ingenuo de los glosadores le fue ininteligible el concepto romano de que el todo es diverso

⁶⁰ *Cfr.*, en este sentido la citada obra de Ferrara, p. 65 en nota y también en las citadas obras de F. de Castro y Bravo *passim*.

⁶¹ F. Ferrara, *Teoría...*, *Cit.*, p. 65.

de los miembros; para ellos, por el contrario, el sujeto corporativo coincide con la totalidad: la corporación no es más que la suma de los asociados. “*Universitas nihil aliud est, nisi singuli homines qui ibi sunt*”, expresa la Glosa al citado pasaje del Corpus Iuris Civilis D. 3, 4, 7, 1. Como consecuencia de tal confusión, los glosadores no podían percibir con claridad la diferencia entre sociedad y persona jurídica. Para ellos el principio “*quod universitatis est non est singulorum*” contradecía a otros fragmentos y debía ser considerado una anomalía, mientras que admitían, en cambio, un derecho de cuota de los particulares. Los glosadores que parten en principio de la regla romana conforme a la cual por el débito responde solamente la *universitas*, adoptan luego, sin embargo, un sistema transaccional conforme al cual si la *universitas* carece de bienes, los particulares deben responder subsidiariamente, de modo que el acreedor ejecutará, en primer lugar, *bona universitatis*, y si *bona non sufficient, bona singulorum*, de modo que el juez deberá “*imponere collectam*” a los asociados, inclusive de oficio. De tal modo los principios germánicos se entrecruzan con los principios de la teoría romanista y llegan a modificarse los unos y los otros. Los glosadores a partir de la negación del carácter absoluto del principio “*universi consentire non potest*” y de su condicionamiento, consideraron la *universitas* capaz de prestar juramento, de contratar y de cometer delitos. La opinión de Ulpianus expresada en D. 4, 3, 15, 1, “*sed an in municipes de dolo datur actio dubitatur. Et puto, ex suo quidem dolo non posse dari; quid enim municipes dolo facere possunt?*”⁶² es condicionada por la glosa diciendo que *nihil facere* ha de entenderse en el sentido de “*quia nec consentire facile possunt*” opinión que creen confirmada por el pasaje D. 4, 2, 9, 1.⁶³

Es así como puede afirmarse que la doctrina de la glosa está en el terreno de los conceptos germánicos a los que trata de justificar y de revestir

⁶² “Pero se duda si se concede la acción de dolo contra los municipes y creo que ciertamente no puede darse por su dolo porque ¿cómo pueden obrar con dolo unos municipes?”

⁶³ “Se debe advertir, sin embargo, que en este edicto el pretor habla en términos generales y objetivamente, sin añadir quien sea el autor de la coacción, y por ello se aplica este edicto tanto si es una persona particular la que causa la intimidación, como el pueblo, la curia una asociación o una corporación...”

de forma romana, tergiversando los textos, interpretándolos erróneamente o combinándolos con principios opuestos.⁶⁴

Los canonistas, según ha apuntado Ferrara, someten a especulaciones teóricas el concepto de corporación con un alto grado de perfección. Entre todos destacan los trabajos de Sinibaldo de Fieschi o Fliscus, luego (1243 a 1254) Inocencio IV papa, cuyo pontificado dio inicio al proceso político que culminó en el pontificado de Bonifacio VIII, quien desarrolló en su obra *“Apparatus in quinque libros decretalium”*, en la época de las luchas entre el papado y el emperador Federico II, la teoría de la corporación hasta sus más mínimos particulares. Los canonistas distinguieron la unidad ideal del ente de los individuos singulares que forman su sustrato y admitían por eso la identidad de éste consigo mismo, no obstante el cambio de las personas y llegaban inclusive a considerar la persistencia del ente a pesar de haber desaparecido todos los miembros. “Este ente ideal –dijo Ferrara– es llamado por primera vez por los canonistas *persona*, se dice: *persona universitatis*, *persona collegii* y también simplemente *universitas sit persona*, *universitas est quoddam individuum*”. Sin embargo, la persona en el concepto teológico cristiano está circunscrita al hombre, ente racional, como había afirmado Boecio: *“naturae rationalis individua substantia”* de donde la aplicación de tal concepto a la corporación no podía ser hecha más que por vía de ficción. Inocencio IV observaba que *“collegium in causa universitatis fingatur una persona”*. Se trata, por consiguiente, de una ficción de personalidad: *“persona ficta, non vera sed representata”*. Sin embargo, esta concepción que ha debido llevar a la separación absoluta entre el ente ideal y los miembros, se entrelaza en la práctica del derecho con principios de origen germánico que ejercen entonces influencia determinante en la teoría canónica. Los canonistas se inclinaron a crear un concepto intermedio que permitiera el reconocimiento de derechos individuales corporativos sobre el patrimonio eclesiástico, derechos que estaban en abierta oposición con el concepto de la absoluta separación entre la *universitas* y los particulares que resultaba de las fuentes romanas.

⁶⁴ F. Ferrara, *Teoría...*, Cit., p. 70.

En el aspecto particular del dolo, en materia de delitos corporativos, ha sido señalada la introducción de principios que estaban en la conciencia medieval, en la trama teórica espiritual elaborada por los canonistas. Inocencio IV había dicho “*impossibile est quod universitas delinquat*”, pero sin embargo, la mayoría de los canonistas afirmaban en cambio la tesis opuesta: “*universitas et ecclesia delinquere possunt*”.⁶⁵ De tal modo, los canonistas introducen el principio de un ente ideal al cual se contraponen los miembros de la asociación o los representantes, pero sus consecuencias se ven morigeradas por el germanismo jurídico.

Ha señalado Ferrara que la teoría de los canonistas ejerció gran influencia en la doctrina civil, hasta el punto de haber sido aceptada por los escritores posteriores que la combinaron con la doctrina de la glosa. El concepto de corporación, sin embargo, es aún más amplio e indeterminado para los escolásticos que para los escritores anteriores. Cualquier asociación de personas organizada bajo un nombre único podía formar un *corpus*, una *persona representata*. Por eso dijo Baldo, y pensaban también la mayor parte de los post-glosadores, según la doctrina de la *persona ficta*, que: “*tota societas fungitur vice unius personae*” y también que: “*universitas est quaedam persona universalis, quae unius personae intellectum habetamen ex multibus corporibus constat*”. De tal modo se manifiesta de nuevo en el pensamiento de los post-glosadores la concepción germánica según la cual la corporación no es más que la pluralidad de los miembros colectivamente representados.

En cuanto a la capacidad de querer y obrar de las personas jurídicas –explicó Ferrara– que los canonistas habían enseñado que estas personas fingidas no tienen voluntad y no pueden obrar sino por medio de representantes, pero los comentadores –aún haciendo homenaje a la teoría de la ficción–, sostenían también que las mismas, no obstante, podían querer y obrar y, como hemos señalado antes, si las fuentes del derecho romano parecían decir lo contrario, aludían en realidad –en su opinión– no a la “imposibilidad” sino a la “dificultad” de consentir. “La

⁶⁵ F. Ferrara, *Teoría...*, Cit., p. 74.

universitas es la que obra cuando todos los miembros deliberan y obran en la forma debida. Así se identifica la corporación con la totalidad. Y en virtud de esta concepción realista, profundamente sentida por los escritores de este tiempo, éstos, después de haber dicho que la *universitas non habet corpus nec animan*, hablan luego de buena y mala fe de la *universitas*, de *dolus*, de *animus possidendi*, etc.". Pero así mismo, mientras la concepción germánica llevaba hasta admitir el delito de la corporación, se aceptaba también el principio idealista del derecho canónico conforme al cual la corporación subsiste aun con la extinción de todos los miembros en vista de la expectativa de la reconstitución. En este caso, la *universitas* cesa de existir actualmente pero no virtualmente. Pero el pensamiento germánico prevalecía, en cambio, en lo que se refiere a la suerte del patrimonio de la corporación disuelta, ya que como explica Ferrara "mientras para ciertas corporaciones se acepta la devolución al Fisco o a la Iglesia, para las corporaciones fundadas en la ventaja de los miembros, se admite la división del patrimonio entre los particulares", principio éste incompatible con la idea de la ficción.

La teoría de la corporación durante el siglo XIV se presenta a juicio de Ferrara como un entrecruzamiento de antítesis y de inconsecuencias, donde una formulación teórica sirve para cubrir un principio opuesto, constituye la expresión de "el material tosco de la Edad Media germánica en los cultos ropajes de la teoría canonística". La teoría decaerá aún más y entrará en un período de estancamiento en el que "la doctrina es incapaz de producir nuevos pensamientos" y así pasa a los demás países europeos y subsiste en Italia hasta el siglo XVIII.

Entre los prácticos alemanes cita Ferrara a Zasius, para quien la *universitas* no se distingue realmente de la *personis universitatis*, ya que sólo es separada de aquélla artificiosamente, por ficción, razón por la cual admite que una ciudad pueda adquirir la posesión y usucapir por los actos posesorios de sus miembros, que la *universitas* exterioriza su voluntad en las deliberaciones de la asamblea y que puede delinquir y ser castigada. Pero luego –con la incoherencia que caracteriza la teoría– define la persona jurídica como un ente intelectual, un *figmentum*, una *umbra personae*. Los escritores de la época de la recepción acentuarán el requisito de la concesión para el nacimiento

de las personas jurídicas. Los entes fingidos no pueden nacer más que por la aprobación del soberano, en cuya proposición no influyen sólo puntos de vista teóricos sino también los intereses políticos que consideraban con desconfianza las asociaciones y exigían por ello un control preventivo para su constitución.⁶⁶

En Francia, por el contrario, la doctrina se separa de la concepción materialista que identifica la corporación a los particulares, aproximándose a las fuentes romanas. Domat decía que los bienes y derechos de un cuerpo o comunidad pertenecen de tal modo al cuerpo que ninguno de los miembros que le componen tiene sobre ellos derecho de propiedad, y no pueden disponer de nada, lo que hace que estas comunidades sean perpetuas; mientras que Pothier afirmaba que “los cuerpos y comunidades establecidos según las leyes del reino son considerados como teniendo el lugar de personas”. Son seres intelectuales, diferentes de las personas que los componen y por eso las cosas que les pertenecen no pertenecen de modo alguno, por ninguna cuota, a cada uno de los particulares de que el cuerpo se compone. La perpetuidad que hemos señalado llevó a la concentración de la riqueza en tales cuerpos que se denominaron entonces *gens de main-morte*, comunidades religiosas, seminarios, cofradías, conventos, hospicios, universidades, que fueron vistos con desfavor por el poder político que adoptó medidas para limitar su acción.⁶⁷ La personalidad jurídica es considerada entonces como un privilegio concedido por el soberano a ciertos cuerpos de interés público, por esto en Francia –dijo Ferrara– las personas jurídicas se nos presentan bajo la forma de entidades que fueron denominadas *établissements publics ou d'utilité publique*.

En Italia, explica Ferrara, que los juristas continúan citando a Bartolo y a Baldo hasta el siglo XVIII, y no se produce entre tanto progreso alguno

⁶⁶ Cita Ferrara a Zacariae, *De iure universitatis*: “Neque enim universitas intelligitur, nisi princeps societati iura personae tribuerit”.

⁶⁷ En este sentido se cita el Edicto de Luis XIV de 1666 extendiendo la prohibición y ordenando que no pudieran constituirse sin permiso expreso: “qu’a l’avenir il ne pourra être fait aucun établissement de collèges, monastères, communautés religieuses o seculières, mène sous prétexte d’hospice, en aucunes villes ou lieux de notre royaume, sans permission expresse de nous, par lettres patentes”, que en otro caso serían ilícitas, no podrían comparecer en juicio ni recibir donaciones o legados.

en los estudios. La renovación conceptual se hará posteriormente bajo la influencia del ideario de la Revolución y por la difusión del Código de Napoleón. La corporación se identifica hasta entonces, sustancialmente, con sus miembros aunque teóricamente se afirme que es distinta de ellos. Durante esa época era común en Italia la opinión de que la *universitas* podía cometer delito. Sabelli –citado también por Ferrara– declara que para que la *universitas* pueda considerarse teniendo ciencia legal de una cosa, “*debet esse legitime convocata, alias enim cum universitas sit persona ficta, semper reputatus ignorans*”. De tal modo concibe la *universitas* como colectividad real cuando habiendo sido convocada legítimamente se encuentre reunida en asamblea, siendo en otro caso una persona fingida. También para que la *universitas* pueda delinquir “*requiratur consilii publici convocatio et deliberatio*”, ya que de otro modo serían los integrantes o miembros quienes cometerían delito y no podría, en tal caso, castigarse la *universitas*.

Por haberse desarrollado el concepto de la persona jurídica en distintos tiempos, a partir de los presupuestos divergentes que hemos examinado, en ambientes sociales igualmente diferenciados y bajo el influjo de distintas circunstancias económicas, el estudio del derecho comparado revelará que si bien las personas jurídicas tienen rasgos comunes en los diversos ordenamientos, también llegan a adquirir fisonomía particular en cada uno de ellos. Se ha dicho, por esta razón, que la regulación de las personas jurídicas permite agrupar los ordenamientos contemporáneos en tres tipos: tipo francés, tipo germánico y tipo anglo-americano.⁶⁸ Esta tipificación de antigua data conserva su sentido hasta hoy, aun si se tiene en cuenta el tiempo transcurrido y las modificaciones experimentadas desde entonces por las legislaciones de Francia, Alemania y en el derecho anglosajón, toda vez que históricamente es un hecho cierto que otras legislaciones hicieron recepción de tales conceptos fundamentales originados, como hemos visto en el derecho intermedio, y permanecen vigentes por esta razón derivaciones legislativas de estos tipos conceptuales o modélicos y porque las modificaciones expe-

⁶⁸ F. Ferrara, *Teoría...*, Cit., p. 88.

rimentadas por estos tipos conceptuales son resultado de la influencia recíproca a la cual se han visto expuestos. Como dijo Savigny, y podremos constatarlo más adelante, cada época no configura el mundo a su arbitrio sino que lo hace en comunión indisoluble con el pasado.

3.5 ORDENAMIENTOS DE TIPO FRANCÉS

La Revolución proscribió inicialmente los entes morales. Las leyes de enero de 1790, junio de 1791 y agosto de 1792, suprimieron los establecimientos civiles y eclesiásticos, atribuyeron su patrimonio al Estado y prohibieron la constitución de otros nuevos. Sin embargo la constitución de 5 de fructidor del año III, restringió la prohibición a aquellos entes que fueran nocivos al orden público. Mientras destruía la personalidad de los cuerpos morales, la Revolución declaraba la libertad de asociación con lo que puso de manifiesto la diversidad que media entre el derecho de asociarse y tener personalidad jurídica. Mientras el primero era concebido como un derecho natural de los ciudadanos, la segunda era un privilegio del Estado. Como explicó Capitant,⁶⁹ el derecho de asociación era ejercido bajo la vigilancia y autorización del Gobierno, pero las asociaciones, aun las autorizadas, no disfrutaban de personalidad jurídica sino en cuanto fueran reconocidas como establecimientos de utilidad pública. Este sistema originario, derivado del hecho revolucionario, fue transformándose gradualmente, concediendo cada vez más fácil y generosamente la personalidad jurídica y finalmente se dictó la ley sobre asociaciones de 1.º de julio de 1901, que estableció el principio de la libertad de asociación, sin necesidad de autorización o declaración gubernativa alguna⁷⁰ y, en cuanto al goce de la capacidad jurídica,

⁶⁹ H. Capitant, *Introduction a l'étude du droit civil*, A. Pedone, París, 1912

⁷⁰ La referida ley francesa de 1901 distinguió entre las asociaciones ordinarias, para las cuales dispuso un sistema liberal, y las congregaciones religiosas, que fueron sometidas a un régimen restrictivo. Las asociaciones ordinarias podrían clasificarse en tres categorías: Asociaciones libremente formadas sin necesidad de autorización o declaración, o sea, las asociaciones no reconocidas, que no gozaban de capacidad jurídica; las asociaciones declaradas, que hacían pública su existencia por medio de una declaración preventiva ante la Prefectura del lugar de su sede social, que adquirirían entonces una capacidad limitada llamada pequeña personalidad; y las asociaciones consideradas de utilidad pública que previo decreto del Consejo de Estado obtienen la declaración de utilidad pública y, por consiguiente, el derecho a la personalidad grande, que comprende el derecho a recibir liberalidades.

era entonces concedida en diversa medida, como explica Ferrara, según la cualidad y la forma de constitución de las asociaciones.⁷¹

Acerca de la cuestión teórica de la esencia de la personalidad es preciso anotar que en el proyecto de ley de 1901 se definía la personalidad como una ficción legal en virtud de la cual la asociación es considerada como constituyendo una persona moral distinta de la de sus miembros, que los sobrevive y en la que reside la propiedad de sus bienes. Sin embargo, esta definición fue suprimida de la ley. La personalidad, en el sistema francés dependía de la potestad legislativa y podía concederse en mayor o menor medida y en tal caso difiere, se sobrepone y reviste – cuando se concede, en mayor o menor medida– a las simples asociaciones de un atributo característico.

El sistema de soluciones del ordenamiento francés revolucionario no sólo ejerció su influjo en toda Europa, fue así mismo el punto de partida del ordenamiento societario francés de la actualidad. Conforme a lo dispuesto en el artículo 1842 del Código Civil francés vigente las sociedades diversas de las “sociedades en participación”, a las cuales se refiere el Capítulo III del mismo Código, “gozan de la personalidad moral desde la fecha de su matriculación”⁷² y hasta tanto ésta se produzca,

⁷¹ Indica Ferrara en su citada obra que en cuanto a las congregaciones religiosas todos los rigores de la ley fueron aplicados contra ellas: nada de libertad de asociación sin autorización especial bajo pena de disolución de la congregación y clausura del establecimiento, penas pecuniarias a sus miembros, sanciones de nulidad y presunciones de tercero interpuesto, etc. Para las congregaciones existentes concedió la ley un término de tres meses para pedir autorización, si no, se reputaban disueltas y se procedía a la liquidación de sus bienes. Y como, de hecho, esta autorización se negó a la mayoría de las congregaciones, se consiguió su disolución forzosa. “Pero –dijo textualmente Ferrara– no es este el lugar de ocuparnos de esta parte de la legislación de las asociaciones, porque constituye un derecho excepcional, apasionado, político, una lucha bajo la forma de artículos de la ley, no una serena regulación jurídica”. Tales providencias no eran más que un síntoma del movimiento político que debía llevar a la completa separación entre la Iglesia y el Estado, puesta en vigor por la Ley de 9 de diciembre de 1905. Las iglesias y los establecimientos eclesiásticos dejaron de ser establecimientos públicos y sus bienes fueron entregados a asociaciones culturales con la forma de asociaciones declaradas. No es de extrañar, en estas circunstancias, que en Venezuela, a principios del siglo XX, bajo la influencia afrancesada de las clases dominantes, se replanteara artificialmente, como hemos visto, la problemática francesa de la legislación de cultos.

⁷² La matriculación en el registro de comercio y de sociedades es aplicable a las sociedades dotadas de personalidad moral y se rige por el Decreto No. 78-704 de 3 de julio de 1978 al registro o matriculación sigue la publicación en el *Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales*.

las relaciones entre los asociados se rigen por las reglas del contrato de sociedad y por los principios generales del derecho aplicables a los contratos y obligaciones.

Es claro, como lo ha establecido la jurisprudencia, que el asociado no posee, como derivado de su derecho social, ningún derecho de propiedad sobre los bienes de la sociedad y que únicamente tiene un derecho de crédito limitado, durante la duración de la sociedad, a su participación en los beneficios en proporción a sus aportes y, en su caso, a la cuota de liquidación. Así mismo, establece la ley francesa que la sociedad, aun la no reconocida ni autorizada por el Gobierno, tiene el derecho de adquirir a título gratuito.

El asociado adeuda a la sociedad todo aquello que ha prometido aportar, bien sea en especie, en numerario o en industria, con la salvedad de que los aportes en industria no concurren a la formación del capital pero dan derecho a la participación en los beneficios, al menos en la misma proporción que el asociado que menos haya aportado, salvo disposición en contrario. Los aportes en especie se realizan por la transferencia a la sociedad de los derechos correspondientes y la tradición efectiva de los bienes, de modo que cuando el aporte es en propiedad el aportante es garante de la sociedad del mismo modo que el vendedor lo es del comprador. En cambio, cuando se aporta el uso o goce de la cosa, el aportante garantiza a la sociedad como un arrendador a menos que se trate, en este caso, del aporte de cosas genéricas o de otros bienes normalmente renovables, en cuyo caso el aportante transfiere la propiedad de las cosas con cargo de restitución de bienes en igual cantidad, cualidad y valor.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 1844-5 del Código Civil francés vigente, la reunión de todas las partes sociales en una misma mano no entraña la disolución de pleno derecho de la sociedad. Sin embargo, cualquier interesado puede demandar la disolución en el caso de que la situación no se haya regularizado en el plazo de un año y el tribunal puede acordar a la sociedad un plazo máximo de seis meses con ese mismo objeto. Así mismo, el Tribunal puede ordenar a solicitud de un asociado, por justos motivos –que pueden consistir en el incumplimiento de las obligaciones por otro asociado–, la disolución anticipada de la

sociedad. En todo caso, la disolución de la sociedad entraña su liquidación aunque la personalidad subsista, para las necesidades de la liquidación, hasta la publicación de la providencia de clausura de la liquidación.

En la legislación francesa actual tienen carácter civil todas las sociedades a las que ley no atribuya otro carácter en razón de su forma, su naturaleza o de su objeto. Frente a terceros, los asociados civiles responden indefinidamente de los pasivos sociales, en proporción a su parte en el capital a la fecha de la exigibilidad o del día de la cesación de pagos, conforme lo dispone el artículo 1857 del Código Civil, pero los acreedores no pueden proceder en contra de los socios más que luego de haber perseguido en vano a la persona moral. Las partes sociales no pueden ser cedidas más que con el acuerdo de todos los asociados, o si así lo dispusieren los estatutos, de la mayoría de éstos.

Adicionalmente, sin embargo, como lo establece expresamente en artículo 1871 del Código Civil francés, los asociados pueden convenir en que la sociedad no sea matriculada, en cuyo caso se denomina “sociedad en participación”, que no es una persona moral ni está sometida a publicidad, por lo que su existencia puede ser probada por cualquier medio. En este caso, a menos que haya previsión particular, las sociedades en participación de carácter civil se rigen por las disposiciones aplicables a las sociedades civiles, y si tienen carácter comercial, por las aplicables a las sociedades en nombre colectivo. Frente a terceros, en este caso, cada asociado es propietario de los bienes que pone a disposición de la sociedad. Cada asociado, por lo demás, contrata en su nombre personal y es el único obligado frente a terceros. Tales disposiciones se aplican a así mismo a las sociedades de hecho como lo dispone expresamente el artículo 1873 del Código Civil francés.

El Código Civil italiano vigente consagra un régimen legal diverso al modelo francés al cual se aproximaba anteriormente con notoria fidelidad; distingue por una parte las asociaciones, fundaciones y otras instituciones de carácter privado, las cuales adquieren personalidad jurídica “mediante reconocimiento concedido por real decreto”⁷³ y, por

⁷³ Artículo 12 del Código Civil

otra, las “asociaciones no reconocidas como personas jurídicas” y los comités de socorro, beneficencia o promotores de obras públicas, monumentos, muestras, festejos y similares. Los aportes de los asociados y los bienes adquiridos con ellos constituyen el fondo común de la asociación y los asociados, mientras dure la asociación, no pueden pedir la división del fondo común ni pretender su cuota en caso de separación. De las obligaciones asumidas por los representantes de la asociación responde frente a terceros no sólo el fondo común, sino también, personal y solidariamente, las personas que han obrado en nombre y por cuenta de la asociación.

3.6 ORDENAMIENTOS DE TIPO GERMÁNICO

Explica Ferrara que el Código alemán entre el sistema de la “concesión”, que subordina la adquisición de la personalidad jurídica a un acto especial de reconocimiento del Estado, y el sistema de la “libre formación corporativa”, fue elegido, respecto de las asociaciones que tienen finalidades religiosas, científicas, artísticas, filantrópicas, etc., el sistema intermedio de la “reglamentación legal o normativa”, que permite adquirir automáticamente la capacidad jurídica a estas asociaciones una vez realizada la condición formal de su inscripción en el registro público. Así, por un parte, dice Ferrara,⁷⁴ se evita que por el arbitrio administrativo se pueda negar la capacidad a una asociación particular; por otra, quedan tutelados los derechos de terceros, los cuales pueden comprobar en el registro de las asociaciones cuáles de éstas son personas jurídicas. Sin embargo, para las asociaciones que persiguen finalidades económicas subsiste en general el principio de la “concesión”. Las fundaciones adquieren personalidad jurídica por aprobación estatal.

Para la mayor parte de la doctrina alemana actual, la persona jurídica es entendida como un objeto abstracto y complejo creado por el legislador. Con el uso de la expresión *Zweckshopfg* se da a entender que comprende tanto el conjunto de las personas como de los bienes que la integran como organización jurídica a la que el ordenamiento legal con-

⁷⁴ F. Ferrara, *Teoría...*, Cit., p. 102.

cede capacidad jurídica y reconoce una situación en tanto portadora de derechos y obligaciones.

Diversa de la persona jurídica es en el derecho alemán la llamada comunidad de mano común (*Gemeinschaft zur Gesamten Hand*) capaz de suyo de tener la misma finalidad u objeto, como portadora de derechos u obligaciones, pero en cuyo caso son precisamente sus miembros, y no la “persona” misma, quienes aparecen como portadores de tales derechos y obligaciones. Se ha dicho que en la comunidad de mano común los derechos separados de los miembros se extienden al conjunto de la capacidad de la comunidad y son limitados por el hecho de la cotitularidad y por quienes están interesados.

Las asociaciones cuyo objeto no sea la realización de una finalidad económica, adquieren capacidad jurídica mediante su inscripción en el Registro de Asociaciones del juzgado competente. En cambio, la asociación cuyo objeto esté dirigido a la realización de una finalidad económica adquiere capacidad jurídica, en ausencia de disposiciones especiales de la ley, mediante concesión estatal. La capacidad jurídica se pierde de derecho por la iniciación de un concurso, cuya apertura debe solicitar la Directiva en caso de insolvencia. De no hacerlo, los directivos resultan solidariamente responsables de cualquier daño que se produzca a los acreedores. La capacidad jurídica se pierde así mismo como sanción cuando una resolución ilegal adoptada por los directivos o la conducta ilegal de sus miembros configure una amenaza al interés público; cuando la asociación cuyo objeto no sea un fin económico, persiga sin embargo dicha finalidad; y cuando, en el caso de las asociaciones cuya capacidad jurídica dependa de una concesión, persiga objetivos distintos a los especificados en los estatutos. Las asociaciones que no tienen capacidad jurídica se rigen por las normas de sociedades, pero si alguno de sus miembros realiza un negocio jurídico con un tercero es personalmente responsable, y de ser varios quienes así actúan, lo son solidariamente.

Los §§ 55 al 79 del BGB regulan el registro de las asociaciones no económicas (*Idealvereins*). La inscripción tiene efectos constitutivos únicamente en cuanto se refiere a la adquisición de la capacidad jurídica y en cuanto a las modificaciones de los estatutos que deben ser ins-

critas en el registro para producir efectos y, en los demás casos puramente declarativos. Si el número de miembros de la asociación descende a menos de tres la Directiva podrá solicitar el retiro de la capacidad jurídica y de no presentarse la solicitud dentro del plazo de tres meses el Juez podrá proceder de oficio previa audiencia de la Directiva.

Las fundaciones, de acuerdo al derecho alemán vigente, están así mismo dotadas de capacidad jurídica para la realización del objeto o fin fundacional de utilidad pública o privada fijado por el fundador por acto *inter vivos* o *mortis causa*, pero, además del acta fundacional, se requiere la autorización del Lander en cuyo territorio tenga su sede la fundación.

3.7 ORDENAMIENTOS DE TIPO ANGLO-AMERICANO

El derecho inglés sólo conoce una sola especie de personas jurídicas, la corporación, que es en general una colectividad de personas que difiere de sus miembros de manera esencial: está dotada de “sucesión perpetua”, es decir hasta que no hayan sido legalmente disuelta no muere y su existencia se perpetúa independientemente de la subsistencia de sus miembros. Conforme señala Ferrara, sin embargo, esta colectividad puede presentarse en dos formas, como un grupo o como una serie de hombres, de donde resulta la distinción de las corporaciones en *aggregate* y *sole*. Las primeras son semejantes a las asociaciones del derecho continental, mientras que las otras, *corporations sole* o corporaciones individuales, pueden tener un único miembro como el Rey, los Obispos, el Solicitor del Tesoro, reproducen la personificación del derecho canónico investido del oficio como un representante de éste, mientras el cargo se perpetuaba en el tiempo, esto es, la corporación de alguna forma comprende los sucesores. “Así —explica Ferrara— una persona es al mismo tiempo un individuo singular y una *corporation sole*”. La una es un ente humano que asume, durante cierto tiempo, los deberes de un cargo. La otra persona es un ente místico que sólo puede ser visto por los ojos del derecho. Lo cierto es que los miembros de una *corporation sole* o corporación individual son considerados como uno con sus predecesores y sucesores, en razón de la perennidad del cargo corporativo, porque éste nunca deja de existir hasta que haya sido legalmente disuelto. De tal modo las propiedades que detenten los miembros

en razón del cargo corporativo revierte a sus sucesores públicos y no a sus herederos personales, los bienes parecen como un atributo del cargo que trasciende la persona de su titular.

El derecho inglés concibió la corporación como un ente ficticio, *artificial, incorporeal, immortal person*, la cual adquiere conforme a la ley, una existencia distinta de la de los miembros que la constituyen, puede demandar y ser demandada y que puede, en general, llevar a cabo las mismas acciones que las personas físicas y tienen también las mismas responsabilidades legales. Respecto de ellas rige el principio “*no corporation exists without the King’s consent*”, de acuerdo con el cual toda corporación requiere una autorización estatal específica, que se otorga de diferente manera respecto de las diversas sociedades y tiene el carácter de un privilegio. La capacidad es más o menos extensa según el objeto de la asociación y ésta podrá ejecutar sus facultades en tanto sea necesario para la realización de sus fines. Sin embargo, los actos realizados en nombre de una corporación deben estar justificados conforme a las competencias que la ley le haya conferido, y cualquier acto que sus agentes realicen en contravención a estas competencias legales es un acto *ultra vires* y en consecuencia nulo. Explica Ph. S. James⁷⁵ que como quiera que el concepto de personalidad corporativa es un concepto jurídico artificial, sólo puede constituirse de acuerdo con lo prescrito por la ley y que existen tres métodos principales. En primer lugar, las corporaciones pueden ser creadas por la Corona, esto es, por concesión real en virtud de una prerrogativa regia, por este método fueron creadas en el pasado la Compañía de las Indias Orientales y la Compañía de la Bahía de Hudson y como ejemplo moderno las universidades, creadas generalmente por carta real. En segundo lugar, las corporaciones pueden ser creadas por ley particular, como es el caso de las corporaciones públicas modernas. Ciertas clases de corporaciones pueden nacer en cumplimiento de las formalidades legales que regulan su creación. Las de esta tercera clase son ahora mucho más numerosas que las otras, entre ellas están incluidas las compañías mercantiles y las constituidas de acuerdo a la Companies Act de 1985.

⁷⁵ Ph. S. James, *Introducción al derecho inglés*, Editorial Temis, Bogotá 1996, p. 73.

Junto a la *corporation*, existen sin embargo, en el derecho inglés, otras formas asociativas como la *partnership* o sociedad colectiva, que según la consideración general no tiene personalidad jurídica y deben considerarse como simples agrupaciones de personas⁷⁶ y el *trust*, además de las compañías creadas de acuerdo con la Ley de Compañías.⁷⁷ Se admitió la actuación en común de dos o más personas para el ejercicio del comercio mediante la creación de un fondo con los capitales reunidos y su administración conforme a las instrucciones o fiduciaria, admitiéndose así mismo la cesión de los derechos sobre los capitales. Por vía de la libertad contractual se admitió también el pacto sobre limitación de la responsabilidad a los capitales aportados, aun frente a terceros, siempre que a la denominación se agregara la mención “*limited*”. Las asociaciones, por otra parte, no están dotadas de personalidad jurídica aunque el derecho les reconoce en ciertos casos algunos atributos de la personalidad, son grupos de individuos con un fin común y provistos de una organización que prescribe reglas para el cumplimiento de las obligaciones y el ejercicio de sus derechos.

En el derecho norteamericano la *corporation*, fue definida por el juez Marshall en el famoso caso “*The Trustees of Dartmouth College vs Woodward*”, diciendo que es un ente artificial, invisible, intangible y existente sólo a la vista de la ley y que siendo mera criatura de la ley, posee sólo las propiedades que la carta de su creación le otorga, ya sea expresamente o en forma incidental. Y en el caso “*Bank of United States vs Deveaux*”, expresó además que ese ser invisible, intangible y artificial, esa mera entidad legal que es la *corporation aggregate*, no es ciertamente un ciudadano.

La doctrina estima que confluyen en el concepto norteamericano de *corporation*, en tanto creación del Estado y entidad artificial o persona

⁷⁶ Hay una tendencia a otorgar los caracteres de persona jurídica a la *partnership*. Se acepta que tenga su propio patrimonio distinto del que corresponde a los socios, los acreedores de éstos no pueden ejecutar sus créditos sobre los bienes sociales. Los jueces, sin embargo, pueden prescindir de esa consideración acerca de la personalidad jurídica.

⁷⁷ La Ley de Compañías de 1985 autoriza tres clases de compañías según el grado de responsabilidad de sus miembros: compañías limitadas por acciones, compañías limitadas por garantía y compañías ilimitadas.

ficta, tanto el derecho canónico, en cuanto perpetúa la visión romanista, como la teoría de la ficción, por una parte, y la tendencia centralizadora de la monarquía inglesa expresada en el antes citado principio: “*no corporation exists without the King’s consent*”. Así, la teoría de la persona ficta y la teoría de la autorización deben ser consideradas dominantes en el derecho norteamericano.

4. TEORÍAS EN TORNO A LA PERSONA JURÍDICA

Explica Arthur Kaufmann en su “Filosofía del Derecho”⁷⁸ que existen, de acuerdo con Radbruch, tres fines supremos del derecho: el individualista, el supraindividualista y el transpersonal. “Curiosamente –dice–, estos fines del derecho se reflejan en la teoría de la persona jurídica. La teoría de la ficción y la teoría del goce, corresponden a la concepción individualista. La teoría de la personalidad real de la asociación es lo mismo que la concepción supraindividual. La teoría de la naturaleza análoga de la persona jurídica, entre tanto, no se puede subsumir completamente en ninguno de los tres fines, sino que los abarca a todos, así como los tres fines supremos propuestos por Radbruch tampoco existen por sí, sino que apenas en su síntesis integran al todo, todos los hombres: como individuos, como personas sociales, como portadores de cultura”. También según De Page⁷⁹ es obvia la relación entre la diversidad de las teorías que se sustentan en torno a la naturaleza de la personalidad moral y las ideas políticas. La razón por la cual un fenómeno tan simple como el de la personalidad moral, haya podido ser, durante tantos siglos, objeto de tantas controversias y discusiones apasionadas –dice– no pueden tener otra explicación que la ingeniosidad de los juristas y la injerencia de la política. Estos factores, a su vez, surgieron de las dos grandes disputas que han envenenado toda la problemática de las personas morales y que hoy deben considerarse resueltas: la determinación de la naturaleza de la personalidad moral y la necesidad de una autorización gubernamental para su constitución. Al aceptarse universalmente que la capacidad jurídica no existe más que

⁷⁸ A. Kaufmann, *Filosofía del Derecho*, traducción castellana de L. Villar Borda y A.M. Montoya, Universidad del Externado, Bogotá, 1999 p. 217

⁷⁹ H. De Page, *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*, Cit. T. I., p. 546

cuando la persona moral ha sido legalmente reconocida, las discusiones sobre la naturaleza de la personalidad moral se encuentran en consecuencia perimidas, pertenecen al campo de la pura teoría y carecen, por otra parte, de todo influjo sobre la determinación de los derechos acordados a las personas morales.

En la polémica en torno a la doctrina de la persona jurídica destacan la teoría de la ficción, la teoría realista o de la realidad objetiva y la doctrina de la realidad técnica de la persona jurídica.

Si bien la formulación clásica de la teoría de la ficción se encuentra expresada en la obra de Savigny y Puchta, fue el papa Inocencio IV —en su antes citada obra— el primero que calificó la *universitas* como una ficción: “*collegium in causa universitatis fingitur una persona*”. Los legistas y glosadores, basados en la doctrina de la Glosa y en la autoridad de Bartolo, quien creía que la *universitas* no era más que un *nomen iuris* (asentando que: *universalia non sunt aliquid reale* y que *fictum positum pro vero sicut ponimus nos iuristae*), siguieron con notable fidelidad la doctrina del pontífice.

Según Savigny, el concepto de persona debía coincidir con el concepto de hombre: todo hombre singular, y sólo el hombre singular, era capaz de derechos. Este principio, sin embargo, pareció ser transferible a la persona jurídica: a través del derecho positivo, el concepto originario de persona es, como se dijo antes, susceptible de dos clases de modificaciones, limitativas y extensivas. En primer lugar, se puede negar total o parcialmente la capacidad jurídica a algunos individuos. En segundo lugar, se puede transferir la capacidad jurídica a algo exterior al individuo, se puede construir artificialmente una persona jurídica. De ahí que la persona jurídica, a juicio de Savigny, y exclusivamente dentro del ámbito del derecho privado patrimonial, fuera y pudiera ser concebida absolutamente como una creación del derecho. “Anteriormente se exponía la capacidad jurídica como coincidente con el concepto de hombre individual. Ahora la consideramos extensiva a sujetos artificiales admitidos por pura ficción. A estos sujetos los llamamos personas jurídicas, es decir, personas aceptadas meramente con fines jurídicos, en las que contemplamos a titulares de relaciones jurídicas paralelos al hombre

individual”. De ahí la definición de la persona jurídica como un sujeto de derecho creado artificialmente capaz de tener un patrimonio. La consecuencia que se sigue es que tales personas jurídicas sólo pueden ser creadas por voluntad de la ley y que lo que el Estado ha creado libremente, sin que a ello se encuentre obligado, puede también destruirlo con igual libertad.⁸⁰ Según Friedrich Puchta,⁸¹ discípulo de Savigny, estas personas jurídicas constituyen una excepción a la regla según la cual la personalidad es propia del hombre y de ningún otro ser; una excepción no provocada por anomalía alguna, sino por la necesidad subyacente en determinadas relaciones. El destino que se da algunos bienes hace impracticable e inadecuado tratar como personas naturales individuales a los derechohabientes de estos bienes; en estos casos se considera como sujeto derechohabiente al conjunto de finalidades, al que se hace ficticiamente persona. Con esta motivación de la persona guarda relación el que su capacidad jurídica sea solamente una capacidad jurídica patrimonial, con excepción, por cierto, de aquellos derechos patrimoniales íntimamente conectados con las relaciones familiares. De tales ideas deriva que se reconoce al legislador un arbitrio ilimitado para conceder o negar la personalidad y para suprimir las asociaciones.

La teoría de la ficción ha sido considerada errónea no sólo en sus premisas sino también en sus consecuencias intrínsecas. Decir que sólo el hombre tiene capacidad de entender y de obrar parece sin duda exacto, pero no es tan exacto deducir de ahí que únicamente el hombre deba considerarse como sujeto de derecho. En primer lugar, debe destacarse que la subjetividad jurídica del hombre no es, como se afirma, un producto natural sino que es también un efecto del derecho objetivo.⁸² Es el

⁸⁰ Explica Ferrara en su citada obra –p. 140– que en tiempos de la Revolución Francesa, cuando se trató de suprimir las asociaciones religiosas y de confiscar sus bienes, la teoría de la ficción fue el pretexto jurídico para justificar lo que se hizo. Touret decía a las constituyentes: “No hay que confundir los individuos con las corporaciones. Los primeros existen antes de la ley, y tienen sus derechos por la Naturaleza, mientras que las corporaciones no existen más que por la ley, y de ésta traen sus derechos; ella puede modificarlos, destruirlos como le plazca; he aquí por qué la destrucción de una corporación no es un homicidio, y el acto por el que la Asamblea Nacional niega el pretendido derecho de propiedad que los eclesiásticos se atribuyen no es una expoliación”.

⁸¹ Citado por H. Hattenhauer, *Conceptos fundamentales del derecho civil*, Cit. p. 37.

⁸² Véase *Nuovo Digesto Italiano*, UTET, Torino, 1939-XVII, vox: *Persona Giuridica*, por Giambattista Mazzoleni.

ordenamiento jurídico el que atribuye al hecho natural del nacimiento el efecto del surgimiento de la persona, esto es, el surgimiento del sujeto de derecho. “Así como el derecho objetivo reconoce la subjetividad en el hombre por el hecho natural del nacimiento, en vista de la satisfacción de sus necesidades individuales, del mismo modo, en relación con determinados hechos naturales o voluntarios, puede reconocer la subjetividad jurídica a otras entidades, para la satisfacción de necesidades e intereses colectivos”. La voluntad es elemento necesario para la actuación del derecho, pero no para su titularidad. El querer no entra como elemento del derecho subjetivo. El error de la escuela de la ficción reside también en el desconocimiento de la realidad de la vida social que lejos de ignorar los grupos de individuos ligados por intereses o fines comunes, ve crecer e intensificarse cada día más el fenómeno asociativo. Como explica Ferrara, la teoría de la ficción se aleja de la experiencia y de la observación de los hechos y construye sombras allí donde hay realidades.⁸³

Ha señalado Hattenhauer⁸⁴ que no preocupaba a Savigny la cuestión de qué era lo realmente ficticio de la persona, ni en qué consistía su esencia y que, por otra parte, su construcción técnico jurídica conllevaba dos importantes limitaciones: era aplicable exclusivamente al derecho privado y, dentro de éste, sólo en el derecho patrimonial. “Las grandes asociaciones y masas patrimoniales del derecho constitucional, Estado e Iglesia estatal, permanecían tan ajenas a este concepto como lo estaban la familia y el patrimonio familiar. La familia y el Estado no eran personas jurídicas, sino fenómenos de la vida jurídica con características específicas”. La capacidad artificial de las personas jurídicas –tal y como fue concebida por la escuela de Savigny– se refiere exclusivamente a las relaciones patrimoniales. Lo patrimonial, como se deriva claramente de la opinión de Puchta, explica el concepto de persona ficticia. Lo que se considera como sujeto jurídico de los bienes, lo que es fingido como persona, es en realidad el fin al cual están destinados los

⁸³ *Op. Cit.*, p. 137.

⁸⁴ H. Hattenhauer, *Conceptos fundamentales del derecho civil*, Cit. p. 36.

bienes. Por esta razón, los partidarios de la teoría de la ficción han evitado el campo del derecho público y el mismo Savigny, afirmando el carácter ficticio de las personas jurídicas, dice, por el contrario, que el Estado es realidad pura, la forma corpórea de una comunión espiritual, manifestación orgánica de la nación.

Dijo Ferrara que la teoría de la persona colectiva real, también denominada *Genossenschaftstheorie* en atención a su origen, como toda reacción, excede de los límites, y para huir de la ficción “se pierde en las vagas nubes de la poesía y del ensueño”. Para esta teoría, las personas morales lejos de ser puramente ficticias son realidades orgánicas, seres sociales. Sus bases, según se ha explicado, son que el concepto de persona no coincide con el de hombre sino con el de sujeto de derecho; que el sujeto de derecho excede de la esfera del derecho privado patrimonial y penetra en la del derecho público; y que todas las personas jurídicas, públicas o privadas, son realidades.

Según Gierke, que parte del concepto de Beseler de la *Genossenschaft*, además del individuo, existen colectividades de individuos, organismos que persiguen fines sociales, que al igual que los individuos, tienen vida autónoma. Y tales colectividades, aún basándose en la pluralidad de las personas físicas, tienen una realidad diversa de éstas pero que no es menos efectiva y segura. La persona colectiva no se contrapone a los miembros como un tercero, sino que está en ligazón orgánica con ellos; de aquí la posibilidad de una conexión de los derechos de la unidad y de la pluralidad. La persona corporativa es un ente único, pero simultáneamente colectivo. Esta asociación tiene una voluntad general propia, que no es la simple suma de varias voluntades autónomas, sino la voluntad común de todos ordenadamente declarada. De esto se sigue —apunta Mazzoleni—⁸⁵ que tales entidades colectivas, capaces de entender y de obrar, deben gozar también de su propia subjetividad jurídica, al igual que los individuos, y que el Estado, atribuyéndole tal subjetividad no crea la persona jurídica sino que la reco-

⁸⁵ *Op. loc. cit.*

noce, del mismo modo que no crea sino que reconoce la personalidad de los individuos. Lo que se discute entre los seguidores de la escuela es si la realidad de esas entidades es física y biológica, como la del organismo, o solamente psíquica, económica, social o jurídica.

Según explica Ferrara⁸⁶ la teoría de Gierke se precisa en estos términos: 1. La corporación es una persona real colectiva (*realer Gesamtperson*), formada por hombres reunidos y organizados en una existencia corporativa que tiende a la consecución de los fines que trascienden de la esfera de los intereses individuales, mediante la común y única fuerza de voluntad y de acción. 2. Este cuerpo social existe independientemente de toda intervención del Estado; el reconocimiento no es creación de un sujeto jurídico, sino constatación de su existencia, tiene un simple valor declarativo. 3. Los derechos de que la persona colectiva está investida, corresponde exclusivamente a ella; pero no hay una antítesis neta entre las personas colectivas y las personas coaligadas, más bien hay una ligazón en la separación, por consiguiente, una mezcla de los derechos de la unidad y la pluralidad. 4. La persona real colectiva es capaz de querer y de obrar y el derecho les atribuye personalidad porque los considera portadores reales de una única voluntad, que la persona colectiva expresa por medio de sus órganos.

La tercera teoría, llamada de la realidad técnica de la persona moral, es la que se admite más ampliamente hoy, y como señalan Planiol y Ripert,⁸⁷ parece invadir a Francia. Afirman que no hay ninguna imposibilidad en concebir derechos que pertenezcan a otros seres que no sean individuos humanos y que, por el contrario, la naturaleza de las cosas impone a menudo esta concepción. Se afirma que el derecho romano y el antiguo derecho habían comprendido ya de este modo la personalidad moral. Para ellos las *universitates*, por la naturaleza de la cosa, estaban llamadas a poseer un patrimonio propio y el Estado no tenía necesidad de intervenir para asimilarlas ficticiamente a los indi-

⁸⁶ *Op. Cit.*, p. 189.

⁸⁷ M. Planiol y J. Ripert, *Traité Pratique de Droit Civil Français*, Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, tomo I, N° 71, p. 74.

viduos humanos. Su papel consistía únicamente en autorizar su formación. “Pero esta realidad de las personas morales era considerada como puramente técnica. Aparecía como la traducción más simple y lógica de fenómenos jurídicos por lo demás indiscutibles. Gracias a esta observación se evita que choque la idea que constituye el fondo de los otros dos sistemas, a saber, que los derechos no pueden lógicamente existir más que en interés de los hombres. Esto es evidente pero no impide que sea técnicamente útil a los hombres en su mismo interés, crear seres sobre los cuales harán descansar derechos destinados en definitiva a beneficiar a los individuos”. Así se evitan también los errores de la teoría de la realidad objetiva.

Conforme a la tesis de la realidad técnica de las personas morales, éstas son realidades y no ficciones, porque son obra de la voluntad consciente del hombre y responden a un fin normal de la actividad social. Sin embargo, su realidad es puramente técnica, no son seres materiales, sino creados para la utilidad del derecho.

5. EL SUJETO DE DERECHO EN EL PENSAMIENTO DE HANS KELSEN

Conforme a la filosofía kantiana Kelsen expresa en su “Teoría pura del derecho”,⁸⁸ que según la teoría tradicional, el sujeto derecho es quien es sujeto de una obligación jurídica, o de un derecho subjetivo. Pero como quiera que en el lenguaje jurídico tradicional la función de producción o aplicación de normas jurídicas se atribuye a la comunidad jurídica, el concepto de sujeto de un poder jurídico coincide con el de órgano de derecho. Sin embargo, explica Kelsen, debe advertirse que al expresar que un individuo es sujeto de una obligación jurídica, o que tiene una obligación, no se alude sino a que una conducta determinada de ese individuo es contenido de una obligación estatuida por el orden jurídico, es decir, que la conducta contraria es convertida en condición de una sanción y que con la expresión de que un individuo es sujeto de un poder jurídico, de una facultad o de una competencia, no se dice más sino que,

⁸⁸ H. Kelsen, *Teoría pura del derecho*, editorial Porrúa, México, 1997, p. 178.

según el orden jurídico, actos determinados de ese individuo producen o aplican normas jurídicas, o que determinados actos de ese individuo participan en la producción o aplicación de normas jurídicas.

Según Kelsen el concepto según el cual el hombre es sujeto de derecho en cuanto le corresponda la posibilidad de autodeterminarse y cuanto tiene una voluntad, es decir, por ser libre, tiene un carácter evidentemente ficticio, ya que sólo encontramos autonomía en un sentido muy limitado e impropio. Nadie –dice– puede hacerse así mismo de derechos, “ya que el derecho de uno sólo aparece presuponiendo la obligación del otro, y tal relación jurídica según el orden jurídico objetivo, por lo común sólo puede constituirse, en el campo del derecho privado, a través de las declaraciones coincidentes de voluntad de dos individuos” y esto es así únicamente porque el contrato ha sido establecido por el derecho objetivo como un hecho productor de derecho. La idea de que la existencia del sujeto de derecho, como portador del derecho subjetivo, sea una categoría trascendente, tiene únicamente una función ideológica: la idea de un sujeto de derecho, independiente de su existencia del derecho objetivo, como portador de un derecho subjetivo, sirve para proteger la institución de la propiedad privada de su eliminación por el orden jurídico.

Tanto la persona física como la persona jurídica que tiene, como su portador, obligaciones jurídicas y derechos subjetivos, es o consiste en esas obligaciones y derechos subjetivos. La persona es un conjunto de obligaciones jurídicas y derechos subjetivos, cuya unidad se expresa metafóricamente en el concepto de persona. La persona no es más que la personificación de esa unidad.

Ya que sólo mediante la conducta humana puede ejercerse un derecho o cumplirse una obligación, es claro que no pueda ser la referencia un hombre la característica distintiva entre la persona física y la persona jurídica. Así como el derecho subjetivo no es un interés protegido por el derecho, sino la protección jurídica de un interés, la persona física no es el hombre que tiene derechos y obligaciones, sino la unidad de derechos y obligaciones cuyo contenido es el comportamiento de un hombre. Esta unidad se expresa también en el concepto de sujeto de derecho. Así que

persona jurídica es la unidad de un conjunto de obligaciones jurídicas y de derechos subjetivos y como quiera que esas obligaciones jurídicas y esos derechos subjetivos son estatuidos por normas jurídicas o son normas jurídicas, el problema de la persona consiste en el problema de la unidad de un conjunto de normas y la cuestión consiste en establecer cuan sea en uno y otro caso, el factor que establece esa unidad. La persona física es, por lo tanto, no un hombre, sino la unidad personificada de las normas jurídicas que obligan y facultan a uno y al mismo hombre. No se trata de una realidad natural sino de una construcción jurídica creada por la ciencia del derecho, de un concepto auxiliar para la exposición de hechos jurídicamente relevantes.

Cuando el orden jurídico impone obligaciones o estatuye derechos, que serán entendidos como propios de la asociación, sólo puede tratarse de obligaciones cuyo cumplimiento o violación, y de derechos cuyo ejercicio se efectúa a través de un comportamiento de individuos pertenecientes a la asociación. De ahí que el orden jurídico estatal cuando impone obligaciones a una sociedad, o le otorga derechos, el que determina únicamente el elemento material de la conducta que es contenido de la obligación o del derecho, dejando la determinación del elemento personal, es decir, del hombre que cumplirá la obligación o ejercerá el derecho al estatuto, de suerte que la relación entre el orden jurídico estatal y la persona jurídica que él obliga o faculta, es la relación entre dos órdenes jurídicos: uno total y otro parcial.

La persona jurídica, al igual que la persona física, es pues una construcción de la ciencia del derecho. Cuando se afirma que el orden jurídico otorga a un hombre personalidad jurídica, sólo se quiere decir que el orden jurídico convierte el comportamiento de un hombre en el contenido de obligaciones y derechos y es la ciencia del derecho la que da expresión a la unidad de esas obligaciones y derecho mediante el concepto de persona física, que difiere del concepto de hombre. Cuando se dice que el orden jurídico concede a una agrupación personalidad jurídica, ello significa que el orden jurídico estatuye obligaciones y derechos cuyo contenido es la conducta de seres humanos que son los órganos o los miembros de la asociación constituida por los estatutos, y que esta compleja situación puede ser descrita con ventaja, en cuanto de una

manera relativamente más simple, mediante el recurso auxiliar de una personificación del estatuto constituyente de la asociación; pero esta personificación, y su resultado, el concepto auxiliar de persona jurídica, es un producto de la ciencia que describe el derecho, y no un producto del derecho mismo.

6. EL CARÁCTER INSTRUMENTAL DE LA PERSONIFICACIÓN

Si la personalidad jurídica no es más que una construcción jurídica creada por la ciencia del derecho, un concepto auxiliar para la exposición de hechos jurídicamente relevantes, resulta evidente que el abuso de la personificación y el fraude a la ley introducen en el ordenamiento jurídico mismo elementos de distorsión que deben ser reprimidos. La crisis de la persona jurídica conduce de tal modo a las técnicas del levantamiento del velo societario y del desenmascaramiento como sanción a la ilicitud o antijuridicidad de las conductas asociativas, con la finalidad de penetrar la personalidad jurídica y aplicarle a las personas ocultas detrás de ella la legalidad burlada.

Aproximación al estudio del recurso de apelación y de casación en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente

Mariolga QUINTERO TIRADO*
Pedro Pablo CALVANI**

SUMARIO:

- 1. De la apelación en general: 1.1 *Del trámite del recurso.* 1.2 *De los nuevos ordenamientos procesales.***

* **Universidad Central de Venezuela**, Abogada Magna *Cum Laude*, Doctora en Derecho, Profesora de Derecho Procesal Civil pre y postgrado. **Universidad Católica Andrés Bello**, Profesora de Derecho Procesal Civil pre y postgrado. **Facultad Internacional para la enseñanza de Derecho Comparado**, Estrasburgo, Postgrado en Derecho Comparado. **Asociación de Derecho Comparado**, **Asociación Internacional de Derecho Procesal**, **Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal**, **Instituto Venezolano de Estudios de Derecho Procesal**, actual Presidenta. Ejerce su profesión en **Escritorio Jurídico**.

** **Universidad Central de Venezuela**, Abogado, *Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, *Escuela de Derecho*, Profesor de Derecho Civil IV. **Universidad Santa María**, Ex Profesor. **Instituto de Formación Bancaria**, Ex Profesor. **Tribunal de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito**, Ex Juez. Ejercicio libre de la profesión.

2. **De la apelación en la Ley Orgánica para la Protección de Niños y Adolescentes (LOPNA) y conclusiones:** 2.1 *Del procedimiento.* 2.2 *Algunas conclusiones.*
3. **El ejercicio del recurso de casación civil a la luz del artículo 490 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente: De su interpretación a los fines de determinar su verdadero alcance:** 3.1 *Planteamiento del problema.* 3.2. *Doctrina de Protección Integral y Principio de Interés Superior del Niño como presupuestos necesarios para la interpretación de las normas de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente.* 3.3 *La familia como medio natural y primario de desarrollo del niño: previsiones de Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente y de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.* 3.4 *Del status jurídico del niño dentro de la familia: los estados familiares.* 3.5 *De la vía recursiva casacional.*

1. DE LA APELACIÓN EN GENERAL

1.1 DEL TRÁMITE DEL RECURSO

INTRODUCCIÓN

El principio de la doble instancia y la garantía de la defensa (ordinal 1º del artículo 49 de la Constitución) estructuran el recurso de apelación, sustentado en la proposición de que todas las sentencias que hagan cesar el primer grado de conocimiento deben ser recurribles.

En mérito de la naturaleza de ese medio recursivo y las plenas facultades del Tribunal *ad quem* para resolverlo, el sistema impugnatorio debe recibir una adecuada regulación que posibilite, como derivación del derecho al debido proceso, que los justiciables tengan acceso a la apelación consagrada legalmente.

Sin embargo, la institución no ha recibido en los recientes ordenamientos procesales o en la regulación singularizada de la misma por las leyes de cercana adopción un tratamiento cónsono con su estirpe constitucio-

nal, sino más bien se observa la ausencia de una normativa común y de la observancia de las garantías básicas en esa fase de conocimiento, al extremo que en algunas pautas se siente menguado el ejercicio del derecho a la defensa.

En el sistema procesal civil y mercantil, seguido o remitido por algunos ordenamientos, el ejercicio del recurso se limita a que la parte exprese, en diligencia o escrito, su intención de apelar y luego en el Tribunal de alzada se fija un término para formalizar la apelación, a través de los denominados informes y sus réplicas contenidas en sus observaciones.

Ahora bien, con el advenimiento de los procesos orales, salvo el regulado en el Código de Procedimiento Civil que sigue el mismo trámite que el juicio ordinario, la situación ha variado.

En algún supuesto se exige que la apelación sea fundada, esto es, que se desarrollen en el escrito de formalización las razones que sustentan la impugnación de la sentencia, con plazo para que el apelado exprese los motivos en virtud de los cuales considera el recurso inadmisibles o improcedentes. En otro, la interposición del recurso se limita a una mera declaración de incoación y una vez aventajado el trámite de la admisión, ante el Tribunal *ad quem*, en forma oral, se formaliza la apelación con oportunidad para la parte contraria de ejercer su derecho de atacar la pretensión impugnatoria.

De otra faz, uno de los aspectos más importantes del procedimiento de apelación es garantizar que se cumpla el principio de bilateralidad, porque no puede predicarse que, en la segunda fase de conocimiento, existen razones para impedir a la parte contraria del apelante que esgrima motivos para combatir los defectos o irregularidades que el impugnante imputa a la resolución que se pronunció en la primera instancia.

Todo al contrario, en la escalada del ejercicio del derecho de la defensa, el adversario debe gozar de la oportunidad de rebatir la exposición de los argumentos sugeridos por el apelante.

Ciertamente, a ello accede el objeto de conocimiento de la apelación, que está constituido por las alegaciones de la parte apelante y de la apelada

en esa fase del proceso y que fija los límites para que *ad quem* se pronuncie en congruencia con lo deducido por los justiciables en contención.

Corresponde así al legislador establecer un cauce que haga efectivo el derecho al doble juzgamiento, que implica el derecho a ser oído y defenderse en la segunda instancia.

1.2 DE LOS NUEVOS ORDENAMIENTOS PROCESALES

Veamos cómo se produce la interposición del recurso de apelación y se denuncian los agravios en las más recientes normativas.

El Código Orgánico Procesal Penal dispone lo siguiente:

Artículo 448.- Interposición. El recurso de apelación se interpondrá por escrito debidamente fundado ante el tribunal que dictó la decisión, dentro del término de cinco días contados a partir de la notificación.

Cuando el recurrente promueva prueba para acreditar el fundamento del recurso, deberá hacerlo en el escrito de interposición.

Artículo 449.- Emplazamiento. Presentado el recurso, el Juez emplazará a las otras partes para que lo contesten dentro de tres días y, en su caso, promuevan prueba.

Transcurrido dicho lapso, el Juez, sin más trámite, dentro del plazo de veinticuatro horas, remitirá las actuaciones a la corte de apelaciones para que ésta decida.

Sólo se remitirá copia de las actuaciones pertinentes o se formará un cuaderno especial, para no demorar el procedimiento.

Excepcionalmente, al corte de apelaciones podrá solicitar otras copias o las actuaciones originales, sin que esto implique la paralización del procedimiento.

Artículo 450.- Procedimiento. Recibidas las actuaciones, la Corte de Apelaciones, dentro de los tres días siguientes a la fecha del recibo de las actuaciones, decidirá sobre su admisibilidad.

Admitido el recurso, resolverá sobre la procedencia de la cuestión planteada dentro de los diez días siguientes.

Si alguna de las partes ha promovido prueba y la Corte de Apelaciones la estima necesaria y útil, fijará una audiencia oral dentro de los diez días siguientes a la recepción de las actuaciones y resolverá al concluir la audiencia.

Por su parte, la Ley Orgánica Procesal del Trabajo establece:

Artículo 161.- De la sentencia definitiva dictada por el Juez de Juicio se admitirá apelación dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al vencimiento del lapso para la publicación del fallo en forma escrita. Esta apelación se propondrá en forma escrita ante el Juez de Juicio, quien remitirá de inmediato el expediente al Tribunal Superior del Trabajo competente (...).

Artículo 163.- Al quinto (5°) días hábil siguiente al recibo del expediente, el Tribunal Superior del Trabajo competente fijará, por auto expreso, el día y la hora de la celebración de la audiencia oral, dentro de un lapso no mayor a quince (15) días hábiles, contados a partir de dicha determinación.

Con relación a los expertos, el Tribunal ordenará su comparecencia, previa notificación de los mismos.

Artículo 164.- En el día y la hora señalados por el Tribunal Superior del Trabajo para la realización de la audiencia, se producirá la vista de la causa bajo la suprema y personal dirección del Tribunal. En el supuesto que no compareciere a dicha audiencia la parte apelante, se declarará desistida la apelación y el expediente será remitido al Tribunal de Sustanciación, Mediación y Ejecución correspondiente.

En cuanto a la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, no contempla forma para la interposición del recurso, siendo la normativa respectiva la siguiente:

Artículo 244.- Oída la apelación, al ser recibidos los autos, el Juzgado Superior Agrario les dará entrada y fijará un lapso de ocho (8) días de despacho para promover y evacuar las pruebas permitidas en segunda instancia. El Juzgado podrá instruir las que crea conveniente. En la alzada podrán producirse las pruebas de instrumentos públicos, posiciones juradas y el juramento decisorio.

Precluido el lapso probatorio, se fijará una audiencia oral, la cual se verificará al tercer día de despacho siguiente a la preclusión del lapso anterior, en la cual se evacuarán las pruebas y se oirán los informes de las partes.

Verificada esta audiencia, se dictará sentencia en audiencia oral dentro de los tres (3) días de despacho siguientes a la preclusión de la misma. El Juez deberá extender la publicación del fallo en el expediente, dentro de los diez (10) días continuos siguientes al proferimiento oral de la sentencia.

El Código Procesal Modelo para Iberoamérica y el de Uruguay regulan la institución de esta forma:

Art. 223.- (Trámite)

223.1. Todo recurso de apelación contra una sentencia definitiva se interpondrá en escrito fundado dentro del plazo de quince días, sustanciándose con un traslado a la contraparte con plazo similar.

Al evacuar el traslado a la contraparte podrá adherir al recurso fundando a la vez sus agravios, en cuyo caso se correrá traslado al primer apelante por el plazo de quince días. La apelación y la adhesión no fundadas se rechazarán de plano, teniéndose por no deducido el recurso.

223.2. Tanto en el escrito de interposición del recurso como en el de contestación al mismo, podrán las partes solicitar el diligenciamiento de prueba en segunda instancia exclusivamente en los siguientes casos:

1.- Si se tratare de producir la prueba regulada por los artículos 138 y 143, con referencia a hechos que no hubieren sido objeto de esa misma probanza en la instancia anterior.

2.- Si se tratare de presentar el documento de fecha posterior a la de conclusión de la causa o anteriores, cuando en este último caso se afirmare, bajo juramento, no haber tenido antes conocimiento de los mismos; circunstancia que el Tribunal apreciará, pudiendo requerir información sumaria que la acredite.

3.- Si se tratare de acreditar hechos nuevos, conforme con lo dispuesto por el artículo 114.2.

223.3. El recurso de apelación contra las sentencias interlocutorias se rige por lo dispuesto por las sentencias definitivas, con las siguientes modificaciones:

1.- Si se tratare de providencia pronunciada fuera de audiencia, el plazo para la interposición del recurso será de cinco días igual que el del traslado y el de la contestación a la adhesión o la apelación.

2.- Si se tratare de providencia pronunciada en audiencia, deberá anunciarse la apelación en ella e interponer conjuntamente con el recurso de reposición dentro del mismo plazo y sustanciándose por los mismos trámites indicados en el numeral anterior.

3.- Si se tratare de providencia pronunciada en audiencia y procediere la apelación con efecto diferido, el re-

curso se interpondrá en la propia audiencia conjuntamente con el de reposición, que se resolverá de inmediato (artículo 216.3). Se procederá, en lo demás, según lo dispuesto por el artículo 221.3.

4.- Sólo se admitirá la prueba documental conforme con lo dispuesto por el numeral 2° del ordinal 2 de este artículo.

Art. 224.- (Régimen de la adhesión a la apelación).

La adhesión a la apelación tiene carácter secundario, decayendo en todos los casos en que quede privada de efecto la apelación principal o se desista de la misma.

Art. 225.- (Resolución del Tribunal inferior).

Interpuesta en tiempo y forma la apelación, el Tribunal la admitirá, si fuere precedente y expresará el efecto con que la admite (Artículo 221).

Si el recurso no fuere admitido, el apelante podrá recurrir conforme con lo establecido en la Sección V de este Capítulo.

Art. 226.- (Procedimiento en la instancia superior).

Recibidos los autos por el Tribunal superior y si se hubiere solicitado el diligenciamiento de prueba, se decidirá lo que al respecto sea procedente; contra lo resuelto no cabrá recurso alguno. En todo lo demás, se procederá conforme con lo dispuesto por el artículo 299.

Y finalmente, la Ley de Procedimiento Marítimo no innovó al limitarse disponer en su **artículo 22** que “De las decisiones dictadas por los Tribunales Superiores Marítimos se oirá recurso de casación de conformidad con las disposiciones del Código de Procedimiento Civil”.

Observamos, en consecuencia:

1.2.1 Que en todos los sistemas, salvo en el proceso penal, la competencia funcional sobre la admisión del recurso la tiene el órgano jurisdiccional que dictó la decisión recurrida y ante el cual se interpone la apelación, y que, por ende, ese tribunal también tiene competencia para declarar la admisión o no del medio de impugnación.

1.2.2 Que sólo en el proceso penal y en el Código Iberoamericano y de Uruguay se prevé que la apelación sea fundamentada al deducirse y que se dé traslado del escrito de agravios a la parte contraria, quien tiene la oportunidad de contestarlo o adherirse, caso este último que abrirá un lapso para que el primer apelante refute las alegaciones de su contrario.

1.2.3 En los demás ordenamientos indicados, siendo esquivo el proceso marítimo, el apelante se limita a manifestar su voluntad de incoar el recurso y comparecer a la vista oral para formalizarlo, lo que constituye una carga, ya que si no asiste se entiende desistido el recurso.

2. DE LA APELACIÓN EN LA LEY ORGÁNICA PARA LA PROTECCIÓN DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE (LOPNA) Y CONCLUSIONES

2.1 DEL PROCEDIMIENTO

El principio de la doble instancia se estructura en la LOPNA con un cauce simple no compatible con las modalidades de los procesos orales novedosos. En efecto, el abanico del articulado queda en la siguiente forma restringido:

Artículo 486.- Apelación. Contra las sentencias o resoluciones dictadas por la Sala de Juicio que pongan fin al proceso se oirá apelación, en ambos efectos, y contra las sentencias interlocutorias que producen gravamen irreparable, en un solo efecto.

Artículo 487.- Términos para la apelación. En el caso de las sentencias o resoluciones que pongan fin al proceso, el recurso debe interponerse dentro de los cinco días siguientes a aquel en que se dictó la decisión. En las demás sentencias, el recurso debe interponerse en el término de tres días.

Artículo 488.- Legitimación. Podrán apelar las partes, el Ministerio Público y quienes tengan interés directo e inmediato en la materia del juicio.

Artículo 489.- Formalización del recurso y sentencia. La Corte Superior del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente fijará, dentro de los cinco días siguientes al recibo del expediente, una oportunidad para la formalización del recurso.

El día y hora señalados, el apelante deberá formalizar oralmente el recurso ante la Sala de Apelaciones, con indicación precisa del o de los puntos de la sentencia con los cuales no está conforme y las razones en las cuales se funda. Si la parte contraria asiste, se le oirá. La sentencia deberá pronunciarse dentro de los diez días siguientes.

Las distancias que notamos con las modalidades del recurso de apelación en un modelo perfeccionado es que, en la especie contemplada en esta normativa, el recurrente no ha de manifestar en la diligencia o escrito de interposición del recurso las razones expresas de su solicitud de anulación, para su fundamentación, con lo cual sigue atendida al régimen del anuncio sin denunciar las alegaciones en que se sustenta la impugnación. Y, en consecuencia, se omite el trámite de oposición a la apelación ante el Juez de la causa.

De otra cara, limita la posibilidad que el recurrente o su adversario solicite en la primera instancia, con motivo de la incoación de la apelación, o en la segunda fase de conocimiento la práctica de diligencias probatorias.

Luego, no hay previsión para la adhesión a la apelación, ni trámite específico para el suceso de negativa de admisión del recurso, ni se preceptúa el sistema de intervención recursiva de terceros.

Y además, lo que acontece en el ámbito del procedimiento ante el *ad quem* es una vista con formalización oral, a la que puede asistir el apelado a quien “se le oirá”, con lo cual no se aborda con detenimiento el objeto de la apelación, la bilateralidad de la audiencia con un debate equilibrado de informes, réplica y contrarréplica y la debida determinación para conocimiento de la Corte de los fundamentos del recurrente solicitando que sea estimada su impugnación y revocada la sentencia y de los basamentos del recurrido que niegan aplicabilidad a aquéllos para que sea confirmada la decisión.

Finalmente, indicamos que la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia ha interpretado que la comparecencia del apelante en la oportunidad de la formalización de su recurso constituye una carga, por lo que su pasividad se interpreta como un desistimiento del mismo.

Así, la sentencia N° RC154 del 13 de marzo de 2003, con ponencia del magistrado Juan Rafael Perdomo, expediente N° 02587, declaró:

Por su parte, el artículo 162 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, prevé:

En la audiencia en que se dé cuenta de un expediente enviado a la Corte en virtud de apelación, se designará ponente y se fijará la décima audiencia para comenzar la relación. Dentro de ese término el apelante presentará escrito en el cual procesará las razones de hecho y de derecho en que se funde. Vencido ese término, correrá otro de cinco audiencias para la contestación de la apelación. Si el apelante no presentare el escrito en el lapso indicado, se considerará que ha desistido de la apelación y así lo declarará la Corte, de oficio o a instancia de parte.

Tal disposición legal, aplicada al proceso contencioso administrativo, debió influir en la adopción, por el legislador, del artículo 489 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, por lo que la jurisprudencia sobre la interpretación de aquella disposición deberá orientar la aplicación de esta

última. Ésta se expresa en términos más categóricos respecto a la obligación del apelante de señalar al Tribunal de Alzada cuál es la materia que quiere someter a su conocimiento. El artículo 489 de la citada ley, es del tenor siguiente:

La Corte Superior del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente fijará, dentro de los cinco días siguientes al recibo del expediente, una oportunidad para la formalización del recurso.

El día y hora señalados, el apelante deberá formalizar oralmente el recurso ante la Sala de Apelaciones, con indicación precisa del o de los puntos de la sentencia con los cuales no está conforme y las razones en las cuales se funda. Si la parte contraria asiste, se le oirá. La sentencia deberá pronunciarse dentro de los diez días siguientes.

En efecto, dispone la citada norma, que el apelante deberá formalizar oralmente el recurso con precisión del o de los puntos de la sentencia con los cuales no está conforme y las razones en las cuales se funda. La Ley impone al apelante una carga, no un deber, o una obligación, o un derecho. La carga impuesta por la ley tiene que ser cumplida para que el acto al cual se refiere sea eficaz. Pero, además, el artículo 489 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, emplea el término formalizar, que en el lenguaje jurídico debe entenderse como la necesidad de revestir un acto con determinados requisitos legales. Tales requisitos son, en este caso, precisar el o los puntos de la sentencia con los cuales no está conforme y las razones en las cuales se funda.

La omisión de tal formalidad, o la defectuosa formalización, deben ser interpretadas por el juez de alzada como desistimiento de la apelación por falta de precisión de los puntos de la sentencia apelada sobre los cuales debe pronunciarse, es decir, cuál es el *thema decidendum*. Lo dispuesto por la Ley, respecto a la formalización, es consecuencia del principio dis-

positivo que atribuye a las partes la carga de fijar los límites de la controversia. En consecuencia, el apelante ante la Corte Superior del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente no sólo tendrá que cumplir con la carga de precisar el o los puntos de la sentencia apelada con los cuales no está conforme, sino que además deberá señalar las razones o fundamentos de su inconformidad, so pena de considerar –se insiste– desistido el recurso, pues al ser una carga, la parte tiene que realizar en su propio interés la conducta ordenada por la norma o de lo contrario, sufrirá las consecuencias perjudiciales que su incumplimiento acarrea.

El Tribunal de Alzada, en virtud de la disposición aludida, se limitará a decidir sobre aquellas cuestiones señaladas por el apelante, sin poder extenderse a ninguna otra, a no ser que se trate de violaciones de naturaleza constitucional o de orden público, casos en los cuales podrá obrar de oficio.

Con el respeto que nos merece esta línea jurisprudencial, debemos manifestar que discrepamos de ella, porque entiendo que la inasistencia del apelante no puede vallar a que el Tribunal *ad quem* pueda pronunciarse sobre el recurso en términos de estricta legalidad.

2.2 ALGUNAS CONCLUSIONES

Se constata que no hay una regulación normativa uniforme en los modelos que se asumen para la segunda fase de conocimiento.

En algunos el tema alegatorio se desarrolla en la primera instancia con traslado del escrito de agravios al apelado para que formule su oposición. En otros, el trámite alegatorio se produce al concluir la etapa probatoria, si se dio, en el acto de la vista oral. En el caso de los procesos de niños y adolescentes sólo se formaliza la apelación en la oportunidad que indique la Corte y en los laborales el Tribunal fija el término para la realización de la audiencia oral para que las partes expongan sus pretensiones. Y en el régimen ordinario la fase de informes con sus respectivas observaciones ocurre en un iter que se cumple ante al *ad quem*.

Se pudiera sostener que lo regular que se preceptúa en los procesos orales es la celebración de la vista pública, con decaimiento del recurso si el apelante no asiste, atribuyéndole a la falta de cumplimiento de esta carga los efectos de un desistimiento.

Participamos de la convicción que en cualquier proceso, independientemente de su carácter oral o escrito, la mejor fórmula para que se haga efectiva la audiencia bilateral es que la apelación se formalice documentalmente ante el Tribunal de la causa con notificación del apelado para que exponga sus argumentos en contrario y una vista pública en la fase del recurso para que se produzca el debate oral, una vez vencida la etapa probatoria. Y que, en el evento que se omita esa formalización en la primera instancia, la fase de alegaciones deberá efectuarse ante el *ad quem*, al superarse el trámite probatorio, para que las alegaciones de las partes abarquen en sus argumentaciones no sólo los hechos y las normas jurídicas, sino también las pruebas evacuadas en el Juzgado Superior que hayan arrojado elementos de convicción no considerados o que modifiquen los términos de la sentencia recurrida.

Si consideramos lo expuesto bajo el prisma de la celeridad que se quiere ganar con la oralidad, no encontramos nada significativo que la trabe, sino más bien que esa fórmula de tramitación de la apelación no sólo permite el ejercicio adecuado del recurso, sino que gana en eficacia el desarrollo del principio del contradictorio y se precisan los términos de la pretensión impugnatoria y su contestación, en aras del valor justicia.

Por último, somos de la tesis que, en una mayor graduación, la revisada configuración del trámite devaluado de la apelación en los procesos de la LOPNA puede adecuarse a un mejor modelo con el fin de proveer una adecuada respuesta judicial que sea nutrida por un debido ejercicio del contradictorio.

3. EL EJERCICIO DEL RECURSO DE CASACIÓN CIVIL A LA LUZ DEL ARTÍCULO 490 DE LA LEY ORGÁNICA PARA LA PROTECCIÓN DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE: DE SU INTERPRETACIÓN A LOS FINES DE DETERMINAR SU VERDADERO ALCANCE

3.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El artículo 490 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente establece:

El recurso de casación puede proponerse contra las sentencias que la Corte Superior del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente dicte en materia de estado civil de las personas y en asuntos patrimoniales y laborales en aquellos casos en los cuales dicho recurso proceda, conforme a la ley respectiva.

De acuerdo con la citada norma pareciera, entonces, que el ejercicio del recurso extraordinario de casación en el ámbito de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente está limitado al estado civil de las personas y a los asuntos patrimoniales y laborales, y que todos los otros asuntos cuyo conocimiento corresponda a la Corte de Apelación quedan excluidos de dicha revisión extraordinaria.

Sin embargo, dada la estructura de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente y los principios que la informan así como los principios contenidos en la Constitución, ese no puede ser, bajo ningún respecto, el sentido del mencionado artículo 490. Es más, entendemos que la interpretación de dicha norma no puede limitarse a la interpretación literal –que como mecanismo único de interpretación, sólo cabe respecto de aquellas disposiciones que por su claridad no requieren de otro método– porque, de hacerlo, se estarían limitando los derechos de los niños y adolescentes. Por ende, tomando en consideración los principios que están recogidos en la ley, la interpretación de dicha norma debe efectuarse de manera sistemática, de acuerdo con los principios y postulados asumidos por la propia Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente –que se dicta en razón de la ratificación por

parte de Venezuela, de la Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños— para, a través de ello, satisfacer la verdadera finalidad de dicha ley: realizar la “nueva forma de convivencia social, que reconoce a los niños y adolescentes como un sector fundamental de la población que debe recibir toda la atención necesaria para su pleno desarrollo.

3.2 DOCTRINA DE PROTECCIÓN INTEGRAL Y PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO COMO PRESUPUESTOS NECESARIOS PARA LA INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS DE LA LEY ORGÁNICA PARA LA PROTECCIÓN DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE

Debemos partir, necesariamente, de que la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente —publicada en la *Gaceta Oficial* N° 5.266 Extraordinario, del 2 de octubre de 1998 y que entró en vigencia el 1° de abril de 2000— cambia la vieja concepción que estaba implícita en la Ley Tutelar del Menor por la doctrina de la Protección Integral del Niño y del Adolescente. Así, mientras aquella ley se basaba en la situación irregular, circunstancia ésta que tal y como deriva de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente se traduce en “ningún derecho para muchos niños” —esto es, los niños no tienen derechos sino necesidades que deben ser satisfechas—, la nueva legislación no sólo está inspirada sino que desarrolla la doctrina de la Protección Integral, en la que los niños y adolescentes son reconocidos como sujetos de derecho titulares de derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales y, en tal virtud, tales derechos deben ser resguardados y garantizados en razón del Interés Superior del Niño.

Ahora bien, como la referida Exposición de Motivos expresa que el Principio del Interés Superior del Niño se erige en “*premisa fundamental*” de la doctrina de Protección Integral, el mismo “*es la base para la interpretación y aplicación de la normativa para los niños y los adolescentes*” estableciendo “*líneas de acción de carácter obligatorio para todas las instancias de la sociedad y pone límite a la discrecionalidad de sus actuaciones*”.

Es así como, entre otros, la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente establece en el **artículo 1** que la ley “tiene por objeto garantizar a todos niños y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías, a través de la protección integral que el Estado, la sociedad y la familia deben brindarles desde el momento de su concepción”; en el **artículo 4** prevé que “el Estado tiene la obligación indeclinable de tomar todas las medidas administrativas, legislativas, judiciales, y de cualquier otra índole que sean necesarias y apropiadas para asegurar que todos los niños y adolescentes disfruten plena y efectivamente de sus derechos y garantías”; en el **artículo 7** se consagra la prioridad absoluta de los derechos y garantías de los niños y adolescentes; en el **artículo 8** consagra el Interés Superior del Niño como principio que está dirigido a asegurar el desarrollo integral de los niños y adolescentes así como el disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías, establece la forma como se ha de determinar el interés superior del niño en una situación concreta y prevé que cuando hubiere conflicto de derechos e intereses, prevalecerán los de los niños y adolescentes.

En ese mismo sentido, tenemos que de acuerdo con lo dispuesto en el **artículo 12**, los derechos y garantías de los niños y adolescentes son inherentes a la persona humana y, por ende, son de orden público, intransigibles, irrenunciables, interdependientes entre sí e indivisibles.

Por otra parte, conviene resaltar que en los Capítulos II y III del Título II de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, se señalan cuáles son los derechos, garantías y deberes de los niños y adolescentes los que, enunciadamente, ascienden al menos a 40 derechos.

Por consiguiente, de la propia Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente surge con extrema claridad que los niños y adolescentes tienen derecho y garantías que deben ser protegidos y resguardados, de manera preferente, pues ellos son personas humanas en formación y desarrollo y surge, también, el que para la interpretación de su normativa se debe tener en cuenta la Doctrina de Protección Integral y el Principio del Interés Superior del Niño.

3.3 *LA FAMILIA COMO MEDIO NATURAL Y PRIMARIO DE DESARROLLO DEL NIÑO: PREVISIONES DE LEY ORGÁNICA PARA LA PROTECCIÓN DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE Y DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA*

Siguiendo el esquema de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, nos encontramos con que la familia pasa a tener un rol fundamental respecto del desarrollo de los niños y adolescentes toda vez que “la Protección Integral comienza dentro de la familia, grupo natural y primario en un doble sentido. A la comunidad familiar corresponde no sólo la procreación, sino también la formación y desarrollo del niño y adolescente, como medio impretermitible. Y además, porque la defensa y la protección del niño y del adolescente pasa necesariamente por la defensa, protección y fortaleza del grupo familiar para que sea correctamente ejercida”.¹

Tan importante es el papel de la familia en el desarrollo del niño y del adolescente que en la Exposición de Motivos de la ley se afirma que “*la Convención* (Convención Internacional sobre los Derechos del Niño) *desde su preámbulo y en varios de sus artículos se refiere al papel fundamental que debe desempeñar la familia en la garantía de los derechos del niño. En efecto, el preámbulo dice expresamente que “el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”. Este principio genera cambios fundamentales en las políticas sociales dirigidas a niños y adolescentes. (...) Con la adopción del nuevo paradigma (la Protección Integral) se privilegia la familia como el medio natural y primario donde se garantiza el desarrollo y la protección del niño y del adolescente. A tal efecto, el Estado debe brindar a la familia la ayuda necesaria para poder asumir plenamente sus responsabilidades. Apoyando a la fa-*

¹ Tomado del resumen del trabajo *El derecho a la subsistencia: Postulado de la Protección Familiar*, César Ramos, *De los Menores a Los Niños Una Larga Trayectoria*, Edic. Instituto de Derecho Privado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV, 1999, p. 285.

*milia se estará apoyando al niño. **Este principio obliga al Estado a evitar medidas que separen al niño de su familia** (...). Ante cualquier circunstancia, se debe tomar en cuenta primero la familia, luego los parientes más cercanos y sólo en casos excepcionales se aplicarán medidas como la colocación en hogares sustitutos o adopción y, en último caso, su colocación en entidades de atención”.*

El papel fundamental de la familia en el desarrollo del niño deriva del Principio de la Prioridad Absoluta de sus derechos y garantías –previsto en el artículo 8 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente– pues el niño, según expresa la Exposición de Motivos, *“es una persona humana en condiciones peculiares de desarrollo, lo cual hace de él un ser humano completo en cada fase de su crecimiento (...), porque cada niño es la continuidad de su familia, de su pueblo y de la especie humana”.*

De igual forma, ese papel fundamental de la familia viene ratificado por el derecho a la identidad que conforme a la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, tienen los niños y adolescentes, máxime cuando la identidad familiar de un hijo no es un puro dato biológico, ya que una cosa es engendrar un hijo y otra muy distinta, es la de generar la identidad del hijo.

Es de hacer notar que la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente fue aprobada en 1998 y que durante su período de *vacatio legis*, entró en vigencia la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en la que se acogió la doctrina de Protección Integral –dándole de esta manera rango constitucional a dicha doctrina, al Principio del Interés Superior del Niño y a la prioridad absoluta de sus derechos y garantías– enmarcándola dentro de la familia y señalando que ésta constituye el medio idóneo para el desarrollo de la persona, en razón del fundamento que atribuye a las relaciones familiares.

Así, el artículo 75 dispone:

El Estado protegerá a las familias como asociación natural de la sociedad y como espacio fundamental para el desarrollo in-

tegral de las personas. Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes, la solidaridad, el esfuerzo común, la comprensión mutua y el respeto recíproco entre sus integrantes. (...). Los niños, niñas y adolescentes tiene derecho a vivir, ser criados o criadas y a desarrollarse en el seno de la familia de origen. Cuando ello sea imposible o contrario a su interés superior, tendrán derecho a una familia sustituta, de conformidad con la ley.

Por su parte, el artículo 78 dispone:

Los niños, niñas y adolescentes son sujetos plenos de derechos y estarán protegidos por la legislación, órganos y tribunales especializados, los cuales respetarán, garantizarán y desarrollarán los contenidos de esta Constitución, la Convención sobre los Derechos del Niño (...). El Estado, las familias y la sociedad asegurarán, con prioridad absoluta, protección integral, para lo cual se tomará en cuenta su interés superior en las decisiones y acciones que conciernan. (...).

A partir de las disposiciones constitucionales citadas y de los principios que informan la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, tenemos, entonces, que la familia no sólo está llamada a participar sino que su actuación es preponderante en la defensa y preservación de los derechos y garantías de los niños porque el seno de ella es el lugar ideal, óptimo e idóneo en el que éstos puedan desarrollarse a cabalidad como personas humanas que son.

3.4 *DEL STATUS JURÍDICO DEL NIÑO DENTRO DE LA FAMILIA: LOS ESTADOS FAMILIARES*

De acuerdo con lo antes expuesto, tenemos que la familia se erige en el medio ideal, óptimo e idóneo en el que los niños y adolescentes puedan desarrollarse a cabalidad como personas humanas que son. De tal manera, pues, es necesario precisar qué entendemos por familia, así:

En un sentido amplio, la familia es el “conjunto de personas unidas entre sí por vínculos legales de matrimonio o de parentesco o de adopción”.² Como tal noción comprende las relaciones paterno-filiales y las parentales, el mismo se refiere a un sinnúmero de personas –pues no se determina cuál es la clase de parentesco y cuál es el grado de que se trata cualquier pariente–; y dado que desde el punto de vista jurídico el parentesco adquiere mayor o menor relevancia dependiendo de la clase y al grado que fuese –ya que no todo parentesco produce efectos jurídicos–, es menester recurrir a una noción más restringida.

Por consiguiente, una noción más restringida de la familia es el grupo de personas formado por el padre, la madre y los hijos de éstos con exclusión de los demás parientes. En esta noción restringida se encuentran presentes, pues, el matrimonio –cuando se hace referencia al padre y a la madre– y la filiación y la adopción –cuando se alude a los hijos–.

Ahora bien, tanto el matrimonio como la filiación y la adopción son fuentes de relaciones jurídicas de orden familiar, a partir de las cuales surge “entre las personas una situación peculiar y característica del Derecho de Familia, que se denomina *estado familiar*”,³ que “determina la condición y la situación de una persona en el grupo familiar a que pertenece y conlleva una serie de derechos y de obligaciones, que varían según los distintos tipos de estado y que se imponen no sólo a los miembros de cada familia, sino aun a los terceros”.⁴ Conforme a la legislación venezolana, de las citadas fuentes se desprenden “cuatro estados familiares primarios: el estado conyugal, el estado de pariente consanguíneo, el estado de pariente afín y el estado derivado de la adopción”.⁵

Siendo, pues, que la filiación es fuente de estados familiares –en virtud de que biológicamente toda persona es hijo de alguien, independientemente de que su concepción hubiese sido natural, asistida e, incluso

² Francisco López Herrera, *Anotaciones sobre Derecho de Familia*, Manuales de Derecho UCAB, Caracas 1970, p. 21.

³ Francisco López Herrera, *Op. Cit.*, p. 19.

⁴ *Op. Cit.*, p. 34.

⁵ *Op. y loc. cit.*

artificial, como sería el caso de la clonación—, toda persona tiene derecho a un estado familiar, sobre todo cuando se tiene en cuenta que a partir del mismo derivan deberes y derechos. Es más, ese derecho a un estado familiar viene ratificado por el artículo 56 de la Constitución de la República de Venezuela que consagra el derecho a conocer la identidad de los padres.

Por otra parte, los estados familiares generan distintas consecuencias, según el estado familiar que sea, v.g. el estado civil de una persona deriva de su situación respecto del matrimonio; la patria potestad surge en razón de las relaciones paterno-filiales —que no del matrimonio—; los derechos sucesorales derivan del matrimonio, de la filiación o del parentesco consanguíneo, etc.

Tenemos, entonces, que los estados familiares influyen de manera esencial en la persona, puesto que a partir de los mismos, nacen derechos y obligaciones trascendentales en la vida de una persona, sin importar el contenido patrimonial de los mismos.

En razón de la trascendencia de los derechos y obligaciones que nacen a partir de los estados familiares, la ley tiene establecido el mecanismo a través del cual una persona puede reclamar acerca de un estado familiar, las cuales son las denominadas acciones de estado, que son aquellas que se refieren al estado, bien sea individual, bien familiar o a la capacidad de las personas. Son, pues, acciones de estado, las relativas al matrimonio —divorcio, nulidad, etc.—, a la filiación —inquisición, impugnación, etc.—, las de adopción —revocación, nulidad, etc.—.

3.5 DE LA VÍA RECURSIVA CASACIONAL

El artículo 177 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente es la norma que atribuye la competencia, por la materia, a los órganos jurisdiccionales de primer grado.

Ahora bien, del análisis del referido artículo 177 se determina que cuando la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente atribuye la competencia a las Salas de Juicio, lo hace en base a cinco grupos

de asuntos, a saber: los de familia, los patrimoniales y del trabajo, los provenientes de los Consejos de Protección o de los Consejos de Derechos, otros asuntos y la acción de protección.

El primero de tales grupos, contenido en el Parágrafo Primero, relativo a asuntos de familia, se refiere a diversas situaciones vinculadas al niño y adolescente en tanto y en cuanto él forma parte de una familia, situaciones éstas a partir de las cuales surgen derechos y obligaciones para el niño y adolescente mismo y para los familiares de éstos. Así, pues, tales supuestos no tienen, directamente, un contenido patrimonial sino que están referidos los estados familiares, es decir, a “la situación o condición de una persona” (en este caso un niño o adolescente) “en la familia a la que pertenece” a partir de la cual surge “un conjunto de derechos y obligaciones para esa persona, que varía de acuerdo con los distintos tipos de estado familiar”.⁶

El segundo de los grupos –en el Parágrafo Segundo– está referido a situaciones cuyo contenido es netamente patrimonial.

El tercer grupo –en el Parágrafo Tercero– se refiere a las situaciones administrativas que derivan de la aplicación de las normas contenidas en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente.

El cuarto grupo –en el Parágrafo Cuarto–, es el relativo a diversos asuntos de jurisdicción voluntaria.

El quinto grupo –contenido en el Parágrafo Quinto–, se refiere a la Acción de Protección.

Por consiguiente, de la sistemática del aludido artículo 177 se desprende que frente a determinado asunto relacionado con los niños y adolescentes habrá que determinar a cuál de los grupos que señala la norma corresponde.

⁶ Francisco López Herrera, *Anotaciones sobre Derecho de Familia*, Manuales de Derecho UCAB, Caracas 1970, p. 35.

De la comparación y contraste entre el artículo 177 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente y el artículo 490 *eiusdem* se puede observar:

3.5.1 El Parágrafo Primero del artículo 177 –relativo a asuntos de familia– comprende un número determinado de situaciones en las que pueden estar involucrados los niños y adolescentes. Todas esas situaciones son de extrema importancia para los niños y adolescentes y, además, responden a los distintos derechos de los que ellos son titulares conforme a la misma Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. Tenemos, además, que cada uno de los asuntos allí mencionados tiene un fundamento constitucional directo, esto es, está previsto como tal o son consecuencia inmediata y directa de una norma constitucional, v.g., acerca de la filiación, la constitución la prevé en los artículos 56 y 76; respecto de la patria potestad, ella está prevista en el artículo 76; la adopción está prevista en el artículo 75, etc.

En tal virtud, cuando uno se percató que todos los asuntos mencionados en el Parágrafo Primero están previstos de una manera directa en la Constitución, debe necesariamente concluir que cada uno de ellos reviste una importancia capital para los niños y adolescentes.

Por otro lado, vemos cómo estos asuntos no tienen un carácter patrimonial sino que su finalidad inmediata y directa está vinculada con la propia persona del niño o adolescente: su familia, su situación en esa familia, los derechos y obligaciones que surgen como consecuencia de pertenecer a esa familia, su derecho a conocer cuál es su familia o, en todo caso, a pertenecer a una familia. Por consiguiente, todos los mencionados asuntos están referidos a la formación integral del niño y a la necesidad que éste tiene de ello.

3.5.2 Los distintos supuestos previstos en el Parágrafo Primero del artículo 177 tienen, a su vez, diferentes procedimientos, a saber: la adopción tiene su procedimiento especial previsto en los artículos 493 y siguientes de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente; la guarda y los alimentos, tienen su procedimiento establecido en los artículos 511 y siguientes; y los otros asuntos tienen su

procedimiento general previsto en los artículos 454 y siguientes. De tal manera que, dado que guarda, alimentos y adopción tienen su procedimiento especial, el artículo 490 no se aplica a ellos, salvo que hubiere remisión expresa o bien por vía de aplicación supletoria derivada de esa misma remisión.

Por consiguiente, el procedimiento general establecido en los artículos 454 y siguientes se aplicará en aquellos casos de filiación, patria potestad, tutela de menores, divorcio y cualesquiera otros asuntos afines.

3.5.3 En relación con los asuntos de familia, conviene recordar que la cosa juzgada que se dicte con ocasión de los mismos tendrá, en algunos casos, el carácter de cosa juzgada formal –v.g., en los asuntos alimentarios y de guarda–, en tanto que en otros, el carácter de la cosa juzgada será material –v.g., divorcio, nulidad de matrimonio, filiación, interdicción, etc.

También conviene invocar que la cosa juzgada formal consiste en la inimpugnabilidad de la decisión procesal en sí misma, toda vez que ella no es susceptible de ser recurrida porque dota al proceso de un resultado definitivo, en tanto que la cosa juzgada material, “consiste en la inatacabilidad indirecta o mediata de un resultado procesal, el cierre de toda posibilidad de que se emita, por la vía de la apertura de un nuevo proceso, ninguna decisión que se oponga o contradiga a la que goza de esta clase de autoridad”.⁷

Esa diferencia en la naturaleza de la cosa juzgada que impregne a la decisión que dictaren los Tribunales de Protección y las Cortes de Apelación, llevó al legislador a establecer los distintos trámites procedimentales en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, excluyendo en el relativo a guarda y alimentos –en los que por la naturaleza del asunto debatido, la cosa juzgada tiene carácter formal–, la revisión casacional de los fallos.

⁷ Jaime Guasp. *Derecho Procesal Civil*, Tomo I, Editorial Civitas, p. 516.

3.5.4 Partiendo de lo expuesto y visto el contenido aparente del artículo 490 –cuyo texto pareciera limitar el ejercicio del recurso de casación–, si aplicásemos dicha norma en su sentido literal, estaríamos dejando fuera de la revisión extraordinaria de casación, asuntos tan importantes para el niño y el adolescente como lo es lo relativo a su filiación y a la patria potestad, interdicción, inhabilitación, etc., en los que la sentencia que se dictare constituiría cosa juzgada en sentido material.

Ahora bien, dado que la filiación y la patria potestad están expresamente previstos en la Constitución –la filiación lo está en el artículo 56; y la patria potestad en el 76–, no habría una verdadera protección a los niños y adolescentes si, al menos respecto de tales asuntos, se excluyera la revisión de legalidad del fallo por parte del máximo tribunal, obligándose de esta manera a los niños y adolescentes a que la revisión de tales asuntos sólo la pudiese hacer la Sala Constitucional, máxime cuando esta Sala –de acuerdo con las propias normas constitucionales y a la jurisprudencia de la misma Sala– no puede ser considerada como una instancia más, sino como un Tribunal que de manera extraordinaria puede conocer los asuntos en los que no esté involucrada la legalidad sino la constitucionalidad.

En consecuencia, admitir la limitación que pareciera derivar del artículo 490 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente respecto del ejercicio del recurso extraordinario de casación, implicaría la negación de los derechos del niño y del adolescente, de su preponderancia y de la protección integral a la que ellos son acreedores.

Por tanto, la interpretación adecuada del artículo 490 es que el recurso de casación podrá ser ejercido en todas aquellas causas en las que se discutan asuntos de relevancia para la vida del niño y del adolescente y que influyen en el desarrollo de su vida misma. Nada más imaginémos una situación en la que se estuviere discutiendo la paternidad respecto de un niño, que esa paternidad biológica que se atribuye sea cierta y que por errores de legalidad en los que hubiese podido incurrir el órgano jurisdiccional, se declare que el individuo a quien se le imputa la paternidad –por ser el verdadero padre biológico–, no tiene tal carácter. Frente a ese sujeto se estará en presencia de la cosa juzgada, negándo-

sele al niño el respectivo derecho. Y aún hay más. Limitar el recurso de casación a las situaciones vinculadas al estado civil de las personas —el cual deriva, precisamente, de la situación en que se encuentre el individuo respecto del matrimonio—, sólo garantiza, fundamentalmente, los derechos de los adultos en contraposición a los de los niños y adolescentes ya que, a partir de la realidad forense, las causas cursantes en los tribunales relativas al estado civil de éstos, representan una ínfima parte de la totalidad de causas en las que están involucrados derechos familiares, no patrimoniales, de los niños y adolescentes.

Cuando una norma jurídica pareciera consagrar situaciones absurdas, es labor del intérprete desentrañar el verdadero sentido y la verdadera dimensión de la finalidad perseguida por la norma de que se trate y por los derechos involucrados en ella.

De todo lo expuesto se deriva, pues, que el artículo 490 no puede limitar el ejercicio del recurso de casación en los términos en que pareciera que dicha norma lo hace.

La protección de la familia en la Constitución venezolana de 1999

Juan M. RAFFALLI A.*

SUMARIO:

Preliminar

- 1. Evolución constitucional de la protección de la familia como derecho social.**
- 2 El cambio del término familia por familias.**
- 3. La institución del matrimonio y las “uniones estables”.**
- 4. La protección de la maternidad y la paternidad.**
- 5. El derecho a la vida y la situación del feto.**
- 6. La protección del niño, del joven y del adolescente.**
- 7. La adopción y la familia sustituta.**

* **Universidad Católica Andrés Bello**, Abogado, Especialista en Derecho Procesal, *Facultad de Derecho, Escuela de Derecho*, Profesor. **Universidad Central de Venezuela**, *Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Centro de Estudios de Postgrado, Ex Profesor. **Instituto de Estudios Superiores de Administración**, ex Profesor. Autor de varios estudios difundidos en publicaciones especializadas. Ejerce su profesión, como Socio, en el **Escritorio Anzola, Raffalli y Rodríguez**.

- 8. La protección del anciano.**
- 9. Aplicación preferente de los tratados y acuerdos internacionales.**

PRELIMINAR

El más reciente cambio constitucional que experimentó Venezuela a raíz del proceso constituyente del año 1999 ha estado sucedido de una serie de agitaciones políticas y sociales de muy alto impacto. Ello es absolutamente explicable si consideramos que la inmensa mayoría de la veces, los cambios constitucionales que implican la invocación al poder originario soberano, son el producto de una ruptura del orden constitucional previo acompañada de actos fuerza, o bien de profundas transformaciones políticas que derivan de cambios radicales en las élites gobernantes y en las ideologías que las inspiran.

Después de promulgada la Constitución venezolana de 1999,¹ el país entró en un proceso altamente traumático de divisiones y severas confrontaciones políticas que produjo incluso el abandono momentáneo del cargo por parte del primer Presidente de la República electo bajo su imperio;² decenas de fallecidos y cientos de heridos, y la intervención de la comunidad internacional por medio del Secretario General de la Organización de Estados Americanos, quien permaneció en el país durante más de ocho meses gestionando un acuerdo de paz y gobernabilidad.³

¹ Inicialmente publicada en la *Gaceta Oficial* del 30 de diciembre de 1999, cuya versión oficial y definitiva apareció publicada en la *Gaceta Oficial* N° 5.453 Extraordinario del 24 de marzo de 2004, en la que también se publicó su Exposición de Motivos.

² El Presidente Hugo Chávez abandonó el cargo por 48 horas durante los sucesos ocurridos entre el 11 y el 13 de abril de 2002. El Tribunal Supremo de Justicia en una polémica decisión absolvió a los militares de alto rango que intervinieron en esos sucesos y calificó la situación de una vacío temporal de poder.

³ El Secretario General de la OEA César Gaviria Trujillo visitó persistentemente el país desde octubre de 2002 hasta el 29 de mayo de 2003, cuando finalmente se logró firmar un acuerdo entre las fuerzas opositoras y el gobierno.

De esta manera, podemos decir que, a no dudarlo, únicamente aquellas lagunas o deficiencias de la nueva Constitución que han estado estrechamente vinculadas a la crisis política de Venezuela que se mantiene desde su promulgación y vigencia hasta el día de hoy, han sido objeto de debates públicos y académicos por su impacto inmediato. Así, temas como la reelección presidencial, el papel de la Fuerza Armada Nacional, los requisitos para ejecutar consultas populares consultivas y revocatorias; y las competencias policiales de gobernaciones y alcaldías han copado la atención de los debates constitucionales dejando a un lado, por el momento, otros temas que por su esencia misma y su carácter fundamental, son de una importancia capital para el desarrollo de nuestra vida social y la definición del modelo de Estado bajo el cual hemos resuelto organizarnos para convivir en paz.

Uno de esos temas es precisamente el contenido de las normas constitucionales que regulan la protección de la familia como núcleo social y de los integrantes de la misma cuya condición amerita un tratamiento especial. Nos referimos concretamente al desarrollo de la protección constitucional al matrimonio, la inclusión de normas expresas sobre las ahora denominadas “uniones estables” de individuos, la situación de la protección del feto y su comparación con la protección de la maternidad durante la concepción, la protección del niño, el menor, el adolescente y la protección del anciano.

Pretendemos entonces en esta contribución al Libro Homenaje al Profesor Andrés Aguilar Mawdsley algunas reflexiones sobre los cambios que la Constitución venezolana de 1999 introduce en el tratamiento de estos temas cuya importancia social trasciende a cualquier coyuntura política que pueda vivir el país. Incluso, estas reflexiones tienen como fin último alentar un sensato y constructivo debate que en algún momento pueda fomentar futuros cambios en el texto constitucional por medio de los mecanismos de enmienda o reforma que la propia Constitución establece para ello.

1. EVOLUCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA COMO DERECHO SOCIAL

Nuestra tradición constitucional, que se inicia con las constituciones de 1811 y 1819, siempre ha incluido como materia de especial atención el tratamiento de los derechos individuales, con especial énfasis en el derecho a la libertad en todas sus manifestaciones. Al principio este tratamiento podríamos decir que era más difuso, dado el peso que las circunstancias históricas relacionadas con el alumbramiento de la República le conferían al desarrollo de la organización del Poder Público y el territorio. De esta forma podemos afirmar que hasta la Constitución de 1949 inclusive, bajo el título de “Deberes y Derechos de los Venezolanos” se aseguraban a los ciudadanos una serie de derechos, más bien de tipo individual, entre los cuales no aparecían señalados de manera expresa a la protección de la familia, del matrimonio y mucho menos de la maternidad, la niñez, la adolescencia y la vejez. Sin embargo, dentro de esos derechos individuales que algunos textos constitucionales antiguos concurrían con otras garantías llamadas “generales”, se incluyeron normas protectivas de elementos fundamentales para la familia que de algún modo representan los antecedentes más claros de la protección familiar que desde hace varias décadas contienen nuestros textos constitucionales. Nos referimos, por ejemplo, a la protección del hogar doméstico; a las normas sobre la adquisición de la nacionalidad por filiación y por matrimonio; la libertad de enseñanza e incluso la educación moral y cívica de los niños.

Esta situación se mantuvo a lo largo de nuestra historia constitucional por más de 130 años, hasta que se promulgó la Constitución de 1947 en la cual por primera vez de manera expresa, como parte del Título III que regula los deberes y derechos ciudadanos, se incorporan los derechos “sociales” e incluso de manera específica se incorpora en dicho Título el Capítulo III denominado “De la Familia”. Este Capítulo contenía en total cuatro artículos, pero su valía fue indiscutible pues con sencillez y precisión garantizaba la protección de la familia y del niño de manera expresa, y remitía el tratamiento de la protección a un código especial, lo cual sentó las bases para la promulgación de leyes especia-

les, incluso varias de carácter orgánico destinadas a desarrollar la protección de la familia y los menores.⁴

Posteriormente, en la Constitución de 1953 hubo, si se quiere, una involución en el desarrollo constitucional de la protección familiar, pues si bien se mantuvo la mención expresa a “derechos sociales”, desaparecieron los cuatro artículos que expresamente desarrollaban la protección de la familia y el niño en el texto constitucional del año 1947. Así llegamos a la Constitución de 1961, la cual, si bien no incluyó un capítulo expreso destinado a la protección familiar, sí desarrolló dentro de su Capítulo IV del Título III, relativo a los “Derechos Sociales”, tres artículos expresos que aseguran la protección de la familia, de la maternidad y del niño.⁵ Bajo este esquema desarrollado en leyes especiales e incluso ordinarias, el país creció demográficamente de manera significativa y se fortaleció la institución de la familia durante las casi cuatro décadas durante las cuales conservó su vigencia la Constitución de 1961.

Finalmente, la novísima Constitución de 1999 incluye en el Capítulo V de su Título III, denominado “De los Derechos Sociales y de las Familias”, seis artículos (del 75 al 80), los cuales regulan la protección cons-

⁴ Mariñas Otero, Luis. *Las Constituciones de Venezuela*. Ed. Cultura Hispánica. Primera edición. Madrid, 1965. pp. 841 y 945: “Capítulo III “De La Familia: Art. 47.- El Estado protegerá a la familia, cualquiera que sea su origen, así como la maternidad, independientemente del estado civil de la madre, quien será además asistida en caso de desamparo”.

Art. 48.- La Ley determinará lo relativo a la organización del patrimonio familiar inembargable.

Art. 49.- El estado garantiza la protección integral del niño desde su concepción hasta su completo desarrollo, de modo que éste se realice dentro de un ambiente de seguridad material y moral.

En consecuencia, se establecerán, entre otros, las condiciones necesarias:

a) Para que los hijos gocen del derecho de conocer a sus padres.

b) Para que los padres cumplan el deber de asistir, educar y alimentar a sus hijos, cualquiera que sea la filiación de éstos.

c) Para que los menores sean amparados y juzgados por leyes especiales.

d) Para impedir la explotación de los menores en el trabajo.

El Estado compartirá con los padres, de manera subsidiaria y atendiendo a las posibilidades económicas de éstos, la responsabilidad que les incumbe en la formación de los hijos.

Un Código especial regirá esta protección y establecerá un organismo encargado de la dirección de ella.

Art. 50.- El Estado procurará la eliminación de las causas sociales de la prostitución y velará por la recuperación de los afectados por ella”.

⁵ Constitución venezolana de 1961, *Gaceta Oficial* número 662 Extraordinario del 23 de enero de 1961. Artículos 73 al 75.

titucional de las familias, de la maternidad, del menor, del adolescente y del anciano. Las implicaciones de estas normas son el objeto que precisamente abordamos en los próximos capítulos de esta contribución. Sin embargo, de manera general, debemos mencionar que el Doctor Allan Brewer-Carías, quien fue uno de los constituyentes de 1999, al comentar el texto constitucional señala que las declaraciones contenidas en dichos artículos son complejas, extensas y paternalistas por lo cual desconocen las obligaciones que los propios ciudadanos deben asumir, dejando a un lado la responsabilidad y el protagonismo que debe asumir la propia sociedad.⁶ Al respecto debemos coincidir en que efectivamente las normas contenidas en la Constitución de 1999 en materia de protección familiar son bastante extensas y al igual que ocurre con la mayoría de derechos sociales en ella garantizados, como el caso de la vivienda, el trabajo y la educación, puede terminar por ser una carta de buenos deseos muy difíciles de cumplir, lo cual se puede inferir incluso de la propia visión que el constituyente da a la protección familiar desde el mismo Preámbulo del texto constitucional.⁷ Sin embargo, en materia de protección de derechos fundamentales siempre es preferible pecar por exceso que por defecto, y en cuanto a la participación y responsabilidad de la sociedad, estimamos que siempre será más un problema de conciencia social que de regulación normativa.

2. EL CAMBIO DEL TÉRMINO FAMILIA POR FAMILIAS

Aun cuando la Constitución de 1999 mantiene la tendencia natural de desarrollar la protección familiar como un derecho social y humano fundamental, en la misma se da un cambio curioso al utilizar el constituyente

⁶ Brewer-Carías, Allan R. *La Constitución de 1999 Comentada*. Ed Arte. Primera Edición. Caracas, 2000. p. 176: “En el campo de los derechos sociales y de las familias, la Constitución de 1999 contiene extensas y complejas declaraciones, muchas de las cuales no guardan relación con el principio de alteridad, que atribuyen al Estado innumerables obligaciones y que en gran parte marginalizan a la sociedad civil. El esquema, globalmente es considerado altamente paternalista”.

⁷ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. *Gaceta Oficial* N° 5.453 Extraordinario del 24 de marzo de 2004. Preámbulo: “Los derechos sociales contenidos en la Constitución consolidan las demandas sociales, jurídicas, políticas, económicas y culturales de la sociedad en un momento histórico en que los venezolanos y venezolanas se redescubren como actores de la construcción de un nuevo país, inspirado en los saberes populares que le dan una nueva significación al conocimiento sociopolítico y jurídico del nuevo tiempo”.

por primera vez el plural para referirse a la institución familiar que a lo largo de nuestra historia constitucional siempre había sido un sola.

En efecto, el Capítulo V, del Título III del texto constitucional de 1999, se denomina “De los Derechos Sociales y de las Familias”. Por su parte, el artículo 75, primera norma constitucional de dicho capítulo destinado a regular la protección familiar, establece que “El Estado protegerá a las *familias* como asociación natural de la sociedad y como el espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas”. De manera inveterada según nuestra historia constitucional, siempre la Carta Fundamental se había referido a “la familia”, en el entendido que se trata de una sola institución, configurada por el padre, la madre y los hijos, además de los ascendentes, descendentes y colaterales si se concibe en un sentido filiatorio más amplio. Sin embargo, la inclusión del plural pareciera indicar que el constituyente tenía en mente la protección no sólo de la familia en sentido clásico o tradicional, sino también de otras formas de unión o “asociación” social que tuviera connotaciones similares a la familia convencional.

En este punto cabe señalar que el constituyente Allan Brewer-Carías salvó expresamente su voto basado en que el término “asociación” no es propio de la institución familiar, pues la familia en su criterio es un concepto social y no una figura societaria de tipo contractual. También basó su disenso en que las relaciones familiares no son susceptibles de protección constitucional como derecho social toda vez que las mismas pertenecen al ámbito de la intimidad de las personas e implicarían un desarrollo del principio de “alteridad” imposible de consumir al pensar en figuras asociativas.⁸

⁸ Brewer-Carías, Allan R.: *Debate Constituyente. Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente*. T. III. (18 Octubre - 30 noviembre 1999). Voto Salvado, Sesión del 26 de octubre de 1999: “Salvo mi voto en relación con este artículo por considerar que sociológicamente distorsiona el concepto de familia, que no es una asociación (pues no es producto de contrato alguno) sino el núcleo o célula fundamental de la sociedad. Por otra parte las relaciones familiares no pueden ser objeto de regulación constitucional, pues pertenecen al ámbito de la intimidad a nivel constitucional, sobre todo si se consagran dentro de los derechos sociales lo que exigiría el desarrollo del principio de la alteridad, imposible en esos casos. Me cuesta considerar por ejemplo, como una conducta inconstitucional la incompreensión entre marido y mujer”.

En el fondo coincidimos con el Profesor Brewer-Carías, pues realmente no estamos de acuerdo en la utilización del término “asociación” para definir el concepto social de familia, toda vez que en nuestro parecer ese término insufla una visión de la familia menos institucional más bien identificada con relaciones temporales, informales o circunstanciales. Sin embargo, por tal hecho no podemos decir que las relaciones familiares en general no pueden ser objeto de protección constitucional pues, como vimos, este derecho social es el producto de nuestro desarrollo constitucional.

Volviendo al uso del término “familias”, lo primero que podía haberse pensado con motivo de la introducción del amplio término “asociaciones” en el texto constitucional, es que el mismo, precisamente por su amplitud, podía extenderse incluso a la protección de uniones entre parejas del mismo sexo, tema que por más que aún hoy luzca relativamente descabellado en nuestro país, actualmente es centro de un intenso debate legislativo y judicial en los Estados Unidos de Norteamérica.⁹ Pero realmente, al dar lectura al artículo 77 del propio texto constitucional,¹⁰ se establece claramente que el Estado protegerá el matrimonio entre “un hombre y una mujer”; incluso esta misma mención la utiliza el constituyente más adelante en el mismo artículo 77 para referirse a otra figura que perfectamente puede dar pie al establecimiento de una familia, como es el caso de las “uniones estables”. En este caso la protección y reconocimiento que brinda el Estado implica según la norma constitucional que la unión se dé entre “un hombre y una mujer”. Considerando el matrimonio y a lo sumo

⁹ La polémica ha sido desatada por la sentencia dictada por una Corte del Estado de California mediante la cual se permite el matrimonio entre personas del mismo sexo. Ello ha generado una reacción inmediata del Gobernador de ese estado, quien ha propuesto un proyecto de ley que prohíba este tipo de uniones. Similar iniciativa ha tomado sobre la materia el propio Presidente George W. Bush. Lo cierto es que bajo la vigencia de la sentencia aludida se han celebrado varios matrimonios formales y legales.

¹⁰ *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial* N° 5.453 Extraordinario del 24 de marzo de 2004: Artículo 77: “Se protege el matrimonio *entre un hombre y una mujer*, el cual se funda en el libre consentimiento y en la igualdad absoluta de los derechos y deberes de los cónyuges. Las uniones estables de hecho entre un hombre y una mujer que cumplan los requisitos establecidos en la ley producirán los mismos efectos que el matrimonio”. (Cursivas nuestras).

las “uniones estables” heterosexuales como germen de la familia y no admitiéndose las uniones formales entre homosexuales según el texto constitucional, resulta perfectamente sustentable que al mencionar la Constitución a las “familias” e incluso unido al término “asociación”, no está refiriéndose el constituyente a la protección de familias habidas de matrimonios o uniones entre homosexuales. En igual sentido podemos decir que la protección que garantiza el Estado a las familias, conforme al artículo 75 el texto constitucional antes citado, se refiere a la familia como “asociación *natural* de la sociedad”, por lo cual, el término “natural” de alguna manera dejaría fuera cualquier asociación no heterosexual que es la natural por imperativo del elemento procreación sin el cual no habría familia, sociedad ni Estado.

Todo lo dicho hasta ahora en relación a la inclusión del término “familias”, podemos aplicarlo sin ninguna duda a otra situación imaginable en el campo social, más aún si consideramos la realidad social de Venezuela a principios del siglo XXI, nos referimos a la reunión de varias familias por medio de la “asociación” entre más de un hombre y una mujer, vale decir, nichos familiares en los cuales coexisten tres o más individuos llevando una vida comunitaria similar a la que normalmente llevan las parejas. Esta situación –insistimos– es factible, producto del aumento cada vez más alarmante de la promiscuidad en los hogares de menores recursos. En nuestro parecer esta forma de unión o asociación entre “familias” se encuentra totalmente fuera del campo de protección constitucional por cuanto no se trata de matrimonios o uniones estables entre “un hombre y una mujer” y además ello favorecería precisamente la promiscuidad que es un factor que va a contrapelo de lo que debe ser la estabilidad y la moral familiar.

El otro aspecto en el cual podría interpretarse se apoya esta diferenciación, es en la especial protección que el constituyente pareciera dar a los indígenas, ello por cuanto el artículo 11 del texto constitucional señala que el Estado deberá reconocer a los pueblos indígenas sus usos y costumbres y su “organización social”. De este modo podría pensarse que el constituyente tenía en mente, al referirse a la protección de las “familias”, una escisión entre las familias que conforman el orden social convencional y mayoritario, y las constituyen las comunidades indígenas.

En virtud de todo lo anterior, podría llegarse a concluir que el constituyente al incluir el plural “familias”; se refería a la protección que debe brindar el Estado tanto a las familias derivadas de matrimonios, así como a aquellas cuyo origen es una “unión estable” entre un hombre y una mujer, e igualmente a las familias indígenas que pudieran presentar especiales características sociales. Es decir, podría inferirse que se trató, como veremos más adelante¹¹ de remachar aún más la protección del concubinato para eliminar las obsoletas diferencias entre familias legítimas e ilegítimas, así como también la protección de la familia indígena autóctona en su contexto social. Pero incluso en tales supuestos, en nuestro parecer se trataría de una justificación contradictoria y de muy poca monta; en primer lugar porque el concubinato y los hijos habidos del mismo, al igual que los indígenas como ciudadanos, de hecho han estado incluidos en el régimen legal de protección familiar previsto constitucional y legalmente en Venezuela desde hace varias décadas; y en segundo lugar, por cuanto esa diferenciación inútil supondría de suyo la existencia de al menos dos tipos de familias distintas, cuando realmente lo que pareciera perseguirse es el tiramiento homogéneo de las mismas. En consecuencia, existiendo en la propia Constitución la garantía fundamental de trato igualitario y no discriminatorio¹² y teniendo en cuenta que la institución familiar es una sola, este cambio del texto constitucional para incluir el uso del plural “familias”, incluso para referirse a las derivadas de uniones de hecho estables o a las familias indígenas, en nuestro parecer era innecesario y más bien, en un futuro podría eventualmente manipularse de manera inexplicable

¹¹ Ver *infra* Capítulo 3.

¹² Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. *Gaceta Oficial* N° 5.453 Extraordinario del 24 de marzo de 2004: Artículo 21: “Todas las personas son iguales ante la ley, y en consecuencia:

1. No se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona.

2. La ley garantizará las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva; adoptará medidas positivas a favor de personas o grupos que puedan ser discriminados, marginados o vulnerables; protegerá especialmente a aquellas personas que por alguna de las condiciones antes especificadas, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

3. Sólo se dará el trato oficial de ciudadano o ciudadana; salvo las fórmulas diplomáticas.

4. No se reconocen títulos nobiliarios ni distinciones hereditarias”.

para justificar tratamientos discriminatorios en la protección familiar lo cual sería absurdo e inaceptable.

3. LA INSTITUCIÓN DEL MATRIMONIO Y LAS “UNIONES ESTABLES”

Hemos explicado en el punto anterior relativo a la utilización de los vocablos “familias” y “asociación” dentro de la protección constitucional a la institución familiar, como el ámbito de aplicación de la misma, incluso con estos cambios terminológicos se refiere expresamente a la unión de un hombre y una mujer. Ahora bien, la protección del matrimonio como base y principio del núcleo familiar, se mantiene en la Constitución de 1999 al disponer el precitado artículo 77 que el sistema protectorio matrimonial implica con requisitos previos que el mismo se funde en el libre consentimiento de los cónyuges y en la igualdad absoluta de los deberes y derechos de los mismos.

Es de hacer notar que en la Constitución de 1961, este tema se encontraba tratado en su artículo 72, el cual se limitaba realmente a un enunciado muy breve pero contentivo de una orden contundente: “la ley protegerá el matrimonio”. Esa simple mención fue suficiente para desarrollar a nivel legislativo la protección del matrimonio, incluso en su aspecto patrimonial. Ese sistema protectorio de la unión matrimonial desarrollado con especial fuerza en el Código Civil de 1942 y su reforma de 1982, ahora se eleva al rango constitucional al disponer el artículo 77 de la Constitución de 1999 que la protección del matrimonio se encuentra sometida a dos condiciones previas, como son el libre consentimiento y la igualdad absoluta de los cónyuges. De esta manera se recoge lo que es ya un hecho social y un signo definitivo de las sociedades modernas, como es el repudio a los matrimonios fraguados a la fuerza y la discriminación entre marido y mujer. Ambas situaciones representarían hoy no sólo aberración social, sino también la violación de derechos humanos fundamentales protegidos por la propia Constitución de 1999 y los acuerdos y tratados internacionales que obligan a la República, como son la libertad y la no discriminación. En consecuencia, la necesidad real de haber incluido esta mención en la Constitución no era contundente; sin embargo, se trata del tipo de men-

ciones que por privilegiar derechos humanos su inclusión expresa siempre debe asumirse como un cambio favorable para reforzar el ejercicio efectivo de tales derechos.

La Constitución de 1961 nada decía sobre la protección de uniones entre un hombre y una mujer distintas al matrimonio. Es decir, no había ninguna mención expresa al concubinato, lo cual si bien no implicaba su protección tampoco daba cabida a su prohibición expresa. Pero como suele ocurrir, las realidades sociales terminan imponiéndose sobre las leyes, que la mayoría de las veces corren exhaustas tras ellas. La pobreza extrema y el deterioro sostenido la moralidad y la espiritualidad hizo crecer por décadas en nuestro país las uniones no formales pero sí de hecho, entre hombres y mujeres en las cuales se procrearon hijos que hoy posiblemente representan la mayoría de la población y las cuales se consolidaron como verdaderos núcleos familiares. Esta realidad social derivó en cambios legislativos importantes, concretamente en el Código Civil y en las leyes que regulan la protección del menor, con el fin de acabar con la obsoleta diferenciación de familias legítimas o ilegítimas, así como de hijos naturales o hijos legítimos.¹³

Recogiendo esta evolución legislativa, la Constitución de 1999 en su artículo 77, a diferencia de su predecesora, incluye expresamente en el ámbito de la protección constitucional de la familia las denominadas “uniones estables de hecho”, es decir, la protección de parejas no unidas por el vínculo legal del matrimonio. Incluso, el texto constitucional de manera clara equipara a estas uniones estables de hecho con la ins-

¹³ Oropeza, Ambrosio. *La Nueva Constitución Venezolana - 1961*. Tercera Edición. Caracas 1981. P. 279: “Preceptos diversos esparcidos en los códigos ordinarios cumplen la misma finalidad que tiende a borrar las mismas distinciones entre familias legítimas e ilegítimas. En este sentido, el Código Civil venezolano desde 1942, con la mira de favorecer a la mujer soltera que vivió permanente y honestamente en unión natural con un hombre, creó una presunción de comunidad de bienes que surte efecto entre los interesados y sus respectivos herederos. De esta manera se puso fin a una verdadera iniquidad que ocurría a falta de una disposición como la del artículo 167 del Código Civil. Sucedió que uniones irregulares equiparables en todos sus aspectos a los matrimonios legalizados, disueltas por causa de muerte, presenciaban el despojo a la mujer de todo derecho en los bienes del cónyuge ilegítimo frente a la pretensión amparada por la ley de herederos legítimos, que ningún título, salvo el parentesco, podrían alegar para entrar en posesión de unos bienes que debieron corresponder a la familia natural”.

titución del matrimonio. Sin embargo, esa equiparación que da cabida a la protección legal de las uniones concubinarias no es automática sino por el contrario el constituyente la sometió a varias condiciones concurrentes, ellas son: i) que se trate de parejas heterosexuales, pues se refiere exclusivamente a las uniones entre un hombre y una mujer; ii) que se trate de uniones “estables”, lo cual supone que las uniones no sean circunstanciales o intermitentes sino permanentes y constantes, situación que obviamente requiere de ciertos parámetros de objetivo en el desarrollo legislativo o jurisprudencial de la materia; y iii) que cumplan los requerimientos establecidos en la ley, aquí es preciso resaltar que la previsión legal expresa que existe al respecto es el Código Civil de 1982, el cual, además de los requisitos intrínsecos que menciona el nuevo texto constitucional, incluye la llamada “posesión de estado”, es decir, haber vivido públicamente como pareja de manera permanente.¹⁴

De esta manera, el reconocimiento de la protección al concubinato, limitada en el Código Civil vigente en la existencia de una comunidad patrimonial efectiva entre los concubinos, y de alguna manera también en los derechos de los hijos nacidos de parejas no unidas en matrimonio, ahora por mandato constitucional expreso se equipara totalmente en sus efectos a la misma protección que la ley brinda al matrimonio

4. LA PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD Y LA PATERNIDAD

A no dudarlo el tema de la protección de la maternidad junto a la protección integral del niño, resultó ser uno de los más polémicos durante el tiempo que duraron los supuestos debates constituyentes. De hecho podemos decir que fue uno de los pocos temas sobre los cuáles real-

¹⁴ República de Venezuela. *Código Civil*. *Gaceta Oficial* N° 2.990 Extraordinario del 26 de julio de 1982. Artículo 767: “Se presume la comunidad, salvo prueba en contrario, en aquellos casos de unión no matrimonial, cuando la mujer o el hombre en su caso, demuestre que ha vivido permanente en tal estado que aunque los bienes cuya comunidad se quiere establecer aparezcan a nombre de uno solo de ellos. Tal presunción sólo surte efectos legales entre ellos y sus respectivos herederos y también entre uno de ellos y los herederos del otro. Lo previsto en este artículo no se aplica si uno de ellos está casado”.

mente hubo debates, ya que sectores de alta credibilidad como la iglesia lo asumieron como de importancia máxima, dada su relación con el sensible tema del aborto, sobre el cual, por cierto, en este momento se discute de nuevo con alta intensidad, dada la intención de incluir su aceptación en el proyecto de reforma del Código Penal cuando medien ciertas circunstancias que a juicio del proyectista así lo justifiquen.

En todo caso, el punto medular relativo a la protección de la maternidad en el nuevo texto constitucional de 1999 estuvo centrado en que la primera versión sometida a discusión de la Asamblea Nacional Constituyente (anterior artículo 80), no incluía la extensión de la protección de la maternidad hasta el momento de la concepción. Luego de los intensos debates públicos que se dieron sobre este tema, concretamente sobre la extensión de la protección del niño desde su concepción, el texto fue cambiado y el actual artículo 76 del texto constitucional efectivamente aprobado, incorporó el deber de asistencia y protección integral de la maternidad desde la concepción, incluyendo el embarazo, el parto y el puerperio. Ahora bien, tal mención, como señala el constituyente Allan Brewer-Carías, es totalmente redundante e inútil, toda vez que el punto de partida de la maternidad es precisamente la concepción, por lo cual no puede haber maternidad sin concepción y viceversa. De hecho la Constitución de 1961, en su artículo 74, nada decía de la concepción asociada con la protección de la maternidad. La inclusión redundante del término concepción en este artículo 76 no fue más que una solución aparente a la polémica que se presentó al no incluir el mismo donde realmente era importante, es decir, en el artículo 78 que contiene la protección integral del niño, punto éste al cual nos referiremos más adelante.

Un cambio sustancial importante de destacar al comparar la Constitución de 1999 con su antecesora de 1961, es que esta última se refería exclusivamente a la maternidad, mientras que la novísima Constitución ahora vigente, equipara a la maternidad y a la paternidad dentro del sistema de protección familiar establecido constitucionalmente.

En efecto, el artículo 76 de la Constitución de 1999 expresamente señala que la maternidad “y la paternidad”, serán protegidas integralmente

sea cual fuere el estado civil de la madre “o el padre”.¹⁵ De esta forma el texto de la nueva Constitución se mantiene en la misma línea de igualdad y no discriminación en materia de protección familiar, ya no solamente por razón de condiciones sociales, como sería el caso del matrimonio frente al concubinato, sino ahora también por razones de sexo. Ciertamente este hecho se aprecia positivo en cuanto a que mientras más clara y amplia la protección de la familia, más beneficioso y factible será su ejercicio efectivo. Sin embargo, no podemos dejar de resaltar que la paternidad de hecho ya se venía protegiendo en nuestro sistema legislativo desde el Código Civil de 1942 al conferirse una serie de derechos expresos al padre como por ejemplo en materia filiatoria y en el ejercicio de la patria potestad compartida.

Otro de los cambios importantes incorporados en el sistema constitucional de protección de la maternidad, es el relativo a la planificación familiar. En efecto, el artículo 76 de la Constitución de 1999, confiere a los padres el derecho de decidir “libre y responsablemente el número de hijos o hijas que deseen concebir”, para lo cual tendrán también el derecho de disponer de la información y los medios suficientes que les aseguren esta libre decisión sobre la planificación de la familia. Como puede verse, la Constitución de 1999 toma definitivamente la línea de la planificación familiar responsable, lo cual obviamente obedece a una realidad social inocultable como es la procreación irresponsable, sobre todo en las familias de menores recursos, lo que ha su vez se ha convertido

¹⁵ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. *Gaceta Oficial* N° 5.453 Extraordinario del 24 de marzo de 2004: Artículo 76: “La maternidad y la paternidad son protegidas integralmente, sea cual fuere el estado civil de la madre o del padre. Las parejas tienen derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos e hijas que deseen concebir y a disponer de la información y de los medios que les aseguren el ejercicio de este derecho. El Estado garantizará asistencia y protección integral a la maternidad, en general a partir del momento de la concepción, durante el embarazo, el parto y el puerperio, y asegurará servicios de planificación familiar integral basados en valores éticos y científicos.

El padre y la madre tienen el deber compartido e irrenunciable de criar, formar, educar, mantener y asistir a sus hijos e hijas, y éstos tienen el deber de asistirlos cuando aquél o aquélla no puedan hacerlo por sí mismos. La ley establecerá las medidas necesarias y adecuadas para garantizar la efectividad de la obligación alimentaria” (cursivas nuestras).

en un elemento generador de pobreza crítica. A tal punto es así que el propio artículo 76 del texto constitucional expresamente impone al Estado la obligación de asegurar “servicios de planificación familiar basados en valores éticos y científicos”. Esto nos lleva directamente al punto de los métodos anticonceptivos como medio de planificación familiar. Es evidente que al aludirse a los valores éticos y científicos, se está omitiendo el contenido espiritual o religioso de la planificación familiar, con lo cual los métodos anticonceptivos que asegurará el Estado sólo considerarán la efectividad y conveniencia científica de los mismos y el elemento moral o ético, lo que en nuestro parecer, afortunadamente va directamente dirigido a proscribir las criminales prácticas abortivas como recurso de planificación familiar.

Otros elementos conocidos para evitar la concepción, como la cirugía con fines de esterilización voluntaria, pareciera que se ubican en una línea gris y difusa entre lo ético y lo científico, resultando aquí de importancia determinante para la constitucionalidad de la conducta, el carácter voluntario y plenamente consciente de la decisión.

Por último, sobre este delicado y complejo tema de la planificación familiar y con la intención de distraernos un poco de su dramático efecto, debemos señalar que jocosamente se ha dicho que el constituyente, en su afán de equiparar hasta el cansancio el uso de los géneros masculino y femenino, cometió en el artículo 76 un exceso que conduce a lo que hasta ahora naturalmente representa imposible al permitir a los padres decidir cuántos “hijos o hijas” procrearán, vale decir, resolver libremente sobre el sexo de su descendencia.

El otro elemento que completa el esquema constitucional de la protección de la maternidad en la Constitución de 1999, es el deber “irrenunciable” y compartido del padre y la madre de criar, formar, educar, mantener y asistir a sus hijos. Obviamente aun cuando el constituyente utilizó simplemente el vocablo “deber”, realmente esta obligación a la vez representa un derecho compartido de los progenitores, lo que no hace sino reforzar y elevar a rango constitucional el ejercicio compartido de la Patria Potestad incluido en el artículo 261 del Código Civil vigente. Esta es una razón más

para afirmar que el artículo 76 de la Constitución no sólo protege la maternidad sino también la paternidad. Este deber general de asistencia está previsto en el nuevo texto constitucional de manera recíproca, es decir, no sólo obra, como es natural, de los padres respecto de sus hijos, sino también de los hijos respecto a sus progenitores cuando éstos no están en condiciones de valerse por sí mismos. Es de hacer notar finalmente que dentro del deber de asistencia recíproca entre padres hijos, se incluye con especial énfasis la obligación alimentaria, la cual por mandato constitucional debe ser establecida por la ley.

5. EL DERECHO A LA VIDA Y LA SITUACIÓN DEL FETO

Decíamos en el capítulo previo que uno de los temas más polémicos y que realmente causó debates intensos durante el proceso brevísimo de formación de la Constitución, fue el relativo al derecho a la vida y su protección, incluso desde su existencia en la etapa fetal. El punto central fue la decisión del constituyente de eliminar del sistema de protección integral del niño la concepción y el embarazo, lo cual implicó un cambio sustancial en relación al tiramiento constitucional de esta materia.

En efecto, la Constitución de 1961 establecía en su artículo 74 la protección integral y sin discriminación de todos los niños desde la “concepción hasta su completo desarrollo”.¹⁶ De esta manera resultaba evidente que dicha Constitución consideraba como niño al feto, y en consecuencia el Estado debía brindarle protección a su vida desde la concepción y durante el embarazo. El polémico cambio radical consiste en que la Constitución de 1999 eliminó esta mención expresa de su artículo 78, el cual contiene el régimen de la protección del niño. Por esta razón es de suponer que conforme a la nueva Constitución sólo se con-

¹⁶ *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial* N° 5.453 Extraordinario del 24 de marzo de 2004. Artículo 74: “La maternidad será protegida, sea cual fuere el estado civil de la madre. Se dictarán las medidas necesarias para asegurar a todo niño, sin discriminación alguna, protección integral, *desde su concepción* hasta su completo desarrollo, para que éste se realice en condiciones materiales y morales favorables”. (Cursivas nuestras).

sideran niños y por lo tanto “sujetos de pleno derecho” y beneficiarios de tal protección, los nacidos vivos.¹⁷

Bajo esta óptica e interpretando en forma conjunta los artículos 76 y 78 de la Constitución de 1999, podría afirmarse que el elemento familiar y social protegido desde la concepción es la maternidad y no la vida del feto, lo cual generó serias críticas por parte de varios constituyentes, al extremo de denunciarse la violación de normas superiores que protegen el derecho a la vida previstas en la propia Constitución y en las bases comiciales que regían el funcionamiento y el mandato social conferido a la Asamblea Nacional Constituyente.¹⁸ De hecho, como comentamos

¹⁷ *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial* N° 5.453 Extraordinario del 24 de marzo de 2004: Artículo 78: “Los niños, niñas y adolescentes son sujetos plenos de derecho y estarán protegidos por la legislación, órganos y tribunales especializados, los cuales respetarán, garantizarán y desarrollarán los contenidos de esta Constitución, la Convención sobre los Derechos del Niño y demás tratados internacionales que en esta materia haya suscrito y ratificado la República. El Estado, las familias y la sociedad asegurarán, con prioridad absoluta, *protección integral*, para lo cual se tomará en cuenta su interés superior en las decisiones y acciones que les conciernan. El Estado promoverá su incorporación progresiva a la ciudadanía activa, y un ente rector nacional dirigirá las políticas para la protección integral de los niños, niñas y adolescentes”. (Cursivas nuestras).

¹⁸ Brewer-Carías, Allan R.: *Debate Constituyente. Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente*. T. III. (18 octubre – 30 noviembre 1999). Fundación de Derecho Público. Ed Jurídica Venezolana, Caracas 1999: “Debe señalarse que a pesar de todo el avance en materia de derechos individuales, y de que se hubiese repetido la regulación de la Constitución de 1961 sobre el carácter inviolable del derecho a la vida (Art. 43), en la nueva Constitución, en definitiva, no se estableció con rango constitucional el derecho de los niños a protección integral desde la concepción. La Asamblea, aquí, en nuestro criterio violó las bases comiciales que la originaron y que le impusieron, como límite, la progresión de la protección de los derechos humanos. Al contrario, en este campo tan sensible hubo una regresión en la regulación constitucional, lamentablemente motivada por la discusión entre abortistas y no abortistas y entre movimientos feministas y la propia Iglesia Católica.

La Asamblea Nacional Constituyente no supo deslindar el campo de regulación y pretendiendo satisfacer los requerimientos de la Jerarquía Eclesiástica de la consagración del derecho de protección del niño desde la concepción, lo que hizo fue engañarla, previendo sólo la protección de la maternidad “desde la concepción” (Art. 76) como que si pudiera haber otro momento a partir del cual se pudiera iniciar la maternidad.

Lo cierto de todo es que no existe el balance necesario que debe haber entre los derechos del niño y los derechos de la madre para que el equilibrio general de la protección y los derechos recíprocos se mantenga pues, en todo caso, el límite del ejercicio de todos los derechos humanos es “el derecho de los demás y el orden público y social”.

En todo caso, tenemos una Constitución que en el campo de los derechos individuales no garantiza expresamente el derecho de todo niño a protección integral desde la concepción, siendo regresiva en materia de protección de derechos individuales.

en el capítulo previo, pareciera una redundancia inútil proteger a la maternidad desde la concepción, pues se trata de dos conceptos inseparables desde el momento mismo que sin concepción no hay maternidad. La única explicación para haber incluido tal mención en la norma que consagra la protección a la maternidad fue precisamente sofocar las intensas protestas que muchos sectores, comenzando por la Iglesia, formularon ante este delicado y riesgoso cambio en el texto constitucional. Pero insistimos, en nuestro parecer, mejores y mayores efectos para la protección de la vida del feto durante todo el embarazo surte la mención incluida en el artículo 76 del texto constitucional que permite la planificación familiar sobre la base de factores científicos y “éticos”, ello por cuanto la única interpretación posible de esta mención constitucional es la proscripción del aborto como método de planificación familiar, lo cual, sin embargo no se extiende a otras muy polémicas situaciones o razones en las cuales el aborto es visto como lamentable alternativa, entre ellas malformaciones congénitas, embarazos derivados de violaciones y otras que, como ya mencionamos ahora están bajo análisis y debate a la luz de una posible reforma de la legislación penal.

En definitiva nos ubicamos entre quienes rechazan por inconveniente este cambio en el sistema de protección integral del niño y desde ya somos partidarios de incluir este tema en las discusiones que seguramente se darán en un futuro cercano para reformar diversos aspectos de la Constitución de 1999.

6. LA PROTECCIÓN DEL NIÑO, DEL JOVEN Y DEL ADOLESCENTE

Además del mencionado cambio en materia de protección al derecho a la vida del niño desde su concepción, al comparar el artículo 78 de la Constitución de 1999 con el artículo 74 de la Constitución 1961, se puede apreciar como elemento diferenciador la redacción más amplia y compleja de la más reciente respecto de su antecesora. Pero realmente, no por ser más extensa y declarativa la redacción de la nueva norma constitucional, su contenido resulta mucho más protectorio que la norma constitucional anterior; de hecho hemos visto cómo se elimina del campo de protección la vida durante del feto durante el embarazo.

Dentro de los elementos incorporados en el sistema de protección del menor y el adolescente en la Constitución se incluye la declaración de los mismos como “sujetos plenos de derechos”, cuya protección debe ser desarrollada y ejecutada en una legislación, órgano y tribunales especializados”, los cuales “respetarán, garantizará y desarrollarán los contenidos de esta Constitución, la Convención sobre los Derechos del Niño y demás tratados internacionales que en esta materia haya suscrito y ratificado la República”. La mayoría de estas menciones realmente no eran necesarias, aun cuando su inclusión, en caso de servir para reforzar la protección de los menores, siempre es bienvenida. Sin embargo, pareciera que la intención de incorporar este lenguaje extenso y redundante tenía más bien por objeto promover con términos vistosos el texto constitucional a los fines de su aprobación en referéndum popular. En efecto, bajo la Constitución de 1961 se desarrolló todo un sistema institucional e integral de protección a los niños, que incluía provisiones expresas en el Código Civil, una Ley Tutelar del Menor totalmente especializada, una Ley Especial de Adopción y Juzgados con competencia exclusiva en materia de familia y menores. También bajo el imperio de la Constitución de 1961 se creó el Instituto Nacional del Menor en la rama ejecutiva del Poder Público, y en ningún momento de nuestra tradición constitucional contemporánea, pudo pensarse que los menores no eran sujetos plenos de derecho, ejercidos por medios de sus padres o representantes legales. Por otra parte, resulta una perogrullada mencionar que la legislación especializada y los órganos judiciales y administrativos tienen por finalidad desarrollar y aplicar el texto constitucional en esta materia. Resultando sí en nuestro parecer muy favorable la mención a los tratados internacionales en materia de protección al menor.

Si bien como vemos no era necesario hacer más extensas las menciones que ya contenía la Constitución de 1961, en materia de protección de los menores, el cambio introducido en la Constitución de 1999, impulsó una modificación legislativa integral dando lugar a cambios importantes en el desarrollo de este sistema protectorio que ha podido darse incluso bajo el mismo esquema previsto en la Constitución anterior. Concretamente, parte de los cambios normativos y orgánicos en esta materia, tiene que ver con la mención expresa de los “adolescentes” en el texto

del artículo 78 de la nueva Constitución, tema al cual nos referimos en el capítulo siguiente.

Continuando con el análisis de dicha norma constitucional, vemos cómo el artículo 78 ordena, no sólo al Estado, sino también a la familia y a la sociedad en general, con carácter de “propiedad absoluta” asegurar protección integral a los niños y adolescentes, por lo cual en la toma de todas sus acciones y decisiones, tanto el Estado, como la sociedad y la Familia, debe siempre asumir como interés superior la protección de los menores. Finalmente se establece con rango constitucional el deber del Estado de incorporar progresivamente los niños a la ciudadanía activa, para lo cual debe establecer un sistema rector nacional para la protección integral de los niños y adolescentes. En este punto es importante resaltar que el concepto de “ciudadanía activa” es realmente amplio y podría dar lugar a interpretaciones sesgadas o tendenciosas sobre los límites y objetivos del prenombrado “Sistema Rector Nacional” de protección al menor.

En efecto, la protección del niño y del adolescente si bien debe ser entendida como una prioridad para todo el colectivo, empezando por el Estado, no es menos cierto que según la propia Constitución implica un deber de primer orden para los padres que deviene a su vez en un derecho. Por ello, en nuestro parecer los progenitores tienen el deber pero también el derecho de ser quienes guíen la inserción de sus hijos a la vida ciudadana, obviamente apoyados por el Estado y por la sociedad en general. Pero es el caso que la interpretación de tal orden puede ser utilizada como herramienta interpretativa inaceptable de la Constitución a los fines de subyugar la libertad de los padres para guiar y conducir con sus propios valores y principios a lo que se puede entender ampliamente como ciudadanía activa. Nos preguntamos aquí ¿será posible pensar que el Estado por medio de ese “Sistema Rector Nacional” utilice la protección del menor para conducirlo a lo que política e ideológicamente considere como una mejor ciudadanía activa? Y por qué no decirlo, la conducción del menor para que sea un verdadero ciudadano revolucionario activo.

Estas preocupaciones ya han salido a flote bajo el imperio de la Constitución de 1999, debemos recordar aquí el lamentable Decreto 1.011 dictado por el Presidente de la República en Consejo de Ministros mediante

el cual se pretendió bajo la figura de supervisores itinerantes, influir directamente en la educación de los niños, incluso bajo régimen de educación privada.¹⁹ En el mismo sentido debemos mencionar que el Preámbulo de la Constitución califica de “sujetos estratégicos” a los jóvenes y adolescentes dentro del proceso de desarrollo sustentable y dentro de un estado de justicia social, lo cual implica la identificación de la juventud y la adolescencia como objetivo claro de las políticas del Estado en materia de formación de la personalidad y el conocimiento.²⁰ Esta situación no sería aceptable ni posible. La propia Constitución al proteger la paternidad y la maternidad no deja lugar a dudas, este deber y por consiguiente este derecho ateniéndose a la fundación y protección de la familia, corresponde antes que a nadie a los padres, y así se prevé incluso en la normativa internacional que regula esta materia.²¹

¹⁹ Márquez Julia, Crespo Ibelis. *Entrevista a Laura C., de Gurkinfel. Sociedad Civil Movimiento Nulidad 1011*. Publicado en <http://www.movimiento1011.com/eldecreto1011>: “No se puede tapar el sol con un dedo, el país reclamaba cambios e iniciativas novedosas en el sector educativo. Sin embargo, el choque de ideas en los medios de comunicación o las protestas de calle contra el Decreto 1.011, muestran para algunos la resistencia a tener que andar un único camino —una vez señalado por K. R. Popper— hacia una moralidad superior demarcada por un contexto político determinado. No obstante, más allá de las críticas, voceros del sector oficial “defienden el derecho que tiene el Estado de establecer las políticas educativas y supervisar la educación para no incurrir en los mismos errores del pasado”. En este sentido, Gurkinfel opina que ciertamente el Estado “tiene el papel fundamental de orientar, coordinar y ofrecer la educación a todo el pueblo venezolano”, pero eso no debe significar un posible atentado contra la educación privada.

²⁰ *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial* N° 5.453 Extraordinario del 24 de marzo de 2004. Preámbulo: “...los adolescentes y jóvenes entendidos como sujetos estratégicos para el desarrollo sustentable; el significado del trabajo productivo del ama de casa; el consumo protegido y la seguridad alimentaria; la vivienda como hábitat que humaniza las relaciones familiares y comunitarias; la información como mecanismo que coadyuva a la formación de la cultura ciudadana, son nuevos elementos elevados a rango constitucional que *requieren una interpretación acorde con su finalidad, no sujeta a formalismos jurídicos alejados de la realidad social*” (cursivas nuestras).

²¹ Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 17: “Protección a la Familia: 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad, y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención. 3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. 4. Los Estados partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos. 5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo”.

Comentábamos antes que dentro de los cambios incorporados en la Constitución de 1999 al sistema de protección del niño se encuentra la inclusión del término adolescente en su artículo 78. De esta manera el constituyente evidentemente quiso enfatizar la igualdad entre niños y adolescentes en cuanto a su protección integral. Pero la pregunta obligada entonces es nuevamente la misma que nos hemos hecho al analizar otros artículos del texto constitucional de 1999, realmente ¿era necesario introducir este cambio? En nuestro parecer, salvo por aquello de lo que abunda no daña, realmente no era necesaria tal distinción entre niños y adolescentes.

Nuestra afirmación anterior la apoyamos en un hecho que no requiere mayores explicaciones, la mayoría de edad en Venezuela se alcanza a los 18 años, edad ésta en la cual ya no se es adolescente, por ello, la adolescencia y la niñez se engloban bajo un solo concepto que es la minoridad, el cual precisamente por tratarse de un solo concepto implica la no discriminación entre menores independientemente de su edad. En cualquier caso, la mención expresa de los adolescentes en esta norma ha inspirado también buena parte de los cambios en la legislación y en la composición orgánica del sistema de protección a la minoridad derivado del cambio constitucional de 1999. De hecho, ahora la ley que regula la materia reviste carácter orgánico y se denomina Ley Orgánica de Protección del Niño y del Adolescente (LOPNA)²² y la misma contiene un sistema mucho más amplio y avanzado en materia de protección de los menores.

Pero el reciente texto constitucional no sólo incluye el término “adolescente” dentro de lo que se entiende como la protección de la familia y otros derechos sociales. También incluye un término que puede ser incluso más amplio al referirse expresamente en su artículo 79 a “los jóvenes y las jóvenes”. Al tener los adolescentes su propio sistema protectivo junto a la niñez (artículo 78), lo primero que debemos inferir es que esta

²² Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela. *Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente*. *Gaceta Oficial* N° 5. 266 Extraordinario de fecha 2 de octubre de 1998.

norma se refiere a los individuos que, sin ser adolescentes aún no alcanzan su edad adulta, de hecho el mencionado artículo 79 menciona el tránsito productivo de ellos “hacia la vida adulta”. Siendo que la mayoría que señala el inicio de la edad adulta se alcanza a los 18 años y la adolescencia finaliza entre los 15 y 16 años, es imperioso concluir que esta norma está dirigida a los menores ubicados entre esas edades, lo cual no denota un tratamiento extremadamente segmentado impropio del carácter general y principista que deben presentar los textos constitucionales.

Dicha norma atribuye a los “jóvenes”, asumimos que con una edad comprenda entre los 15 y los 18 años, el deber y el derecho de ser “sujetos activos del proceso de desarrollo”. Ello unido a las normas constitucionales que califican a la educación como una función primordial e indelegable del Estado y que pudieran interpretarse como plataforma para una intromisión directa del mismo en la formación ideológica del individuo,²³ nos coloca ante el inconveniente riesgo de que este artículo 79 sea visto como la puerta de entrada a un sistema que pretenda la manipulación de la juventud hacia determinadas corrientes del pensamiento. Esta interpretación, de presentarse debe ser rechazada por infundada. En efecto, el artículo 79 de la Constitución se refiere al desarrollo productivo de la Nación e incluye el deber del Estado, de la familia y de la sociedad de apoyar a los jóvenes en su tránsito hacia la vida adulta, bajo la premisa de facilitarle su formación y el primer empleo, es decir, su acceso al mundo laboral productivo. De esta forma, la norma protectora de los jóvenes que analizamos sólo pueden entenderse dentro de lo que significa el desarrollo de las actividades productivas en el ámbito labo-

²³ *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial* N° 5.453 Extraordinario del 24 de marzo de 2004: Artículo 102:” La educación es un derecho humano y un deber social fundamental, es democrática, gratuita y obligatoria. *El Estado la asumirá como función indeclinable y de máximo interés en todos sus niveles y modalidades, y como instrumento del conocimiento científico, humanístico y tecnológico al servicio de la sociedad.* La educación es un servicio público y está fundamentada en el respeto a todas las corrientes del pensamiento, con la finalidad de desarrollar el potencial creativo de cada ser humano y el pleno ejercicio de su personalidad en una sociedad democrática basada en la valoración ética del trabajo y en la participación activa, consciente y solidaria en los procesos de transformación social consustanciados con los valores de la identidad nacional, y con una visión latinoamericana y universal. *El Estado, con la participación de las familias y la sociedad, promoverá el proceso de educación ciudadana de acuerdo con los principios contenidos de esta Constitución y en la ley*”. (Cursivas nuestras).

ral y económico; cualquier intención de extender el deber de incorporación de los jóvenes al desarrollo a otros ámbitos como el político, sería interpretar el artículo 79 de la Constitución fuera de su contexto y de la intención verdadera del constituyente.

7. LA ADOPCIÓN Y LA FAMILIA SUSTITUTA

La adopción siempre ha sido una importante institución dentro de lo que significa la formación de la familia. Así ha sido desde tiempos inmemoriales. Pero como toda realidad social ha cambiado en el tiempo. Así, de concebirse inicialmente esta figura como beneficiosa para los adoptantes que no podían procrear descendencia, pasó a entenderse como una institución protectora más bien de los menores desvalidos. En nuestro derecho, después de cientos de años sin modificaciones, en el Código Civil de 1942 comenzó a variar el tratamiento de la institución de la adopción, permaneciendo sin embargo el mismo defecto de fondo cual era la creación de un vínculo legal cierto entre el adoptado y la familia del adoptante, lo cual se traducía en una ausencia de relaciones entre las familias del adoptante y el adoptado, y lo que es peor, en una diferencia en el tratamiento legal en detrimento del hijo adoptivo.²⁴ De esta forma la evolución social durante varias décadas condujo a una revisión del tratamiento de esta materia, hasta que en el 20 de junio de 1972 se promulgó la Ley sobre Adopción, la cual se mantuvo incólume hasta el año 1983, fecha en la cual fue modificada parcialmente. Nótese que la promulgación de esta

²⁴ Sojo Bianco, Raúl. *Apuntes de Derechos de Familia y Sucesiones*. 4° edición. 1985. p. 207. Tema 24. “La Adopción tradicional se concebía y estaba organizada fundamentalmente a favor de la familia adoptante, del linaje, del cual el adoptado era sólo el instrumento de perpetuación, aunque es verdad que en alguna forma derivaba a su favor ciertos beneficios. La adopción moderna, en cambio, se concibe esencialmente en beneficio e interés del adoptado, generalmente un menor, a quien se trata de proporcionar protección adecuada y eficaz; sin que por ello deban descartarse los respetables intereses afectivos del adoptante, aunque éste juega un papel secundario respecto del primero.

En Venezuela, el régimen legal sobre la adopción permaneció invariable desde el Código Civil de 1867, cuya normativa al respecto fue recogida por los subsiguientes hasta el de 1942, así como por el Estatuto de Menores de 1949. Este régimen adolecía del defecto de no crear un verdadero vínculo de filiación entre adoptante y adoptado; no producía relación familiar entre el adoptante y la familia, no producía relación familiar entre el adoptante y la familia de origen del adoptado ni entre éste y la familia de su adoptante. Así mismo el adoptado conservaba en todo su vigor su vinculación parental con la familia de origen y su condición legal respecto a su adoptante era inferior a la de los hijos, aún de los nacidos fuera del matrimonio”.

legislación *ad-hoc* y su posterior modificación se llevó a cabo bajo las sencillas pautas establecidas en la Constitución de 1961.

Siguiendo esta línea evolutiva y siempre con miras a establecer vínculos y derechos a favor del adoptado, la Constitución de 1999 incluyó cambios sustanciales en esta materia. De esta forma, se incluyen menciones expresas en el artículo 75 que establecen como premisa fundamental que “la adopción tiene efectos similares a la filiación y se establece siempre en beneficio del adoptado o la adoptada, de conformidad con la ley”, es decir, se equipara al hijo adoptado con el hijo propio del adoptante y se genera un vínculo directo de carácter filiatorio entre ambas familias con importantes consecuencias por ejemplo en el orden sucesoral. En este mismo sentido se establece la condición subsidiaria de la adopción internacional respecto a la nacional con el propósito de privilegiar la adopción de niños venezolanos.

Ahora bien, también el artículo 75 de la Constitución de 1999, contiene unas menciones que dejan lugar a interpretaciones indeseables de su contenido. Concretamente dicha norma señala que “los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir, ser criados o criadas y a desarrollarse en el seno de su familia de origen. Cuando ello sea imposible o contrario a su interés superior, tendrán derecho a una familia sustituta, de conformidad con la ley”. Cabe entonces hacerse la pregunta ¿cuál es el interés superior de un niño? ¿quién lo determina y en base a qué parámetros? No ha faltado quien haga conjeturas sobre la posibilidad de que bajo esta norma se pretendan eliminar derechos de la familia de origen sobre el menor mediante criterios ideológicos determinados por el propio Estado. Esa interpretación sería un verdadero disparate, toda vez que el sistema de protección de la familia y en especial el artículo 78 del texto constitucional que protege la maternidad y la paternidad, impiden oponer cualquier interpretación que afecte tales derechos fundamentales. Adicionalmente al someterse la designación de la familia sustituta a los términos de ley, debe entenderse que por ser una norma contemplada a favor del menor, siempre deben asumirse como preponderantes los criterios establecidos en la legislación especial. En todo caso, esta es otra norma constitucional que debe ser sometida a revisión al plantearse una posible reforma constitucional.

8. LA PROTECCIÓN DEL ANCIANO

Otra innovación de la Constitución de 1999 es la inclusión expresa de los ancianos dentro del sistema de protección de los derechos sociales. Su artículo 80 dispone expresamente que el Estado, junto a la familia y la sociedad, deben asegurar a los ancianos el respeto de su dignidad humana y su autonomía, así como también su mantenimiento dentro de lo que significa el sistema de seguridad social bajo la óptica de una protección integral en beneficio de la calidad de vida de estas personas. Incluso la norma que comentamos pretende garantizar a los ancianos el derecho a dedicarse a un trabajo acorde con sus capacidades. Esta disposición no tiene precedentes en la Constitución de 1961 y su inclusión la apreciamos positiva.

Ahora bien, fuera de esta declaración principista y muy importante, el Constituyente fue incluso más allá al determinar expresamente que las pensiones y jubilaciones de los ancianos no podrán ser inferiores al salario mínimo. Esta previsión es plausible desde el punto de vista de la igualdad de los ingresos, toda vez que la manutención de un anciano debe regirse por las mismas consideraciones usadas para determinar el salario mínimo de cualquier trabajador. El inconveniente que vemos es que la norma evidentemente no debería tener rango constitucional, pues las circunstancias económicas y sociales pueden implicar una imposibilidad material para alcanzar este nivel.

En todo caso, sí creemos positivo el establecimiento de principios constitucionales que favorezcan, sobre todo el tratamiento digno de los ancianos, toda vez que se ha convertido en una realidad social el maltrato de las personas de la tercera edad.

9. APLICACIÓN PREFERENTE DE LOS TRATADOS Y ACUERDOS INTERNACIONALES

A no dudarlo la protección de la familia y en especial la protección de los menores, son temas inherentes a derechos humanos fundamentales, como la vida y la libertad. Precisamente por ello existen una serie de Acuerdos y Tratados Internacionales destinados a proteger estos derechos, cuya aplicación pretende armonizar en un sistema global de derecho, normas que

faciliten su ejercicio. Dentro de estos instrumentos jurídicos internacionales podemos citar, La Declaración Universal de los Derechos Humanos (ONU-1948); la **Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José-1969)**; y el Protocolo adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) .

Ahora bien, uno de los cambios importantes que presenta la Constitución de 1999 está referido precisamente a la aplicación interna de los acuerdos y tratados internacionales que obligan a la República y muy especialmente de aquellos que desarrollan derechos humanos fundamentales. De esta forma el artículo 23 del texto constitucional hoy vigente, dispone expresamente que: “Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional”. Por lo tanto el sistema de protección de la familia, previsto en sus artículos 75 al 80, se complementa y coexiste con los mencionados instrumentos jurídicos internacionales, los cuales incluso, por mandato expreso del mismo artículo 23 de la Constitución, “prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas” en la propia Constitución y en las leyes internas.

Dentro de esa misma línea de privilegiar la aplicación interna de los Acuerdos y Tratados Internacionales, el referido artículo 23 de la Constitución de 1999, ordena a los jueces e incluso a los funcionarios públicos aplicar de forma inmediata y directa las previsiones del ordenamiento internacional que sean más favorables al ejercicio de los derechos humanos.²⁵ Lo anterior, sin dudas, es positivo pues favorece sustancialmente la aplicación de normas que protegen la familia contenidas en acuerdos y tratados internacionales, las cuales, sin dudas resultarán de gran ayuda en caso de producirse interpretaciones sesgadas o inadecuadas del texto constitucional de 1999, muchas de las cuales han sido tratadas en este trabajo.

²⁵ *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial* N° 5.453 Extraordinario del 24 de marzo de 2004: Artículo 23: “Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público”.

El contrato electrónico como fuente de obligaciones

Mariliana RICO CARRILLO*

SUMARIO.

Introducción

1. Los contratos electrónicos: 1.1 *Precisiones terminológicas.* 1.2 *Reconocimiento legal.* 1.3 *Validez y eficacia:* 1.3.1 Los requisitos de validez. 1.3.2 El consentimiento a través de medios electrónicos. 1.3.3 El objeto del contrato 1.3.4 La identificación de las partes en entornos electrónicos. 1.4 *La perfección del contrato:* 1.4.1 Momento de formación. 1.4.2 Lugar de formación. 1.5 *La forma en la contratación electrónica:* 1.5.1 El principio de libertad de forma. 1.5.2 El cumplimiento de formalidades en entornos electrónicos: 1.5.2.1 La exigencia de la forma escrita. 1.5.2.2 La intervención de notarios y registradores en la perfección del contrato. 1.6 *El cumplimiento del contrato.*

* **Universidad Carlos III** (Madrid, Reino de España), Doctora en Derecho mención *Cum Laude*, Profesora. **Universidad Católica del Táchira**, Profesora, *Centro de Investigaciones en Nuevas Tecnologías*, Directora. **Universidad Complutense** (Madrid, Reino de España), *Máster de Derecho Informático*, Profesora. **Asociación Venezolana de Derecho Informático y Nuevas Tecnologías**, Vicepresidente. **Asociación Argentina de Derecho para la Sociedad de la Información**, Miembro Honorario.

INTRODUCCIÓN

El auge y desarrollo experimentado en los últimos años por las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones ha producido dos nuevas categorías de acuerdos contractuales en el mundo del Derecho: los contratos informáticos, denominados de esta manera sobre la base del objeto que recae la prestación de las partes; y los contratos electrónicos, referidos a la forma y el soporte donde se refleja la intención de las partes de ejecutar una determinada prestación.

El nacimiento de estos contratos tiene su origen en la aplicación de las nuevas tecnologías en el ámbito empresarial y comercial, estas herramientas cada día cobran mayor importancia gracias a la utilización de grandes redes de comunicación telemáticas como Internet, instrumento que facilita la contratación entre personas distantes a la vez que ofrece nuevos métodos, productos y servicios de naturaleza informática.

Al igual que las distintas tipologías contractuales existentes en el mundo del Derecho, los acuerdos electrónicos y los contratos informáticos son fuente de obligaciones, al no estar comprendido ninguno de estos supuestos en la clasificación tradicional de los contratos, hay quienes llegan a hablar de una nueva fuente de obligaciones. No consideramos que realmente se produzca una modificación dentro del sistema de fuentes, simplemente estamos ante contratos atípicos que surgen como consecuencia de los avances tecnológicos, unos tienen por objeto un bien o un servicio informático y otros son consecuencia del desarrollo de técnicas que facilitan la contratación a distancia.

La contratación por medios electrónicos viene a revolucionar el campo del Derecho, facilitando las negociaciones entre personas distantes gracias al empleo de redes de comunicación telemáticas; más que de una nueva fuente de obligaciones estamos en presencia de una nueva forma de contratar, seguimos hablando de un contrato, sólo que éste se materializa en forma diferente a la clásica documentación en papel.

Las especialidades técnicas y el desconocimiento del medio utilizado en este tipo de contratación pueden ocasionar algunos problemas en el

momento de determinar ciertas situaciones de especial relevancia jurídica, estos inconvenientes se relacionan principalmente con la ausencia del papel como soporte documental, lo cual crea dudas sobre la existencia real del contrato, la identificación de las partes y la determinación de su capacidad, el momento y lugar de perfección del contrato y la ley que debe aplicarse en caso de involucrarse dos o más ordenamientos jurídicos distintos. En las siguientes líneas intentamos ofrecer una respuesta a estos interrogantes sobre la base de la legislación especial que rige la contratación por medios electrónicos, tomando siempre en consideración los principios generales que rigen el Derecho de los contratos, no olvidemos que la forma electrónica no es sino un nuevo soporte susceptible de representar la voluntad de las partes.

1. LOS CONTRATOS ELECTRÓNICOS

1.1 PRECISIONES TERMINOLÓGICAS

Cuando se habla de contratos electrónicos, es común la tendencia a identificar esta figura con los contratos informáticos¹ sin atender a las profundas diferencias que existen entre ambas categorías; antes de abordar el objeto de nuestro estudio, consideramos necesario precisar el significado y alcance de estas expresiones.

La denominación contratos informáticos se emplea para designar las operaciones jurídicas por medio de las cuales se crean, modifican o extinguen relaciones u obligaciones sobre bienes o servicios informáticos,² entendiendo por bienes informáticos, los elementos que conforman el sistema en cuanto al *hardware* y al *software*, y por servicios informáticos, todos aquellos que sirven de apoyo y complemento a la actividad informática, como los servicios de asistencia y mantenimiento

¹ En un principio ambos conceptos llegaron a identificarse, tratándose la contratación informática en un sentido muy amplio, considerándose la contratación electrónica como una categoría dentro de los contratos informáticos. Vid. Aparicio Vaquero, Juan Pablo: *La nueva contratación informática*. Comares, Colección Derecho y Nuevas Tecnologías, Nº 2, Granada, 2002, p. 5.

² Vid. Carrascosa, Del Pozo y Rodríguez: *La contratación informática: el nuevo horizonte contractual*, Segunda edición, Comares, Granada, 1999, p. 116.

de programas y equipos.³ El criterio fundamental para saber cuándo estamos en presencia de un contrato informático es el objeto, diferenciándose claramente dos tipos: los contratos sobre bienes informáticos (compra, venta o arrendamiento de *hardware* y *software*) y los contratos sobre servicios informáticos (asistencia y mantenimiento). Si tomamos en cuenta el negocio jurídico, nos encontramos con diversas especies contractuales, donde cabe mencionar la venta, el arrendamiento (tradicional y financiero), la prestación de servicios y los contratos de obra, entre otros. En opinión de la doctrina, no estamos ante una nueva categoría contractual; hablar de contratos informáticos es sólo una forma de abordar la problemática jurídica que ocasiona la contratación de bienes y servicios informáticos, estos contratos se encuadran dentro de la teoría general de los contratos;⁴ por lo tanto, no se configura un nuevo supuesto de fuente de obligaciones.

Los contratos electrónicos no tienen como punto de referencia el objeto de la prestación sino la forma en que las partes se obligan, entran en esta categoría todos aquellos contratos que se realizan mediante la utilización de algún elemento electrónico que intervenga en el proceso de formación de la voluntad de los contratantes. Es importante aclarar que la contratación electrónica no se identifica con la contratación en Internet, estos contratos existen ya desde hace algunos años, el sector bancario y bursátil es un claro ejemplo de ello; cuando hablamos de la intervención de un medio electrónico en la formación del contrato, nos referimos a una diversidad de instrumentos que facilitan la contratación entre personas ubicadas en espacios físicos diferentes, tal sería el caso del télex, el teléfono, el fax, la videoconferencia, el uso de redes cerradas de comunicación entre las empresas y, por supuesto, Internet. La esencia del contrato electrónico radica en el medio utilizado en la contratación –independientemente del objeto sobre el cual recae el acuerdo– pudiendo haber contratos informáticos celebrados por medios electrónicos, como sucede en el caso de la venta de un *software* a través de Internet.

³ Davara Rodríguez, Miguel Ángel: *Manual de Derecho Informático*, Aranzadi, Pamplona, 2001, p. 238.

⁴ *Ibid.*, p. 243.

Al referirse a este método de contratación, un sector de la doctrina afirma que estamos en presencia de una nueva categoría en el sistema tradicional de las fuentes de las obligaciones;⁵ como indicamos en la nota introductoria de este estudio, no podemos hablar realmente de una nueva figura en el esquema de fuentes sino de una nueva forma de expresión de la voluntad, se trata de un contrato que se materializa a través de un medio acorde con los avances de la técnica y la realidad que vivimos: el soporte electrónico.

1.2 RECONOCIMIENTO LEGAL

Actualmente la mayoría de las legislaciones admiten la validez y eficacia de la contratación realizada a través de medios electrónicos, este reconocimiento tiene lugar a partir de la Ley Modelo de UNCITRAL/CNUDMI⁶ sobre Comercio Electrónico (en adelante LMUCE), en cuyo artículo 11 se regula la validez y formación de los contratos electrónicos al establecer:

En la formación del contrato, de no convenir las partes otra cosa, la oferta y su aceptación podrán ser expresadas por medio de un mensaje de datos. No se negará validez o fuerza obligatoria a un contrato por la sola razón de haberse utilizado en su formación un mensaje de datos.

En Venezuela, la celebración del contrato a través de medios electrónicos encuentra su fuente y reconocimiento en el texto del Decreto-Ley

⁵ Para Álvarez Cienfuegos, la transmisión de voluntad por medios electrónicos, bien como acto jurídico unilateral que implique una simple transferencia de fondos, bien que suponga el nacimiento de un negocio jurídico concertado por medios informáticos, constituye una nueva categoría en la tradicional clasificación de las fuentes de las obligaciones. *Vid.*, Álvarez Cienfuegos Suárez, José María: *Las obligaciones concertadas por medios informáticos y la documentación electrónica de los actos jurídicos*, en *La Ley*, 4.1992, p. 1022.

⁶ La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), conocida comúnmente por las siglas anglosajonas UNCITRAL (*United Nations Commission on International Trade Law*), es el órgano jurídico de las Naciones Unidas en el ámbito del Derecho Mercantil Internacional, tiene a su cargo, entre otras actividades, la preparación de Leyes Modelo y Leyes Uniformes en el campo del comercio internacional, así como el fomento de la codificación y de mecanismos para asegurar la interpretación y aplicación uniforme de las leyes y convenciones internacionales en este sector. *Vid.* <http://www.uncitral.org>

sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas⁷ (en adelante LMDFE), específicamente en su artículo 15 que reza: “*En la formación de los contratos, las partes podrán acordar que la oferta y la aceptación se realicen por medio de un mensaje de datos*”; este artículo no es más que una expresión del principio de equivalencia funcional, formulado en sus orígenes en el artículo 5 de la LMUCE que reza: “*No se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a la información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos*”. El principio de equivalencia funcional se traduce en la no discriminación del soporte electrónico, los efectos jurídicos deseados por el emisor de la declaración deben producirse independientemente del soporte utilizado en su materialización.⁸

En el ámbito europeo, el reconocimiento acerca de la validez y eficacia del contrato electrónico ha tenido lugar en la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de la Sociedad de la Información, en particular el Comercio Electrónico en el Mercado Interior, (en adelante Directiva sobre Comercio Electrónico), este instrumento impone a los Estados miembros la obligación de velar porque sus legislaciones permitan la celebración de contratos por vía electrónica, estableciendo a su vez el deber de garantizar que el régimen jurídico aplicable al proceso contractual no entorpezca la utilización de los contratos por vía electrónica, ni conduzca a privar de efecto y de validez jurídica a este tipo de contratos en razón de su forma de celebración, tal como lo indica el artículo 9 del citado texto legal.

Siguiendo los principios establecidos en la Directiva sobre Comercio Electrónico, el legislador español reconoce la existencia y validez del contrato electrónico en el artículo 23 de la Ley 34/2002 de 11 de junio

⁷ Decreto 1.024 de 10 de febrero de 2001, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 37.148 de 28 de febrero de 2001.

⁸ Un estudio amplio del principio de equivalencia funcional puede consultarse en Illescas Ortiz, Rafael: *La equivalencia funcional como principio elemental del Derecho del comercio electrónico*, en *Derecho y Tecnología*, Universidad Católica del Táchira, N° 1, julio/diciembre 2002, pp. 9-24.

sobre Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico (en adelante LSSICE), al establecer que los contratos celebrados por vía electrónica producirán todos los efectos previstos por el ordenamiento jurídico, cuando concurran el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez, rigiéndose por la normativa contenida en la citada ley, en las normas generales aplicables a los contratos civiles y mercantiles, en la legislación protectora de los consumidores y usuarios y de ordenación de la actividad comercial.

En Italia con anterioridad a la adopción de la Directiva sobre comercio electrónico existía una regulación que admitía la contratación electrónica, hablamos del Decreto denominado *Regole tecniche per la formazione, la trasmissione, la conservazione, la duplicazione, la riproduzione e la validazione, anche temporale, dei documenti informatici ai sensi dell'articolo 3, comma 1, del Decreto del Presidente della Repubblica, 10 novembre 1997, n. 513*, este instrumento establece en su artículo 11.1 la validez de los contratos electrónicos, indicando que los contratos estipulados con instrumentos informáticos o por vía telemática, mediante el uso de la firma digital que cumpla las condiciones exigidas en el reglamento, son válidos y relevantes a todos los efectos legales. Con posterioridad a la adopción de la Directiva se observa una reforma en la legislación italiana con la finalidad de adaptar su legislación al ámbito comunitario, destacan entre otras disposiciones, el *Decreto Legislativo 9 aprile 2003 n. 70 Attuazione della direttiva 2000/31/CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione nel mercato interno, con particolare riferimento al commercio elettronico*, el *Decreto Legislativo 23 gennaio 2002, n. 10 - Attuazione della direttiva 1999/93/CE relativa ad un quadro comunitario per le firme elettroniche y el Regolamento sull'uso di strumenti informatici e telematici nel processo civile, nel processo amministrativo e nel processo innanzi alle sezioni giurisdizionali della Corte dei conti (D.P.R. 123/2001)*.

En Estados Unidos, el reconocimiento legal de la contratación efectuada a través de medios electrónicos ha tenido lugar en el texto de la

Uniform Electronic Transactions Act (UETA)⁹ y la *Electronic Signatures in Global and National Commerce Act*, comúnmente conocida como *E-Sig*, instrumento que regula, entre otros aspectos, los efectos de los contratos electrónicos, incluidos en los “*electronic records*”,¹⁰ así como del consentimiento otorgado por estos medios.

En Latinoamérica, la validez y eficacia jurídica del contrato electrónico es reconocida de diversas maneras: en Venezuela, Colombia, Ecuador, Chile, Panamá y Puerto Rico, son las leyes sobre comercio electrónico y/o firma electrónica, las que admiten la intervención de la electrónica en el proceso de contratación; en México se ha realizado una reforma legal a los códigos (Civil, Mercantil, Procesal Civil) a fin de incluir esta nueva forma de contratación; Perú cuenta con una ley especial reguladora de la firma electrónica y con una ley que modifica las disposiciones del Código Civil a efectos de dar valor a la contratación por medios electrónicos.

1.3 VALIDEZ Y EFICACIA

1.3.1 Requisitos de validez

Al referirse a la contratación por medios electrónicos, la LMDFE se limita a establecer en su artículo 15, la posibilidad de que las partes puedan utilizar la forma electrónica como medio de contratación. No existe un pronunciamiento del legislador acerca de los requisitos de validez de la contratación efectuada a través de estos medios, esta omisión no puede considerarse como un error, ya que al ser el contrato electrónico un nuevo soporte de la manifestación de la voluntad de las partes, los requisitos de validez serán los mismos que se exigen en la contratación tradicional: consentimiento, objeto y causa, estos elementos no se modifican por el hecho de que el contrato se encuentre en un formato diferente al papel.

⁹ En la sección 7, apartado a) establece: “*A contract may not be denied legal effect or enforceability solely because an electronic record was used in its formation*”.

¹⁰ En la sección 6 relativa a las definiciones se establece, en el apartado (4): “*The term “electronic record” means a contract or the other record created, generated, sent, communicated, received, or stored by electronic means*”.

La forma escrita no se considera como un requisito esencial de validez del contrato, salvo que la ley lo exija.¹¹ En todo caso, en los países que cuentan con legislación sobre comercio y contratación electrónica, el documento escrito es equiparado al documento electrónico. La firma es necesaria cuando la validez del contrato se hace depender de tal exigencia, también las partes por virtud del principio de libertad en la contratación pueden establecer la forma escrita o el requisito de firma como presupuesto para la validez de sus obligaciones.

En relación con los requisitos esenciales que afectan la validez del contrato nos referimos en esta oportunidad al consentimiento y al objeto por las particularidades que estos elementos presentan en el ámbito de la contratación electrónica, la causa no será estudiada en esta oportunidad toda vez que el propio Código Civil presume siempre la existencia de la causa, aun cuando ésta no se mencione en el contrato.

1.3.2 *El consentimiento a través de medios electrónicos*

De acuerdo con los principios establecidos en el Código Civil, los contratos se forman cuando se presta el consentimiento de las partes, manifestado por el concurso de la oferta y la aceptación, en entornos electrónicos habrá que determinar cuándo existe una verdadera oferta –en términos jurídicos– y cuáles son las condiciones para que se produzca una aceptación.

Los principales problemas que se presentan con las ofertas electrónicas, principalmente en el caso de la contratación vía Internet, donde éstas son incluidas en las páginas web de las distintas empresas que ofrecen productos y servicios o bien transmitidas mediante *e-mail*, se

¹¹ Para el legislador italiano, la validez del contrato electrónico depende de la inserción de la firma digital. Esta definición es fuertemente criticada por la doctrina italiana calificándola de excesivamente rígida al otorgar validez jurídica únicamente a los contratos firmados en forma digital, dejando de un lado la regulación de los denominados contratos “*point and click*”, esto es, aquellos en que el aceptante se limita simplemente a pulsar un botón perfeccionándose de esta manera el contrato. Sarsana Di S.Ippolito, Carlo y Sarsana Di S.Ippolito, Fulvio: *Profili giuridico del commercio via Internet*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1999, pp. 77-78.

centran, de un lado, en la dificultad de localizar el lugar de producción de la oferta y del otro, en el hecho de la determinación de la naturaleza jurídica de estos mensajes, si realmente deben considerarse como verdaderas ofertas que obliguen al oferente o si por el contrario deben tomarse como simples formas publicitarias constitutivas de una invitación a ofrecer; la determinación de esta situación es de importancia fundamental en el proceso de formación del contrato, ya que la oferta determina, en la mayoría de los casos, el lugar donde se entiende celebrado el contrato, con las consecuencias jurídicas que esto implica.

Para que la oferta sea considerada como tal y obligue al oferente, debe contener los elementos esenciales del contrato que se propone e ir formalmente orientada hacia la celebración del contrato, siendo necesario que quede de manifiesto, en forma indubitada, la intención del oferente de obligarse por virtud de la oferta.

Sobre la determinación de la naturaleza jurídica de las ofertas transmitidas a través de Internet, la doctrina no es pacífica, ya que algunos consideran que no se trata realmente de una oferta sino de un anuncio constitutivo de una “invitación a ofrecer”, mientras que otro sector las considera verdaderas ofertas.

Los que defienden la primera posición alegan que las empresas a través de las páginas web anuncian productos en forma de catálogos, invitando aquellos que lo deseen a contactarles. Para esta corriente, la publicidad contenida en las páginas web constituye tan sólo una invitación a contratar hecha a la generalidad de los usuarios del medio, los cuales una vez determinada su voluntad, hacen la correspondiente oferta de manera que cuando el consumidor responde a estos anuncios se convierte en ofertante –en sentido jurídico– y el vendedor en aceptante de las ofertas los pedidos que reciba.¹²

¹² Vid. Carrasco Perera, Ángel y Martínez Espín, Pascual: *Propuesta de desarrollo reglamentario del artículo 5.3 de la Ley de Condiciones Generales de Contratación*, en *Estudios sobre Consumo*, Nº 49, agosto, 1999, p. 102. En este mismo sentido, Carrasco Blanc, Humberto: *Aspectos de la formación del consentimiento electrónico* en *REDI*, Nº 12, julio de 1999. Para este autor, los *mailings* no son realmente ofertas sino invitaciones a celebrar un negocio jurídico determinado en el entendido que no cumplen todos los requisitos exigidos a una oferta.

La segunda corriente, a la cual nos adherimos, considera que un anuncio en un periódico, un cartel, un folleto e incluso un artículo en un escaparate, siempre que se indique el precio, podrá ser considerado como una oferta.¹³ Es importante destacar que no cualquier anuncio puede ser considerado como una verdadera oferta, para que constituya una oferta en sentido legal, debe cumplir con los requisitos que le otorgan la condición de tal según el tipo contractual que se trate, siendo realmente importante que quede de manifiesto la intención del oferente de quedar obligado con la propuesta; en el caso de la venta, la exhibición de un producto al público y la especificación de su precio, se consideran suficientes para demostrar la intención del oferente de vender. En tal sentido, el artículo 14 de la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías,¹⁴ indica que la propuesta de celebrar un contrato constituirá oferta si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación. En materia de compraventa, la Convención entiende que una propuesta es suficientemente precisa si indica las mercaderías y, expresa o tácitamente señala la cantidad y el precio o prevé un medio para determinarlo.

Al igual que la oferta, la aceptación por medios electrónicos se considera perfectamente admisible, una vez que la aceptación tiene lugar se produce el consentimiento y por ende, el nacimiento del contrato. Como sucede que en el mundo físico tradicional, en la contratación electrónica puede haber aceptaciones tácitas y expresas. La aceptación tácita tendría lugar cuando el usuario realiza el correspondiente pedido, acepta un determinado servicio o acepta por ejemplo, el medio de pago ofrecido.

La aceptación también debe reunir unas condiciones que determinan su validez: 1) debe dirigirse al oferente; 2) ser oportuna, es decir, que ha de

¹³ En este sentido, Amory, Bernard E., y Schaus Marc: *Formación de contratos: comunicación de la oferta y la aceptación al oferente* en *La validez de los contratos internacionales negociados por medios electrónicos*, Centro de Estudios Comerciales, Cámara de Comercio de Madrid, Madrid, 1998, p. 31.

¹⁴ Venezuela suscribió esta Convención el 28 de septiembre de 1991, aun cuando su texto no ha sido ratificado y por tanto no forma parte de nuestro Derecho, consideramos útil la mención a este instrumento, ya que al ser fuente del Derecho Internacional, constituye un medio de interpretación en el ámbito de la contratación mercantil.

producirse dentro del plazo de validez de la oferta; y 3) debe coincidir con los términos contenidos en la oferta contractual; si al aceptar el contrato se envía una comunicación con modificaciones a la oferta original, no se considera que exista una aceptación en términos legales sino una contraoferta.¹⁵

Las mayores dificultades que se derivan de la aceptación en entornos electrónicos se relacionan directamente con la inclusión en el contrato de condiciones generales de contratación, esto sucede con mayor frecuencia en la contratación en Internet, ya que la mayoría de empresas que ofrecen sus productos en la Red lo hacen utilizando la fórmula de los contratos de adhesión, impidiendo la negociación de las cláusulas en ellos contenidas. Sobre este aspecto es importante resaltar que en el ámbito de los consumidores, estos contratos están sujetos al cumplimiento de la normativa protectora de estos sujetos contenida en la Ley de Protección al Consumidor y Usuario¹⁶ (en adelante LPCU), que exige la redacción en términos claros y en caracteres visibles y legibles que faciliten su comprensión.¹⁷

El consentimiento por medios electrónicos está sujeto a las causales de nulidad del Derecho tradicional: error, dolo y violencia. Uno de los vicios del consentimiento más frecuente en la contratación por medios electrónicos es el error. El error puede recaer sobre la identidad de la persona

¹⁵ De acuerdo con el artículo 1.137 del Código Civil venezolano: “Una aceptación que modifica la oferta, tendrá únicamente el valor de una nueva oferta”. En la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías esta situación se encuentra prevista en el artículo 19 que reza: “La respuesta a una oferta que pretenda ser una aceptación y que contenga adiciones, limitaciones u otras modificaciones se considerará como rechazo de la oferta y constituirá una contraoferta”.

¹⁶ Publicada en la *Gaceta Oficial* N° 4.898 Extraordinario de fecha 13 de diciembre de 1995. Esta ley ha sido objeto de una reforma reciente, en marzo de 2004 –fecha en que estas líneas se escriben– fue sancionada por la Asamblea Nacional la nueva LPCU. Entre las novedades incluidas en el marco de esta ley destacan las disposiciones que regulan el comercio electrónico, las operaciones de crédito y la responsabilidad de los proveedores.

¹⁷ De acuerdo con el artículo 82 de la recién sancionada LPCU: “Todo contrato de adhesión, deberá encontrarse a la disponibilidad del público, bien de manera impresa, o bien a través de la utilización de medios electrónicos, con caracteres legibles a simple vista y en idioma castellano. Deberá estar redactado en términos claros y comprensibles para el consumidor y no podrá contener remisiones a textos o documentos que, no siendo de conocimiento público, no se faciliten al consumidor previa o simultáneamente a la celebración del contrato”.

con quien se contrata o sobre el objeto de la prestación,¹⁸ en las redes telemáticas y particularmente en Internet es muy fácil que una persona se haga pasar por otra o que no revele su identidad real, también suelen presentarse inconvenientes en relación con el objeto, ya que no existe la posibilidad de apreciar el bien en su apariencia real ni las cualidades del producto o servicio ofrecido. Los problemas relacionados con la suplantación de identidad se solucionan a través de la firma electrónica, mientras que los inconvenientes que puedan presentarse en relación con el objeto quedan cubiertos por las normas protectoras de los consumidores que garantizan el derecho de desistimiento del contrato mediante la devolución del producto y la correspondiente restitución del precio.

1.3.3. *El objeto del contrato*

De acuerdo con los principios establecidos en el Código Civil, el objeto del contrato debe ser posible, lícito, determinado o determinable. En la contratación electrónica, los principales problemas que suelen presentarse con el objeto se relacionan directamente con la licitud y la especificación de sus características.

En Internet podemos encontrar algunas situaciones que afectan la licitud del objeto, al producir la Red el efecto de “aldea global” y traspasar las fronteras de los Estados, es posible que personas que se encuentren ubicadas físicamente en un determinado país adquieran objetos de tráfico prohibido o restringido ofrecidos por empresas extranjeras donde sí es legal este tipo de comercialización,¹⁹ situación que afecta la validez y eficacia del contrato.

¹⁸ De acuerdo con el artículo 1.148 del Código Civil venezolano, el error de hecho produce la anulabilidad del contrato cuando recae sobre una cualidad de la cosa o sobre la identidad o las cualidades de la persona con quien se ha contratado, cuando esa identidad o esas cualidades han sido la causa única o principal del contrato.

¹⁹ En Estados Unidos se considera que el simple hecho de ofrecer un producto financiero a través de Internet equivale a hacer publicidad, lo cual requiere una autorización especial. En Francia es notable la sentencia de 20 de noviembre de 2000 del Tribunal de Gran Instancia de París, en la que se sanciona a la empresa norteamericana Yahoo por exponer y vender en su sitio web objetos de ideología nazi, haciéndolos accesibles al cualquier ciudadano francés cuando la venta de este tipo de artículos es prohibida en la legislación francesa. *Vid.* <http://www.delitosinformaticos.com/ciberderechos/casoyahoo.shtml>

En un entorno donde la comunicación es electrónica en su totalidad, también suelen presentarse problemas con el objeto del contrato debido a la imposibilidad que tiene el comprador de apreciar el bien a través de sus sentidos; aun cuando existe la posibilidad de visualizarlo en la pantalla del computador, la persona no puede tocarlo ni ver directamente su funcionamiento, esta situación no es causa de anulación del contrato, siempre que el objeto se encuentre perfectamente determinado o en su defecto sea determinable; en estos casos es importante dejar a salvo el derecho del comprador de desistir del contrato mediante la restitución del precio.

1.3.4 *La identificación de las partes en entornos electrónicos*

En la contratación electrónica el error sobre la persona puede ocurrir de manera frecuente por la posibilidad de suplantación de identidad, esto sucede con mayor facilidad en las redes abiertas de comunicación. La necesidad de identificación de las partes también se relaciona con el problema de la capacidad, en el caso de Internet, es común el acceso de menores a la Red, quienes podrían celebrar contratos contraviniendo las disposiciones del Código Civil que prohíben la contratación por parte de incapaces.

Tanto el error en persona como la falta de capacidad de los contratantes afectan la validez del contrato, en el primero de los casos el contrato es nulo por tratarse de un incapaz; si el error versa sobre la persona, el contrato es anulable siempre y cuando la identidad de esa persona o sus cualidades hayan sido la causa única o principal del contrato.

El principal inconveniente para atribuir la manifestación de voluntad a una determinada persona y vincularla con el contrato, radica en la dificultad de acreditar su identidad debido a la ausencia de la firma autógrafa, en entornos electrónicos este elemento se sustituye por la firma electrónica. Desde el punto de vista jurídico, la firma electrónica se equipara con la tradicional firma manuscrita, el artículo 6 de la LMDFE permite la sustitución de la firma autógrafa por la firma electrónica, al indicar: *“Cuando para determinados actos o negocios jurídicos la ley exija la firma autógrafa, ese requisito quedará satisfecho en relación con un Mensaje de Datos al tener asociado una Firma*

Electrónica". En principio todas las firmas electrónicas, independientemente de la tecnología empleada en la generación de la firma (sistemas criptográficos, biométricos o esteganográficos), gozan de reconocimiento legal y tienen valor en juicio, así lo establece el artículo 17 de la LMDFE; sin embargo, para que se cumpla el principio de equivalencia funcional que otorga a la firma electrónica el mismo valor jurídico que a la firma manuscrita, el artículo 16 del mencionado texto legal exige que la firma permita: a) garantizar que los datos empleados para su generación puedan producirse sólo una vez y asegurar, razonablemente su confidencialidad; b) ofrecer seguridad suficiente de que no pueda ser falsificada con la tecnología existente en cada momento; y c) no alterar la integridad del mensaje de datos, presumiéndose que estos requisitos se cumplen cuando la firma electrónica se encuentra certificada por un prestador de servicios de certificación, tal como lo establece el artículo 18 de la LMDFE.²⁰

Como bien puede observarse, la firma electrónica cumple las mismas funciones que la firma manuscrita: al otorgar autoría a la declaración de voluntad, el firmante se obliga con el contenido del documento, por lo tanto es un medio idóneo para acreditar la identidad de las partes en la contratación electrónica y evitar los inconvenientes que pudieran causar el error en la persona y la falta de capacidad de uno o ambos contratantes.

1.4 FORMACIÓN DEL CONTRATO

En la contratación entre presentes, el momento de la oferta y la aceptación por lo general coinciden, por lo que no se presentan problemas para determinar el momento de perfección del contrato. En la contratación electrónica, al encontrarse las partes ubicadas en lugares físicos dife-

²⁰ En la actualidad la tecnología que permite satisfacer los requisitos establecidos en la ley es la criptografía de clave asimétrica o de clave pública; las técnicas basadas en criptografía simétrica u otras técnicas de autenticación no dejan de tener reconocimiento legal, sólo que no se equiparan en forma automática a la firma manuscrita, en estos casos la firma debe ser valorada por el juez conforme a las reglas de la sana crítica. Los mecanismos que se utilizan actualmente para firmar y los distintos niveles de valoración han sido estudiados previamente. *Vid.*, Rico Carrillo, M. *Firmas electrónicas y criptografía*, en *Derecho y Tecnología*, Universidad Católica del Táchira, N° 2, enero/junio 2003, pp. 81-101.

rentes, habrá que analizar las reglas de formación del contrato establecidas en la ley para estos casos.

La contratación a distancia no es propia de los entornos electrónicos, existe desde épocas muy remotas y es llevada a cabo por los medios de comunicación tradicionalmente conocidos (la carta o el telegrama), no obstante esta situación y como veremos seguidamente, la utilización de un instrumento electrónico plantea una serie de dudas e inconvenientes debido a la diversidad de medios electrónicos existentes en la actualidad que permiten este tipo de contratación (telégrafo, fax, teléfono, Internet, televisión, puntos electrónicos de venta, dispositivos y/o cajeros automáticos, teléfonos móviles, etc.)

1.4.1 *Momento de formación del contrato*

Aun cuando la contratación electrónica se caracteriza por la existencia de una distancia física entre las partes, no podemos ubicar en una misma categoría todos los contratos perfeccionados a través de estos medios, ya que unos ofrecen mayor interactividad e inmediatez que otros. Atendiendo a esta circunstancia, en algunos casos estaremos en presencia de un contrato de formación instantánea mientras que en otros en uno de formación sucesiva, dependiendo del intervalo de tiempo que transcurra entre la oferta y la aceptación.²¹

En España la contratación efectuada mediante el uso del teléfono se considera una contratación entre presentes, aun cuando las partes no se encuentren “presentes” físicamente en el mismo lugar. Esta califica-

²¹ Ante la dificultad de subsumir una determinada tipología contractual dentro de la clasificación tradicional que diferencia la contratación entre presentes de la contratación entre ausentes, la doctrina alude a una nueva clasificación, refiriéndose en este caso a la contratación en forma instantánea y a la contratación en forma sucesiva, que tiene lugar cuando el contrato se forma de manera progresiva, siendo fundamental para distinguir entre ambos tipos de contratación, el intervalo de tiempo transcurrido entre la oferta y la aceptación, si éste es apreciable, el contrato podrá calificarse como de formación sucesiva, por el contrario, si hay coincidencia entre estos momentos, estaremos en presencia de un contrato de formación instantánea. *Vid.* Moreno Quesada Bernardo: *La oferta de contrato*, *Revista de Derecho Notarial*, abril-junio 1956, N° 12, p. 114 y Perales Viscasillas, *La formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*, Tiranch Lo Blanch, Valencia, 1996 p. 154.

ción tiene su razón de ser en la inmediatez del diálogo que ofrece la comunicación telefónica, en este sentido se ha pronunciado la doctrina del Tribunal Supremo español, cuando al referirse al momento del perfeccionamiento del contrato indica

...no es la material ausencia de las partes, sino el medio de comunicación empleado, la circunstancia a tener en cuenta para fijar aquel momento...²²

En la contratación en Internet, la calificación uniforme del contrato se dificulta un poco debido a la diversidad de herramientas disponibles en la Red, esto nos permite realizar contratos a través de distintos medios cuyo funcionamiento difiere en cuanto a comunicación, rapidez e inmediatez, con las consecuencias jurídicas que ello significa. Si se trata de una contratación efectuada mediante *chatting* o videoconferencia, donde las partes interactúan entre sí a través de comunicaciones que se efectúan en tiempo real, podríamos afirmar que se trata de un contrato de formación instantánea (entre presentes), que se perfecciona de manera similar a los contratos celebrados vía telefónica en virtud de la inmediatez del medio utilizado en la comunicación; diferente es la contratación efectuada a través del correo electrónico, en este caso, la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, opinan que se trata de una contratación de formación sucesiva (entre ausentes) por la asimilación del *e-mail* con el correo tradicional (salvando, claro está, las ventajas en cuanto a rapidez y capacidad en la transmisión de la información); en la contratación celebrada a través de la web, aunque en principio se considera que el contrato se efectúa en tiempo real debido a la interactividad del medio, habría que analizar si existe un intervalo entre la oferta y la aceptación para calificarlo como de formación instantánea o sucesiva.

Para determinar el momento y lugar de formación del contrato, la doctrina ha formulado cuatro teorías con cuatro soluciones diferentes que han

²² Sentencia de la Sala Civil de 3 de enero de 1948.

sido acogidas de diversas maneras por los ordenamientos jurídicos vigentes: 1) la teoría de la emisión, que considera perfeccionado el contrato en el momento de la emisión de la aceptación, sin que ésta llegue a conocimiento del oferente; 2) la teoría del conocimiento, que requiere para el perfeccionamiento del contrato que la aceptación sea recibida por el oferente y además conocida por él; 3) la teoría de la expedición, que exige que el aceptante, además de emitir la aceptación, la envíe al oferente sin requerir que éste conozca su contenido; y 4) la teoría de la recepción, que considera suficiente que el oferente reciba la aceptación, aunque no haya llegado materialmente a conocerla.

En materia de perfección del contrato, la mayoría de los ordenamientos jurídicos latinoamericanos y europeos adoptan la teoría del conocimiento en combinación la teoría de la recepción; como ejemplo de ello citamos el artículo 1.137 del Código Civil venezolano que establece que el contrato se forma tan pronto como el autor de la oferta tiene conocimiento de la aceptación de la otra parte, presumiéndose ésta conocida desde el instante en que llega a la dirección del destinatario, a menos que éste pruebe haberse hallado, sin culpa, en la imposibilidad de conocerla. También el Código de Comercio adopta esta solución en el artículo 112 que reza: *“El contrato bilateral entre personas que residen en distintas plazas no es perfecto, si la aceptación no llega a conocimiento del proponente en el plazo por él fijado o en el término necesario al cambio de la propuesta o de la aceptación, según la naturaleza del contrato y los usos del comercio”*. De acuerdo con el artículo 115 *ejusdem*, el contrato se entiende celebrado en el momento en que la aceptación hubiere llegado a conocimiento del autor de la oferta. Aun cuando el Código de Comercio no se pronuncia sobre el momento en que debe considerarse conocida la aceptación, entendemos que debe ser el instante en que ésta llega a la dirección del destinatario, por aplicación de los principios establecidos en el Código Civil, fuente supletoria del Derecho Mercantil.

Siguiendo algunas de las orientaciones internacionales y doctrinales en la materia, a nuestro entender la teoría que resulta más adecuada en el

ámbito de la contratación electrónica, es la teoría de la recepción.²³ En atención a esta situación consideramos necesario analizar las reglas que rigen la recepción de los mensajes de datos a efectos de determinar cuándo se entiende recibida la aceptación de la oferta contractual.

Con el objeto de dar un tratamiento uniforme en todas las legislaciones en materia de envío y recepción de mensajes por medios electrónicos, la LMUCE establece una serie de pautas para determinar cuándo se entienden recibidos los mensajes de datos. Siguiendo esta orientación, el artículo 13 de la LMDFE establece las siguientes reglas para determinar el momento de recepción del mensaje: 1) si el destinatario ha designado un sistema de información para la recepción, el mensaje de datos se tendrá como recibido en el momento que entre en el sistema de información designado; 2) si no se ha designado un sistema de información, el momento recepción tiene lugar, salvo prueba en contrario, cuando el mensaje entre en un sistema de información regularmente utilizado por el destinatario.

Para facilitar la determinación del momento de entrada del mensaje de datos puede recurrirse a los servicios de un Proveedor de Servicios de Certificación (PSC). El apartado 3 del artículo 10 de la LMUCE prevé la posibilidad de intervención de un tercero que deje constancia de los datos que permitan determinar el origen y el destino del mensaje y la fecha y la hora en que fue enviado o recibido, el PSC tiene la facultad para cumplir esta función. Las reglas contenidas en la LMDFE no hablan de la intervención de un tercero, considerándose cumplido este requisito mediante cualquier comunicación del destinatario, automatizada o no, que señale la recepción del mensaje de datos o todo acto del destinatario que resulte suficiente a efectos de evidenciar al emisor que ha recibido el mensaje (Art. 14).

²³ El artículo 13 [8] del Anteproyecto de Convención sobre la utilización de Mensajes de Datos en el contexto de los Contratos Internacionales, que regula la utilización de mensajes de datos en la formación del contrato, establece en su variante A, que cuando la oferta y la aceptación se transmitan a través de un mensaje de datos, surtirán efectos al ser recibido su texto por el destinatario. En su redacción original, la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, acoge la teoría de la recepción al disponer en su artículo 18.2: *"La aceptación de la oferta surtirá efecto en el momento en que la indicación de asentimiento llegue al oferente"*.

Otro medio que resulta bastante acertado para determinar y probar el momento de la recepción del mensaje de datos, lo encontramos en el envío de un acuse de recibo por parte del destinatario indicando que efectivamente ha recibido el mensaje, en algunos países este documento es requerido por el legislador en forma obligatoria, tal como sucede en España y en la mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea mientras que en otros, se deja a las partes la facultad de condicionar los efectos de la recepción del mensaje al cumplimiento de esta formalidad, esta es la situación predominante en la mayoría de los países latinoamericanos.²⁴

1.4.2 *Lugar de formación del contrato*

El conocimiento del lugar donde el contrato se ha formado es de especial importancia a efectos de determinar la legislación aplicable al acuerdo, en el caso de la contratación electrónica es común que se involucren distintas legislaciones, siendo necesario determinar cuál de ellas es la que finalmente se va a aplicar en caso de controversia.

El problema de la legislación aplicable se resuelve en un primer momento en el propio contrato, la mayoría de los acuerdos celebrados a través de medios electrónicos incorporan una cláusula mediante la cual las partes acuerdan el sometimiento del contrato a una determinada legislación y jurisdicción —generalmente la del vendedor o la del prestador del servicio—, si bien ésta podría ser una forma de solucionar el problema de la legislación aplicable, la existencia de una cláusula de este tipo puede ocasionar ciertos problemas al privar a los consumidores de alguno de los derechos que le concede su legislación nacional.

²⁴ En Latinoamérica no se le ha dado la importancia destacada en Europa al acuse de recibo, ninguna ley prevé el cumplimiento de esta formalidad con carácter obligatorio. En Venezuela, Colombia y Panamá se menciona el acuse de recibo, dejando a las partes en libertad para exigirlo, con particular asombro hemos podido observar que hay legislaciones que ni siquiera lo prevén, tal es el caso de Chile, Perú y Ecuador.

La LMDFE no se pronuncia en forma específica sobre este aspecto, tampoco lo hacen la Directiva sobre Comercio Electrónico, ni la LMUCE, estos instrumentos se limitan a propugnar la validez de los contratos electrónicos y a establecer el momento de la recepción o expedición de los mensajes de datos, criterios que de manera subsidiaria sirven para determinar cuál ha de ser la legislación a aplicar en un determinado caso.

Respecto al lugar de formación del contrato, la mayoría de las legislaciones vigentes establecen la presunción que se tendrá por concluido en el lugar donde se hizo la oferta, aplicándose en consecuencia la ley y el foro del vendedor. En el Derecho venezolano, el artículo 115 del Código de Comercio consagra esta máxima al indicar que cuando las partes residan en distintas plazas, el contrato se entenderá celebrado en la plaza de la residencia del que hubiere hecho la promesa primitiva (la oferta).

En el ámbito de la contratación electrónica no siempre es fácil establecer el lugar de formación del contrato, esto sucede por la dificultad que suele presentarse con la localización de la oferta, situación que es muy frecuente en el caso de la contratación vía Internet por la presencia de establecimientos totalmente virtuales que carecen de sede física o de empresas que suelen alojarse en servidores ubicados en lugares geográficos distintos. En estos casos debemos tener en cuenta las reglas sobre la emisión y recepción de los mensajes de datos contenidas en la LMDFE, que señalan que el mensaje de datos se tendrá por emitido en el lugar donde el emisor tenga su domicilio y por recibido en el lugar donde el destinatario tenga el suyo (Art. 12).

Sobre la legislación aplicable al contrato destacan las disposiciones contenidas en la LSSICE, el artículo 26 del referido texto legal establece que para la determinación de la ley aplicable, se estará a lo dispuesto en las normas de Derecho Internacional Privado del ordenamiento jurídico español. De otro lado, el artículo 29 establece la presunción de celebración del contrato en el lugar donde el consumidor tenga su residencia habitual (en el caso del comercio electrónico con consumidores) o en el lugar donde esté establecido el prestador de servicios (en el caso del comercio electrónico entre empresas). La norma en cuestión está redactada con el objeto de salvaguardar los

intereses de los consumidores, siendo finalmente su legislación la que se viene a aplicar en caso de conflicto.

En Latinoamérica, la Ley ecuatoriana sobre Comercio Electrónico es el único instrumento que aborda el problema, artículo 27 de este texto consagra una solución bastante similar a la suministrada por el legislador español al prever que en caso de controversias, las partes se someterán a la jurisdicción estipulada en el contrato; a falta de ésta, se sujetarán a las normas previstas por el Código de Procedimiento Civil ecuatoriano siempre que no se trate de un contrato sometido a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, en cuyo caso se determinará como domicilio el del consumidor o usuario.

Como bien puede observarse, la solución es diversa según se trate de un contrato celebrado en el marco del comercio electrónico entre empresas (*Bussines to Bussines –B2B–*, en la terminología inglesa) o de un contrato celebrado con consumidores (*Bussiness to Consumer –B2C–*), ya que en este último caso deberá respetarse el foro particular que rige estos sujetos.²⁵

1.5 LA FORMA EN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

1.5.1 *El principio de libertad de forma*

Independientemente de los requisitos exigidos por el legislador para el perfeccionamiento del contrato en las distintas tipologías existentes en el mundo del Derecho (contratos reales, consensuales, solemnes o formales), el Código Civil declara como elementos esenciales a la formación del contrato el consentimiento, el objeto y la causa.

El consentimiento es el elemento fundamental en la formación del contrato, esta situación se desprende del contenido del artículo 1.159 del Código Civil venezolano que establece la obligatoriedad de los contratos

²⁵ Esta orientación proviene del artículo 5.2 del Convenio de Roma sobre Ley aplicable a las Obligaciones Contractuales, que indica que no puede privarse al consumidor de la protección que garantiza sus derechos en las leyes del país en el cual reside habitualmente.

sobre la base del consentimiento. En España de acuerdo con los principios establecidos en los artículos 1.278 del Código Civil y 51 del Código de Comercio, los contratos son obligatorios cualquiera que sea su forma, cuando concurran las condiciones esenciales para su validez. Sobre la formación del contrato, el artículo 1.254 del Código Civil español indica que el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse. Como bien puede observarse, ninguna de estas legislaciones exigen la forma escrita como un requisito esencial de validez, situación que refuerza el principio de la libertad de forma en el Derecho de los contratos. En el ámbito de la contratación electrónica, este principio es de una importancia tal, que aun antes de que existiese un reconocimiento legal expreso sobre la admisión de la contratación por medios electrónicos, tanto la doctrina como la jurisprudencia admitían este nuevo medio de contratar sobre la base del principio de libertad de forma.

La libertad de forma tiene por objeto proporcionar a los contratantes una completa autonomía en el momento de la contratación (salvo que la ley exija una forma determinada). Las partes pueden alcanzar el acuerdo verbalmente, a través de un soporte documentado en papel o bien mediante la forma electrónica, este principio es respetado en la LMUCE al expresar en su artículo 11 que *de no convenir las partes otra cosa*, la oferta y la aceptación del contrato podrán ser expresadas por medio de un mensaje de datos, la ley en ningún momento obliga al uso de los medios electrónicos para la perfección del contrato, esta máxima es seguida por todas las legislaciones que reconocen la forma electrónica como un medio más de expresión de la voluntad de las partes.

A efectos de garantizar una libertad plena en el ámbito la contratación por medios electrónicos, la Exposición de Motivos de la LMDFE alude en forma expresa al principio de libertad de forma al permitir a las partes convenir la modalidad de sus transacciones, es decir, si aceptan o no el uso de la firma y la contratación electrónica.

No obstante la importancia de este principio, hemos de destacar que la máxima no rige en su extensión a todos los contratos; existen ciertas categorías cuya validez se condiciona a una determinada forma, bien sea la forma escrita o la condición de documento público, el problema

que aquí se plantea se centra en la posibilidad de cumplir los requisitos de forma a través de medios electrónicos.

1.5.2 *El cumplimiento de formalidades en entornos electrónicos*

1.5.2.1 *La exigencia de la forma escrita*

Existen ciertos contratos donde la ley exige la forma escrita como condición para su validez. El incumplimiento de la forma escrita –cuando ésta es exigida *ad solemnitatem*– trae como consecuencia la nulidad del contrato, de ahí la importancia del cumplimiento de tal formalidad. En el ámbito del Derecho Mercantil, el artículo 126 del Código de Comercio establece que cuando la ley mercantil requiere como necesidad de forma del contrato que conste por escrito, ninguna otra prueba de él es admisible, y a falta de escritura,²⁶ el contrato no se tiene como celebrado.

En la actualidad, la tradicional forma escrita exigida por el legislador es equiparable a la forma electrónica. De acuerdo con el artículo 8 de la LMDFE: “*Cuando la ley requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con relación a un mensaje de datos, si la información que éste contiene es accesible para su ulterior consulta*”. La expresión “mensajes de datos” alude a cualquier tipo de información inteligible contenida en un formato electrónico, por lo tanto cabe perfectamente la sustitución de la forma escrita por el soporte electrónico.

1.5.2.2 *La intervención de notarios y registradores en la perfección del contrato*

En algunos casos el legislador exige para la validez del contrato y la oponibilidad a terceros, la intervención de un funcionario con la autoridad suficiente para certificar la identidad de las partes, su capacidad y

²⁶ Tradicionalmente el concepto de escritura se identifica con la existencia de un documento en papel suscrito con la firma autógrafa del emisor de la declaración. Esta concepción ha sido superada, un documento electrónico también es un documento escrito (en lenguaje binario) susceptible de ser firmado a través de técnicas electrónicas.

el contenido de sus declaraciones, esto sucede en los contratos que son objeto de escritura pública o de inscripción registral.

En Venezuela, la LMDFE establece en su artículo 6 que cuando para determinados actos o negocios jurídicos se exija el cumplimiento de determinadas formalidades, éstas podrán realizarse utilizando los mecanismos previstos en la ley (los mensajes de datos y la firma electrónica); hemos de destacar que en nuestro país, el Decreto con fuerza de Ley de Registro Público y Notariado²⁷ (en adelante LRPN) prevé el uso de la firma electrónica de los registradores y notarios otorgándole la misma validez y eficacia probatoria que la ley otorga a la firma autógrafa.²⁸

En relación con el cumplimiento de formalidades a través de medios electrónicos, el artículo 4 de la LRPN establece que el proceso registral y notarial podrá ser llevado a cabo íntegramente a partir de un documento electrónico. Sobre los efectos jurídicos del registro a través de medios electrónicos se pronuncia el legislador en el artículo 25 al indicar que los asientos e información contenidos y emanados oficialmente del sistema registral surtirán todos los efectos jurídicos que corresponden a los documentos públicos. En el ámbito notarial, el artículo 74 atribuye a los notarios la facultad de dar fe pública en las transacciones que ocurran a través medios electrónicos y la posibilidad de autenticar firmas electrónicas. Es de destacar que no obstante el avance que puedan representar estas disposiciones en el campo de la contratación electrónica, la ley se encuentra pendiente de desarrollo reglamentario, instrumento en el cual deben preverse los mecanismos de actuación de los notarios y registradores en este ámbito.

²⁷ Decreto N° 1.554 de 13 de noviembre de 2001, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 5.556 de la misma fecha.

²⁸ El artículo 2 de esta ley establece la necesidad de “...garantizar la seguridad jurídica, la libertad contractual y el principio de legalidad de los actos o negocios jurídicos, bienes y derechos reales, mediante la automatización progresiva de sus procesos registrales y notariales. Para el cumplimiento de las funciones registrales y notariales, de las formalidades y solemnidades de los actos o negocios jurídicos, podrán aplicarse los mecanismos y la utilización de los medios electrónicos consagrados en la ley”.

En España destaca la normativa especial contenida en la Ley 24/2001 de 31 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, que regula en su Sección VIII, la utilización de la firma electrónica en el ámbito de los notarios y registradores de la propiedad, mercantiles o de bienes muebles, a quienes se les exige la implantación obligatoria de sistemas telemáticos para la emisión, transmisión, comunicación y recepción de la información. En los artículos 111 y 112 del citado texto legal, se contempla la posibilidad de formalizar de negocios jurídicos a distancia mediante la intervención de técnicas electrónicas y la presentación de títulos en los registros por vía telemática, los documentos susceptibles de calificación e inscripción en los registros de la propiedad, mercantiles o de bienes muebles podrán ser presentados por vía telemática con firma electrónica avanzada del notario autorizante o responsable del protocolo, esta situación que nos lleva a admitir la posibilidad del cumplimiento de formalidades a través de medios electrónicos siempre que los notarios y registradores utilicen firma electrónica avanzada.²⁹

En relación con el reconocimiento del documento público se pronuncia el legislador español en el artículo 115 de Ley 24/2001 que modifica en la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862, al indicar que los instrumentos públicos no perderán dicho carácter por el solo hecho de estar redactados en soporte electrónico con la firma electrónica avanzada del notario y, en su caso, de los otorgantes o intervinientes, obtenida la de aquel de conformidad con la ley reguladora del uso de firma electrónica por parte de notarios y demás normas complementarias. El citado artículo establece la necesidad de regular reglamentariamente los requisitos indispensables para la autorización o intervención y conservación del instrumento público electrónico.

²⁹ Es de destacar que la Ley 24/2001 se refiere a la “firma electrónica avanzada” por ser éste el término empleado por el Real Decreto 14/1999 sobre Firma Electrónica, vigente para el momento de la promulgación de esta ley. Entendemos que bajo la terminología empleada en la nueva Ley de Firma Electrónica (Ley 59/2003 de 19 de diciembre sobre Firma Electrónica), estos funcionarios deben utilizar una firma reconocida, que es la equiparable legalmente con la firma autógrafa.

La intervención de notarios y registradores en la elaboración de un documento público electrónico ha de estar sujeta a las mismas garantías y requisitos exigidos para cualquier instrumento público, debiendo producir los mismos efectos. Tanto el notario como el registrador deben dar fe de la identidad, capacidad y legitimación de los otorgantes, que el consentimiento ha sido libremente prestado y que el otorgamiento se adecua a las exigencias legales; los documentos autorizados por el notario o registrador en formato electrónico que cumplan estas condiciones, gozan de fe pública y su contenido se presume veraz e íntegro.

1.6 *EL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO*

Ha quedado sentado a lo largo de este trabajo que el contrato electrónico es fuente de obligaciones, las prestaciones asumidas por las partes a través de esta nueva forma de contratar también pueden cumplirse utilizando medios electrónicos. La mayoría de los contratos celebrados a través de Internet u otro medio de comunicación electrónica tienen por objeto una venta o una prestación de servicios; en el caso de la venta, la posibilidad de entrega electrónica dependerá del producto, si se trata de un bien inmaterial, un *software*, música, pasajes, etc., es perfectamente factible el envío del producto a través de medios electrónicos, al tratarse de un producto que requiere la entrega física, el cumplimiento de la obligación debe hacerse de la forma tradicionalmente conocida, lo mismo sucede con la prestación de servicios, la instalación de un programa, el suministro de acceso a redes o el diseño de una página, son prestaciones que perfectamente pueden cumplirse utilizando la vía electrónica, no obstante, en algunos casos, aun cuando sea factible el perfeccionamiento del contrato por medios electrónicos, se requerirá la ejecución de una prestación física, tal como sucede con el examen que debe realizar el médico para constatar el estado de salud de una persona que contrata un seguro de vida.

Las obligaciones que se derivan de la contratación por medios electrónicos son las mismas que tienen lugar en la contratación tradicional, en el caso del contrato venta, el vendedor asume el deber de entregar el producto con la correspondiente obligación de saneamiento, responsabilizándose por su buen funcionamiento. Al tratarse de ventas a distan-

cia y ante la imposibilidad de examinar el bien objeto del contrato, debe otorgársele al comprador el derecho de desistimiento. De acuerdo con las normas contenidas en la LPCU, los vendedores deben otorgar las garantías suficientes contra los desperfectos y mal funcionamiento, teniendo el comprador derecho a la reposición del bien o a la devolución de la cantidad pagada cuando el producto no cumpla las especificaciones ofrecidas, no sea apto para el uso o consumo al que está destinado o cuando el proveedor y el consumidor o usuario, hubiesen convenido que los productos deban corresponder con determinadas características que no fueron satisfechas.³⁰

Tanto el contrato de venta como la prestación de servicios generan para el comprador o para la persona que contrata el servicio la obligación de pagar el precio convenido, hablamos en este caso del cumplimiento de una obligación de carácter pecuniario que también es susceptible de ejecución a través de medios electrónicos. En la actualidad existen distintos sistemas de pago que ofrecen esta posibilidad, dentro de ellos se destaca el uso de las tradicionales tarjetas de crédito y débito, las tarjetas virtuales, los monederos electrónicos, el dinero efectivo electrónico, los sistemas de micropagos, los cheques electrónicos y el pago a través de teléfonos móviles.³¹

³⁰ De acuerdo con el artículo 94 de la nueva LPCU: “*Los consumidores tendrán derecho, además de la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, a la reparación gratuita del bien en un plazo razonable y, cuando ello no sea posible a su reposición o a la devolución de la cantidad pagada*”. El artículo 85 faculta al consumidor para optar entre la rescisión del contrato o la reducción del precio, sin perjuicio de exigir la indemnización por daños y perjuicios, cuando el bien o servicio objeto del contrato tenga defectos o vicios ocultos que le hagan inservible o que disminuyan de tal modo su calidad, que el consumidor o usuario no la habría adquirido o hubiera dado un menor precio por ella.

³¹ En sus inicios, los pagos realizados a través de redes de comunicación se limitaban al sistema contra reembolso, las transferencias electrónicas de fondos o al uso de la tradicional tarjeta de crédito, el auge experimentado por el comercio electrónico gracias al uso masivo de Internet ha traído como consecuencia el desarrollo de nuevos medios de pago ofreciendo grandes ventajas tanto a empresas como a consumidores al proporcionar rapidez, agilidad y seguridad a las negociaciones. El tema sobre medios de pago ha sido objeto de estudios anteriores, *Vid.* Rico Carrillo, M.: *Nuevas alternativas de pago en Internet: el dinero electrónico y los sistemas de micropagos*, en *Revista de Derecho Privado*, N° 29, Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes, Bogotá, diciembre, 2002, pp. 199-152.

En el marco de la recién sancionada LPCU, se impone a los proveedores de servicios en el ámbito del comercio electrónico, la obligación de proporcionar al consumidor mecanismos fáciles y seguros de pago, debiendo suministrar la información necesaria acerca del nivel de seguridad ofrecido, así como las limitaciones del riesgo originado por el uso de sistemas de pago no autorizados o fraudulentos, asumiendo también la responsabilidad de informar sobre las medidas de reembolso o responsabilidad entre el proveedor y el emisor de tarjetas de crédito.

De acuerdo con las previsiones de la nueva LPCU, los pagos por concepto de compras efectuadas a través del comercio electrónico serán reconocidos por parte del proveedor mediante facturas u otras expresiones que se enviarán al consumidor para su debido control. Los proveedores estarán obligados a mantener un registro electrónico o por otros medios de estos pagos, con su respaldo de seguridad respectivo, durante el tiempo que establezcan las leyes fiscales, luego de la realización de la compra.

La buena fe en la ejecución del contrato

Gonzalo RODRÍGUEZ MATOS*

SUMARIO:

- 1. La noción de la buena fe contractual:** *1.1 Dualidad de la noción de buena fe: 1.1.1 Buena fe subjetiva: 1.1.2 Buena fe objetiva. 1.2 Buena fe y mala fe. 1.3 Naturaleza jurídica de la buena fe.*
- 2. Manifestaciones de la buena fe en las distintas fases de un contrato:** *2.1 Manifestaciones de la buena fe en la etapa de formación del contrato: 2.1.1 Lealtad en las negociaciones. 2.1.2 Deber de información. 2.1.3 Deber de confidencialidad. 2.2 Manifestaciones del deber de buena fe en la ejecución del contrato propiamente dicha: 2.2.1 Deber de información. 2.2.2 Deber de lealtad entre las partes contratantes. 2.2.3 Deber de cooperación o colaboración de las partes entre sí. 2.3 Manifestaciones del deber de buena fe en la extinción del contrato:*

* **Universidad Católica Andrés Bello**, Abogado, Ex Profesor. **Universidad Central de Venezuela**, *Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Escuela de Derecho*, Ex Profesor. **Universidad Monteávila**, *Facultad de Derecho*, Profesor. **Universidad de París 2** (Francia), Diploma de Estudios Superiores, Especialización en Derecho Civil, mención Bien. **Universidad de Nueva York** (Estados Unidos de Norte América), Master en Derecho Comparado. Ejerce su profesión en **Anzola, Raffalli y Rodríguez**, Despacho de Abogados.

2.3.1 Abstención de terminaciones abusivas. **2.3.2** Cooperación con la otra parte en restituciones u otras obligaciones pendientes luego de la extinción del contrato.

3. Consecuencias de la violación del deber de buena fe contractual. Posibilidad de ejercer la acción resolutoria.

Nuestro Código Civil, al igual que los códigos de inspiración latina, contiene en su artículo 1.160 una norma que obliga a las partes a adecuar su comportamiento en la ejecución o cumplimiento del contrato a las exigencias de la buena fe. Esta norma dispone textualmente lo siguiente:

Los contratos deben ejecutarse de buena fe y obligan no solamente a cumplir lo expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que se derivan de los mismos contratos, según la equidad, el uso o la ley.¹

De acuerdo con esta previsión legislativa, los contratantes no sólo quedan obligados a lo expresamente contemplado por ellos en el contrato, sino que además están sometidos a adecuar su conducta en el curso de la ejecución del contrato a una serie de obligaciones o deberes adicionales que vienen impuestas por la buena fe, la equidad y la ley.

Hasta hace poco tiempo nuestra doctrina, al igual que mucha de la doctrina extranjera, le había dado muy poca importancia a la noción de buena fe contenida en este artículo; ésta, al comentar el significado que podía tener la buena fe en el contexto contractual, se limitaba a señalar que dicha norma lo que hacía patente es que en derecho moderno no existían, como en Roma, los contratos de derecho estricto, sino que todos los contratos eran de buena fe. Ejemplo de esta postura tradicional de la doctrina podemos citar entre otros a Dominici, quien señalaba que “para nuestro código todos los contratos son de buena fe, atento a que no son menester

¹ Esta redacción del artículo 1.160 se ha mantenido intacta desde la reforma del Código Civil de 1916. La redacción anterior que provenía del Código Civil de 1873 prácticamente similar. La fuente probable de dicha redacción es el Código Civil italiano de 1865 que contenía una redacción similar en su artículo 1.124. Ver: *Código Civil de Venezuela. Antecedentes/Comisiones codificadoras/Debates parlamentarios/Jurisprudencia/Doctrina/Concordancias*. Artículos 1.159-1.168. Caracas, UCV, 1981. p. 65.

palabras sacramentales, fórmulas ni acciones especiales para exigir en la justicia el cumplimiento de las obligaciones contraídas”.²

Dicha explicación clásica de la noción de buena fe, contenida en el artículo 1.160 del Código Civil, prácticamente vaciaba de contenido a dicha norma, la interpretación de la misma como una mera constatación de un hecho histórico le quitaba toda aplicación práctica; bajo ese criterio, la expresión buena fe en el artículo 1.160 era un relleno sin ninguna consecuencia en el mundo jurídico.

Nuestra jurisprudencia, por su parte, como en muchos temas relacionados con la teoría general del contrato, ha sido escueta en relación a este tema y en general no le ha dado la importancia que merece; existen pocas sentencias que reconocen la existencia de este principio, a las cuales nos referiremos en el transcurso de este trabajo, pero existen otras que le restan importancia o valor.³

En las últimas décadas ha habido un vigoroso movimiento doctrinal y jurisprudencial en Francia y en otros países de la tradición civilística continental que tiende hacia una moralización del contenido del contrato y hacia una moderación de los excesos que una autonomía de la voluntad defendida a ultranza.⁴ Uno de los aspectos de ese movimiento ha sido el darle contenido normativo a la noción de buena fe contractual.

² Domínici, Aníbal: *Comentarios al Código Civil Venezolano*. Caracas, Editorial Rea, 1962, Tomo II, pp. 577-578. En el mismo sentido, entre otros, Sanojo, Luis: *Instituciones de Derecho Civil Venezolano*. Caracas, Imprenta Nacional, 1873. Tomo III, p. 37; Palacios Herrera, Oscar. *Apuntes de obligaciones*. Versión taquigráfica de clases, UCV 1950-1951. Caracas, Caja de Trabajo Penitenciario del Ministerio de Justicia, 1956. p. 94.

³ En este último sentido es notoria la sentencia del 20/06/1961 de la Sala de Casación Civil de la antigua Corte Suprema de Justicia que indica: “Las cuestiones sobre si las apreciaciones del Juez acerca de un contrato satisficieron o no el propósito y la intención de las partes o de los otorgantes, sólo versan sobre puntos de hecho no sometidos a la censura de casación, sino en los casos excepcionales contenidos en el Art. 435, CPC y pertenece al fuero interno o de la conciencia de los jueces de instancia, saber a ciencia cierta si ellos tuvieron o no en mira las exigencias de la verdad y de la buena fe, por lo que las expresiones “atenerse a la verdad”, “a la buena fe”, o “tener por norte de sus actos la verdad”, u otras por el estilo, no son sino ingenuas admoniciones de orden ético, no denunciabiles en casación”. Gaceta Forense, Tomo 32, 2ª. Etapa, p. 159.

⁴ Debemos hacer excepción del caso de Alemania, en donde el BGB (1900) contiene una norma general en su parágrafo 242, que exige la adecuación de la conducta de las partes contratantes a la buena fe. En virtud de esta consagración legislativa, en dicho país se ha desarrollado una abundante jurisprudencia en esta materia a partir de los años 20. Ver en este sentido a: Wieacker, Franz: *El principio general de la buena fe*. Madrid, Civitas, segunda edic. 1986.

La doctrina y la jurisprudencia en el derecho comparado han creado una importante categoría de deberes y obligaciones que derivan de la buena fe en las diversas fases del contrato.

Este trabajo pretende exponer cuáles son los aportes que ha hecho la doctrina y la jurisprudencia comparada reciente al darle contenido normativo a la noción de buena fe contractual, de manera que pueda servir de inspiración a nuestros operadores jurídicos –jueces, árbitros, abogados– al momento de interpretar las actuaciones de las partes en un contrato, e incluso a quienes negocian y redactan un contrato para conocer aquellos deberes y obligaciones que surgen en cabeza de las partes, aun cuando en el texto del contrato nada se haya establecido al respecto.

No obstante debemos advertir que en la doctrina comparada, y en particular en la francesa, éste es un tema de intenso debate y controversia desde hace ya mucho tiempo. Por un lado han existido autores que le dan una amplísima significación a la buena fe en la contratación, moralizando el contenido del contrato de una manera que muchas han calificado de exagerada. Iniciador de esta corriente fue Demogue, quien señalaba que el contrato es “una suerte de microcosmo... una pequeña sociedad donde cada uno debe trabajar hacia un fin común que es la suma de los fines individuales perseguidos por los contratantes, tal como es en la sociedad civil y comercial”.⁵ Más recientemente otros como, Seriaux han señalado que el contrato ya no es un simple punto de equilibrio de intereses contrapuestos, el contrato ha devenido en un “alto lugar de sociabilidad y amistad donde cada una de las partes trata de dar toda justicia a la otra”.⁶ Otros autores se oponen radicalmente a la ampliación de esta noción, porque consideran que constituye un atentado a la fuerza obligatoria del contrato (contenida en nuestro artículo 1.159) y que mina la seguridad jurídica.⁷

⁵ Demogue, Rene: *Traité des obligations en general*. París, Librairie Arthur Rousseau, 1931, T. VI, N° 3, p. 9.

⁶ Seriaux, Alain: *Droit des obligations*. París, PUF, 2a edic. 1998. p. 231.

⁷ Ejemplo de esta postura serían Flour, Jacques, Aubert, Jean-Luc y Savaux, Eric: *Droit Civil. Les Obligations*. París, Armand Colin, 2000. Tomo 1: *L'Acte Juridique*. p. 279 y los otros señalados por Terré en: Terré, François; Simler, Philippe; Lequette, Yves: *Droit Civil. Les obligations*. París, Dalloz, 7a. Edic. 1999, p. 403.

Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia contemporánea reconocen que ha ocurrido una progresiva moralización de la relación contractual en los últimos decenios. Se ha pasado del individualismo egoísta que se refleja en la protección al ultranza del principio de la autonomía de la voluntad a un “civismo contractual”, tomando la expresión de Denis Mazeaud,⁸ en donde cada vez más la jurisprudencia impone a las partes un comportamiento leal y honesto, imponiendo una ética contractual fundada en la solidaridad y la fraternidad. Como señala el profesor francés Ghestin, en la actualidad se ha entendido que el fundamento del contrato no es simplemente la autonomía de la voluntad de las partes, sino lo útil y lo justo;⁹ en este sentido la acción del operador jurídico será de propiciar la satisfacción de dichos fines en cada contrato en particular. Todo este movimiento moralizador del contrato conlleva a la protección no del interés egoísta de una de las partes, sino la protección de ese interés en función de los intereses y expectativas de la otra parte, examinados a la luz de la honestidad, la lealtad, la cooperación y la solidaridad que debe existir entre ellas.

Este trabajo no pretende ser sino un simple bosquejo del contenido de la buena fe en la ejecución del contrato, un tema tan vasto como el que aquí tratamos merece un estudio mucho más amplio y pormenorizado, no pretendemos que éste sea un sustituto de dichas investigaciones, no obstante esperamos que este modesto aporte, en honor de la memoria del profesor Andrés Aguilar Mawdsley, pueda servir como punto de partida para investigaciones posteriores sobre este tema por parte de nuestra doctrina.

1. LA NOCIÓN DE LA BUENA FE CONTRACTUAL.

La buena fe es una de esas nociones sobre la cual todo el mundo tiene una idea de lo que es, pero pocos la pueden definir o conceptualizar; es una noción que según algunos escapa a las definiciones,¹⁰ o según otros, de la

⁸ Mazeaud, Denis: *Loyauté, solidarité, fraternité: la nouvelle devise contractuelle?* En: *L'avenir du Droit, Homenaje a François Terré*. Paris, Dalloz, PUF Juris Classeur, 1999. p. 609.

⁹ Ghestin, Jacques: *L'utile et le juste dans les contrats*. En: *Recueil Dalloz Sirey*, Paris, 1982, chroniques, p. 1.

¹⁰ Jaluzot, Beatrice: *La bonne foi dans les contrats. Etude comparative de droit français, allemand et japonais*. Paris, Dalloz, 2001. p. 79.

que sólo se podrán obtener nociones aproximativas.¹¹ Es una noción que está presente en todo el derecho civil; sin embargo, no siempre con el mismo sentido o significado; esa es una de las mayores dificultades que presenta a la hora de delimitar su contenido. El Código Civil no contiene una definición o precisión de su contenido, por lo que es tarea de la doctrina y la jurisprudencia aclarar el significado de esta expresión.

1.1 DUALIDAD DE LA NOCIÓN DE BUENA FE

La doctrina del derecho comparado es conteste que existe una dualidad en la noción de buena fe; por un lado está la noción de buena fe subjetiva (o noción psicológica), la cual consiste en una creencia errónea o ignorancia del sujeto; y la buena fe objetiva, la cual es una norma de comportamiento.

1.1.1 Buena fe subjetiva

La buena fe subjetiva ha sido caracterizada como una actitud que traduce la convicción o la voluntad de estar conforme a derecho y que permite al interesado escapar de los rigores de la ley,¹² es decir, “consiste en la concreta convicción que tiene un sujeto de obrar bien o conforme a derecho”.¹³ Como señala una autora canadiense “ser de buena fe, es creer en la existencia de una situación jurídica regular, mientras que la realidad totalmente otra. En dicho caso, el derecho presta ayuda a aquel que es de buena fe, a pesar de la irregularidad de su situación real”.¹⁴ A su vez, el profesor español Díez Picazo indica que “para la llamada concepción psicológica es de buena fe el sujeto que ignora el carácter lícito de su acto o la contravención del ordenamiento jurídico

¹¹ Picod, Yves: *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*. Paris, LGDJ, 1989.

¹² Cornu, Gerard: *Vocabulaire Juridique*. Association Henri Capitant. Paris, PUF, 1987. Voz: Bonne foi.

¹³ Lupini, Luciano: *La responsabilidad precontractual en Venezuela*. En: revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal. Caracas, Julio-Diciembre 1991. p. 39.

¹⁴ Lefevre, Brigitte: *La bonne foi: notion proteiforme*. En: Revue de droit de l'Université de Sherbrooke (Canadá), Vol 26, 1996. p. 325.

que con el acto jurídico se lleva a cabo. La buena fe sería de este modo siempre una creencia o una ignorancia”.¹⁵

Casos típicos de la buena fe subjetiva son el del poseedor de buena fe (Art. 788 CC), la posesión como título en materia de bienes muebles (Art. 794 CC), la ignorancia de los vicios ocultos de la cosa vendida por parte del vendedor (Art. 1.523 CC).¹⁶

Todos estos casos tienen en común la ignorancia de una persona sobre una situación de hecho o una situación jurídica. Esta ignorancia no es irrelevante, sino que, muy por el contrario, produce efectos jurídicos, que en la mayoría de los casos consiste en proteger a la persona de buena fe de ciertas consecuencias que hubiera sufrido si no hubiera tenido el manto de la ignorancia.

1.1.2 Buena fe objetiva.

La buena fe a la que alude el artículo 1.160 no es la buena fe en sentido subjetivo, sino a la noción de buena fe en sentido objetivo, es decir, como regla de conducta. La buena fe objetiva consiste en el comportamiento leal y honesto en la ejecución de las obligaciones.¹⁷ Mientras que la honestidad está intrínsecamente ligada a la intención de la persona, la lealtad se refiere más bien a la forma de la actuación con respecto a normas y standards de conducta¹⁸ y en relación a la satisfacción de las expectativas –el interés– de la otra parte.

Desde este punto de vista se caracteriza a la buena fe como un patrón de conducta socialmente aceptable, que se traduce en un deber de cooperación y lealtad que se deben las partes del contrato para asegurar

¹⁵ Díez-Picazo, Luis: Prólogo a la traducción de la obra El principio general de la buena fe de F. Wieacker. Madrid, Civitas, segunda edic. 1986, pp. 13-14.

¹⁶ Otros casos serían los de los artículos 170, 173, 556, 557, 788, 789, 790, 792, 1.035, 1.181, 1.182, 1.183, 1.287 del Código Civil. Ver Lupini, Luciano: *Ibid* nota 80.

¹⁷ Cornu, G. *Op. Cit.* Voz. Bonne Foi.

¹⁸ Lefevre, B. *Op. Cit.* p. 328.

el logro de las expectativas esperadas por ambas al haber celebrado un contrato en particular.

En nuestro derecho, además de la norma contenida en el artículo 1.160, se utiliza la noción de buena fe en sentido objetivo en los artículos del Código Civil 1.148 (cognoscibilidad del error), 1.185 (buena fe en como criterio para determinar el abuso de derecho) y en el Código de Procedimiento Civil, artículo 12 (en el criterio de interpretación de los contratos según la buena fe) y el 17 (lealtad y probidad en el proceso).¹⁹

Según el eminente civilista italiano Betti, la buena fe:

se podría caracterizar como un criterio de conducta que se funda sobre la fidelidad del vínculo contractual y sobre el compromiso de satisfacer la legítima expectativa de la otra parte: un compromiso en poner todos los recursos propios al servicio del interés de la otra parte en la medida exigida por el tipo de relación obligatoria de que se trate; compromiso en satisfacer íntegramente el interés de la parte acreedora a la prestación.²⁰

Así, la buena fe en sentido objetivo es concebida como una adecuación del comportamiento exigido a las partes del contrato a los dictados de la buena fe, para que éstas actúen con honradez, lealtad y probidad. En este sentido se han expresado autores extranjeros de la siguiente manera:

...el deber de buena fe en la ejecución del contrato se concreta en: i) el deber de lealtad, entendido como la obligación impuesta al deudor de ejecutar fielmente su compromiso; ii) en el deber de cooperación, entendido como la colaboración razonable que debe existir entre los contratantes, el cual expresa una concreta exigencia de solidaridad entre los contratantes; y iii) en el deber de salvaguarda, entendido como la obligación que tienen ambas

¹⁹ Lupini, Luciano: *Op. Cit.* p. 39, nota 79.

²⁰ Betti, Emilio: *Teoría general de las obligaciones*. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1969. Vol I, p. 114.

partes de proteger los intereses que la otra parte obtendrá con el contrato; así, como obligación de salvaguarda, la buena fe puede ser identificada como la obligación de cada una de las partes de salvaguardar la utilidad de la otra, siempre que no comporte un apreciable sacrificio para sí mismo.²¹

En la ejecución del contrato y de la relación obligatoria, la buena fe se especifica además como obligación de salvaguarda [...] la buena fe impone a cada una de las partes actuar de tal modo de preservar los intereses de la otra [...] Como obligación de salvaguarda la buena fe puede ser identificada como la obligación de cada una de las partes de salvaguardar la utilidad de la otra, dentro del límite en el cual esta obligación no le imponga un sacrificio apreciable.²²

Como expresa un autor francés contemporáneo, la buena fe, expresada como la lealtad en la ejecución del contrato supone que:

[...] cada parte busque la mayor eficiencia para su co-contratante. Esta idea, ilustrada por la idea de una obligación de cooperación entre las partes, concierne tanto al acreedor como al deudor. Cumplir lealmente, es cumplir útilmente. [...]

Hoy más que nunca, cumplir lealmente, es cumplir buscando la mayor eficacia posible para su co-contratante, procurándole el más alto grado de satisfacción, más allá de las estipulaciones contractuales.

[...] Esto significa sobre todo que el deudor debe responder a la confianza de su acreedor, ofreciéndole cumplir de la manera más útil posible, en presencia de un contrato que no ha previsto todas las modalidades de su ejecución. La eficiencia buscada será proporcional a la confianza puesta por el acreedor en

²¹ Terré, François; Simler, Philippe; Lequette, Yves: *Droit Civil. Les obligations*. Paris, Dalloz, 7ª Edic. 1999. pp. 404-407.

²² Bianca, C. M.: *Diritto Civile. Il Contratto*. Milan, Giuffrè Editore, 1987. p. 477.

la persona del deudor. Un equilibrio indispensable permitirá la supervivencia del contrato. Si ese equilibrio se destruye, una relación de crisis sustituirá a la relación de confianza establecida inicialmente. El deudor deberá superar sus intereses egoístas para facilitar el éxito de la empresa de su acreedor.²³

Entre nuestros autores es de destacar que ya desde 1967 Maduro Luyando en la primera edición de su obra indicaba que:

Es difícil definir qué se entiende por cumplimiento de buena fe; la buena fe implica diversos contenidos que tienen como finalidad convertir a cada uno de los contratantes en un colaborador del otro contratante, prestándole un apoyo llevado a lo máximo posible, siempre dentro de los límites de lo estipulado. Dentro del sentido de la buena fe, el deudor no está obligado a dar más a su acreedor, pero tampoco a cumplir menos, ni el acreedor puede exigir más y tampoco puede ser coaccionado a recibir menos. El deudor, mientras no se perjudique y dentro de los límites de su obligación, debe cumplirla en la forma más ventajosa y útil al acreedor.²⁴

En la segunda edición, preparada por el doctor Pittier, se indica ya más a tono con la más moderna doctrina, que:

La doctrina contemporánea la ha dado una amplitud mucho mayor al principio de la buena fe en la contratación. En efecto, se considera que este principio no sólo rige para la ejecución del contrato, sino también desde su formación.

El intérprete debe tener en consideración la buena fe en la interpretación del contrato, es decir, que debe atribuírsele a las partes un comportamiento ético en la formación del contrato,

²³ Picod, Yves: *Op. Cit.* p. 19 y 97.

²⁴ Maduro, Luyando, Eloy: *Curso de Obligaciones (Derecho Civil III)*. Caracas, UCAB, 1967, p. 628.

que comprende la obligación de enterar a la otra parte de los elementos determinantes de su voluntad, no ocultar los vicios de la cosa y, en general, mantener una actitud de lealtad hacia su cocontratante.²⁵

La buena fe que se exige en la ejecución del contrato es la buena fe objetiva, tal como ha quedado manifestado con la opinión de los autores citados. En las siguientes secciones de este trabajo procuraremos desarrollar el contenido de esta noción y las obligaciones que impone a las partes contratantes, entendida la buena fe contractual como deber de comportamiento honesto y leal entre las partes contratantes, según el desarrollo que le ha dado a esta noción la doctrina y jurisprudencia comparadas.

1.2 BUENA FE Y MALA FE

¿Es la buena fe lo contrario de la mala fe y viceversa? En el lenguaje común se tiende a concebir a estas nociones como antónimos; si no se es de buena fe, se presupone que necesariamente es de mala fe, e igual para lo contrario. Sin embargo, desde el punto de vista técnico-jurídico el contenido de la buena fe objetiva hace que sean nociones claramente diferenciadas, no siendo una el simple contrario de la otra.

En efecto, se señala que una persona actúa de mala fe cuando actúa conscientemente, cuando sabe que su conducta es deshonestas; es una noción vecina a la del dolo. Actuar de mala fe implica el conocimiento efectivo de la realidad, es un estado psicológico del individuo que actúa con conocimiento de causa, ya sea dolosamente o de manera deshonestas, en donde existe una intención de causar un mal, un daño u obtener una ventaja injusta.²⁶ De esta manera cuando se actúa de mala fe en el ámbito de un contrato, se actúa violando el deber de buena fe contractual.

²⁵ Maduro Luyando, Eloy y Pittier, Emilio: *Curso de Obligaciones (Derecho Civil III)*. Caracas, UCAB, 2001, Tomo II, pp. 804-805.

²⁶ Lefevre, B.: *Op. cit.*, pp 331-333.

En cambio, una persona puede actuar violando el deber de buena fe (entendida en sentido objetivo) sin que necesariamente tenga una intención deshonesto; su comportamiento puede ser desleal o inadecuado con las exigencias de la buena fe contractual, sin que sea intencional o doloso.²⁷ Aunque muchas veces el incumplimiento del deber de buena fe contractual implica la mala fe, esa implicación no es necesaria, puede haberse violado ese deber por simple culpa leve, por ejemplo por negligencia, en cuyo caso nunca podrá atribuírsele a la persona la calificación que su conducta fue de mala fe. Por lo tanto, se puede actuar contrario a la buena fe, sin que necesariamente se sea de mala fe.

1.3 NATURALEZA JURÍDICA DE LA BUENA FE

La buena fe contractual es un principio universal, se encuentra presente no sólo en los ordenamientos jurídicos que siguen a la tradición civilista continental tanto de inspiración francesa como aquellos de inspiración alemana. Así se encuentra presente códigos antiguos como el Código Civil Francés (1804) en los artículos 1.134 y 1.135: “Artículo 1.134: los acuerdos legalmente formados tienen la fuerza de ley sobre aquellos que los crearon. No pueden ser revocados, excepto por su mutuo consentimiento o por las causas que la ley autoriza. Deben ser ejecutados de buena fe”. “Artículo 1.135: Los acuerdos obligan no sólo a lo expresado en ellos, sino a todas aquellas consecuencias que la equidad, el uso o la ley atribuyen a una obligación por su naturaleza”; o en el Código Civil chileno de Andrés Bello (1855), el cual dispone en su artículo 1.546: “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella”.

El deber de ejecutar el contrato de buena fe ha sido reforzado en códigos civiles más modernos o que han sido reformados en las últimas décadas, como es el caso del Código Civil español (reformado en 1974) al cual se le incluyó un título preliminar en cuyo artículo 7.1 dispone “los

²⁷ *Ídem.*

derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe” o el Código Civil de Quebec (reformulado íntegramente en 1994) el cual dispone en su artículo 6: “Toda persona está obligada a ejercer sus derechos civiles de buena fe”.

Otros códigos han incorporado el deber de actuar de buena fe en las reglas generales de los contratos, tal como es el caso del Código Civil italiano de 1942 en su artículo 1.375: “El contrato debe ser ejecutado de acuerdo a la buena fe”; el Código Civil del Perú en su artículo 1.372: “Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y la común intención de las partes”; o el mismo Código Civil de Québec (1994) en su artículo 1375: “las partes deben actuar de buena fe, tanto al momento de la creación de la obligación como al momento que se ejecuta o extingue”. Por su parte, el nuevo Código Civil del Brasil de 2002 establece esta obligación de la siguiente manera en el artículo 422: “Las partes contratantes están obligadas a mantener, tanto en la formación del contrato como en su ejecución, los principios de probidad y buena fe”.

Adicionalmente, el deber de buena fe contractual está consagrado como un principio de los contratos internacionales, tal como se prevé en el artículo 1.7 de los Principios UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales (1994), “1) Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional. 2) Las partes no pueden excluir ni restringir la aplicación de este deber”, estos principios señalan luego en su artículo 5.2 que las obligaciones implícitas del contrato dimanarían entre otras fuentes de la buena fe y lealtad negocial.

La presencia constante en los códigos de derecho continental o de corte civilista de la noción de buena fe en la ejecución de los contratos nos hace preguntarnos sobre su naturaleza jurídica; se trata de un principio general del derecho o, por el contrario, esta noción no es más que un concepto jurídico indeterminado o un *standard* jurídico.

Sin entrar en un análisis que escapa del objeto del presente trabajo, podemos adelantar que la mayoría de la doctrina reconoce que la bue-

na fe es un principio general del derecho.²⁸ En este sentido se precisa que los principios generales del derecho son los valores jurídicos de la comunidad, es decir, los valores éticos jurídicos que la comunidad considera valiosos,²⁹ el cual se expresa en una idea general, que se desprende de un conjunto de reglas ligadas entre sí por una relación lógica; el principio es la idea común que las une a todas las reglas particulares.³⁰ Se señala además que el principio general del derecho es una verdadera norma jurídica, es decir, es una fuente del derecho, la cual cumple una función fundamentadora, interpretativa e integradora en el ordenamiento jurídico.³¹

Para Díez-Picazo la buena fe como principio general del derecho es una norma jurídica completa en virtud de la cual:

todas las personas, todos los miembros de una comunidad jurídica deben comportarse de buena fe en sus recíprocas relaciones. Lo que significa varias cosas: que deben adoptar un comportamiento leal en toda la fase previa a la constitución de tales relaciones (diligencia *in contrahendo*); y que deben también comportarse lealmente en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas ya constituidas entre ellos. Este deber de comportarse según la buena fe se proyecta en las dos direcciones en que se diversifican todas las relaciones jurídicas: derechos y deberes: los derechos deben ejecutarse de buena fe; las obligaciones tienen que cumplirse de buena fe.³²

En virtud que se trata de un principio jurídico la doctrina ha precisado que el deber de buena fe contractual, en tanto norma jurídica, es una norma de orden público, la cual no puede ser relajada por los particulares.³³

²⁸ Gonzalez Pérez, Jesús: *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. Madrid, Civitas, tercera edic, 1999. p. 22; Beladiez Rojo, Margarita: *Los principios jurídicos*. Madrid, Tecnos, 1997, p. 46; Le Tourneau, Philippe: Voz: *Bonne foi*, en. *Encyclopedie Dalloz, Repertoire de Droit Civil*, Paris, Dalloz, 1995. N° 14.

²⁹ Beladiez Rojo, Margarita: *Op. Cit.* p. 38 y ss.

³⁰ Jaluzot, Beatrice: *Op. Cit.* p. 71.

³¹ Beladiez Rojo, Margarita: *Op. Cit.* pp. 94 y ss.

³² Díez Picazo, Luis: *Op. Cit.* pp. 11-12.

³³ Le Tourneau, Philippe: *Op. Cit.* N° 14; Karim, V.: *Op. Cit.* p. 461.

De acuerdo con esto, las partes siempre estarán obligadas a ejecutar sus obligaciones de buena fe. Esto es lógico, pues si se permitiere a las partes exceptuarse de actuar acordes con los dictados de la buena fe, aparte de estar contrariando un principio general del derecho, se estaría desnaturalizando la función propia del contrato, que es de servir como instrumento para lograr la justicia conmutativa; si el contrato se ejecuta en contra de la buena fe, se está en cierta forma impidiendo que se cumpla su finalidad, el contrato, como dice Ghestin, debe ser útil y justo. El comportamiento contrario a la buena fe deja de ser útil y, por su puesto, no es justo.

No pocos autores critican la concepción de la buena fe como principio jurídico e indican que se trata más bien de un concepto jurídico indeterminado o noción marco, el cual deberá ser determinado o precisado por el juez al momento de interpretar un contrato para deducir determinadas consecuencias en el caso concreto.³⁴

Otros señalan que se trata más bien de un standard jurídico, entendiendo que el standard jurídico da una medida media de conducta social susceptible de aplicarse a cada hipótesis determinada.³⁵

Se señala que considerar a la buena fe como principio general del derecho o como standard conlleva consecuencias muy diferenciadas; un principio jurídico es una fuente de derecho, el cual posee un poder integrador o “federador”, “alrededor de la cual se va a unir una serie de principios inferiores, standards o reglas de derecho material que se estiman proceden de la misma esencia o del mismo espíritu”.³⁶ Mientras que frente un standard el juez está en la posibilidad de considerar los elementos particulares de cada caso y darle la importancia que estime apropiada, pero dentro de los límites de la ley escrita; en cambio, frente al principio el juez puede completar las lagunas de la ley, e incluso se señala que podría llegar a modificar la ley.³⁷

³⁴ Esta es la posición que sigue Picod, Yves: *Op. Cit.* p. 87 y ss.

³⁵ Jaluzot, Beatrice: *Op. Cit.* p. 69, citando a Al-Sanhoury.

³⁶ *Ibid*, p. 74

³⁷ *Ídem*. En este ultimo sentido ver también an Wieacker, Franz: *Op. Cit.* pp. 53-54.

2. MANIFESTACIONES DE LA BUENA FE EN LAS DISTINTAS FASES DE UN CONTRATO.

Si bien en el artículo 1.160 del Código Civil se refiere a que los contratos deben ser ejecutados de buena fe, hoy en día se admite sin reservas que la buena fe se manifiesta imponiendo deberes y obligaciones a las partes contratantes no sólo en la fase de ejecución del contrato propiamente dicha, sino que la doctrina y jurisprudencia extranjera ha ido creando, fundamentadas en la buena fe, un conjunto de deberes y obligaciones que las partes están obligados a respetar tanto en la etapa de formación,³⁸ como en la fase “postcontractual”, una vez que éste ha sido disuelto. Por otra parte, la noción de buena fe es determinante a la hora de interpretar el contrato, aspecto que dejaremos de lado en este estudio, remitiendo a lo que ha señalado la doctrina patria al respecto.³⁹

2.1 *MANIFESTACIONES DE LA BUENA FE EN LA ETAPA DE FORMACIÓN DEL CONTRATO*

Desde que las partes inician la negociación previa a la celebración de un contrato, la buena fe se hace presente de diversas maneras, con la finalidad general de lograr que el consentimiento sea libre y se produzca con pleno conocimiento de causa.⁴⁰ Por otra parte, se exige que toda persona que participa en la fase precontractual negocie de buena fe, es decir, que intervenga en las negociaciones de manera leal y cooperando con la otra parte.

³⁸ En nuestra doctrina Mélich-Orsini, J.: *Op. Cit.* p. 429, es conteste con esta postura indicando que la buena fe es un “patrón de conducta que debe presidir no sólo en la ejecución, sino la formación e interpretación del contrato”. Por su parte Lupini, L.: *Op. Cit.*, pp. 77 y ss. manifiesta sus dudas en que en Venezuela se pueda admitir la existencia de una verdadera relación jurídica precontractual y en consecuencia resulta difícil, ante la ausencia de una norma específica que consagre el deber de actuar de buena fe en la fase precontractual “configurar un catálogo de obligaciones precontractuales a cargo de quienes se encuentra negociando un contrato sobre la base del genérico principio general de la buena fe”. p. 78.

³⁹ Mélich-Orsini: *Doctrina General del Contrato*. Caracas-Madrid, Editorial Jurídica Venezolana-Marcial Pons, 3ª edic. 1997, p.429 y ss.

⁴⁰ Lefevre, B.: *op. cit.*, p. 345.

2.1.1 *Lealtad en las negociaciones*

De manera general se señala que sobre las partes que se adentran en la negociación de un contrato pesa un deber de comportarse lealmente una hacia la otra en la fase precontractual.⁴¹ En virtud de este imperativo, las partes deben entrar en la negociación de manera seria, es decir, deben tener la real intención de negociar para la eventual concusión del contrato; lo cual no implica que deban necesariamente celebrar el contrato, como es lógico, sino que participen en las negociaciones de manera responsable y respetuosa para con la otra parte.

De allí que una parte al momento de saber que ha perdido el interés en la negociación debe comunicarlo a la otra parte y no continuar en las mismas. Así que mantener las negociaciones con la finalidad, ya sea de molestar a la otra parte o para obtener información importante o sensible que de otra manera no se hubiera obtenido es contrario a la buena fe.⁴²

Por otra parte, esta obligación de lealtad en la fase precontractual implica no se pueda romper abusivamente la negociación en detrimento de la otra parte; en cuyo caso se puede estar en presencia de la figura de la responsabilidad precontractual por abuso de derecho. En dicho caso, bastará la sola culpa de quien rompe intempestivamente las negociaciones para que se exija su responsabilidad. Se señala que en Francia la jurisprudencia analiza diversos aspectos a la hora de analizar estos casos, como son el estado de avance de las negociaciones antes de la ruptura, la importancia y singularidad del contrato discutido, el carácter profesional o no de una de las partes, la publicidad o difusión que se le haya dado a la negociación, el grado de detalle a que hayan llegado las discusiones, etc.⁴³

⁴¹ Le Tourneau, Philippe: *Op. Cit.* N° 21.

⁴² Karim, Vincent: *La règle de bonne foi prévue dans l'article 1375 du Code Civil du Québec: sa portée et les sanctions qui en découlent.* En: Les cahiers de droit, Vol 41, N° 3, Montreal, septembre 2000. p. 453.

⁴³ *Ibid*, N° 22.

2.1.2 *Deber de información*

En primer lugar, las partes tienen el deber de informar a la otra todos los aspectos esenciales o que puedan ser relevantes para la celebración del contrato, de manera de asegurar que su consentimiento se produzca conociendo todas las circunstancias fácticas pertinentes al negocio que se piensa acometer. La buena fe en esta manifestación implica que la parte en posesión de una información, que es valiosa o determinante a los efectos de lograr la conclusión del contrato, la comunique en todos aquellos casos que exista “un desequilibrio en los conocimientos”⁴⁴ o en la información. La comunicación de la información está destinada a compensar la desigualdad de los conocimientos de los futuros contratantes y tiene su fundamento en la lealtad que se deben las partes entre sí.⁴⁵

Por otra parte, no debe olvidarse que incumbe también a la otra parte el deber de informarse ella misma en las medidas de sus posibilidades y en función de los conocimientos que posea sobre la situación fáctica en torno al contrato en ese momento.⁴⁶ Esta carga de información está íntimamente ligada a la información que su contraparte le ha suministrado, pues si la contraparte ha omitido la transmisión de información relevante, es posible que no se conozcan todos los elementos necesarios para que la parte receptora de la información pueda buscar ella misma la toda la información que requiera para que produzca el consentimiento suficientemente informado.

La falta al cumplimiento de este deber puede manifestarse en la forma del dolo, ya sea por reticencia o por comunicación de información falsa a la otra parte; o también puede sólo manifestarse por error, cuando al no reunirse los requisitos del dolo se ha incurrido en una creencia errónea de la realidad, claro siempre que éste sea excusable. También, la parte que resulte afectada por no haber recibido la información necesaria podrá exigir la responsabilidad civil del otro para indemnizar los da-

⁴⁴ Boyer, Yves: *L'obligation de renseignements dans la formation du contrat*. Citado por Lefevre, op cit., p. 345.

⁴⁵ Mazeaud, D.: *Op. Cit.* p. 611.

⁴⁶ Karim, V.: *Op. Cit.* p. 446.

ños causados, esta es la llamada responsabilidad precontractual, que en nuestro país sería una responsabilidad de tipo extracontractual.⁴⁷

2.1.3 *Deber de confidencialidad*

La obligación de negociar de buena fe, naturalmente comprende la obligación de mantener la confidencialidad de toda información o conocimientos que las partes se hayan intercambiado y que tengan un carácter único o que presenten una ventaja comercial a la parte que los posee y cuya divulgación podría ser dañosa. En toda negociación seria se comparte información confidencial,⁴⁸ pues sin ella normalmente es difícil haber tenido todos los elementos esenciales para la celebración del contrato con pleno conocimiento de causa. La información que se recibe de la otra parte no debe ser revelada a terceros por la otra parte, so pena de incurrir en responsabilidad civil.

Es frecuente que en la negociación de contratos complejos o que versen sobre aspectos que una parte estima muy valiosos, ya sean técnicos o comerciales, se celebren contratos de confidencialidad o se incluya en una carta de intención o en un acuerdo preliminar una cláusula de confidencialidad, en dicho caso la responsabilidad en que se incurriría por su violación sería una responsabilidad contractual. Sin embargo, incluso en ausencia de disposición contractual que proteja la confidencialidad de las informaciones recibidas, éstas no deben ser reveladas en virtud de la lealtad que las partes se deben entre sí, caso contrario podría incurrirse en responsabilidad civil extracontractual.

2.2 *MANIFESTACIONES DEL DEBER DE BUENA FE EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO PROPIAMENTE DICHA*

Durante la fase de ejecución del contrato es cuando más claramente se manifiesta el deber de buena fe que impone a las partes el artículo 1.160 del Código Civil; en efecto, la exigencia de ejecutar las obligaciones de

⁴⁷ Lupini, L.: *Op. Cit.* p. 76; Le Tourneau, P.: *Op. Cit.* N° 30.

⁴⁸ Le Tourneau, P.: *Op cit.* N° 24.

buena fe impone a las partes una serie de obligaciones implícitas todas ellas tendientes a mantener un espíritu de cooperación y lealtad entre las partes contratantes, con la finalidad de lograr la satisfacción de las expectativas o intereses de la otra parte, tal como señalaba Betti hace ya muchos años.⁴⁹

El deber de actuar de acuerdo con los postulados de la buena fe no es una situación temporal o circunstancial; muy por el contrario, es un estado de espíritu o comportamiento continuo que debe guiar el comportamiento de las partes contratantes durante toda la vida del contrato.⁵⁰

Las obligaciones que se le imponen a las partes en virtud de la buena fe contractual son obligaciones implícitas, las cuales se entienden asumidas por más que el contrato sea silente al respecto. En efecto, la mayoría de las veces nada dicen los contratos en este sentido, éstas son obligaciones que se sobreentienden y que derivan del espíritu de colaboración que debe existir entre las partes. Las más de las veces, las partes no se dan cuenta de su existencia, pues su cumplimiento deriva del comportamiento normal que partes contratantes serias y honestas deben tener entre sí. Las dificultades comienzan cuando hay comportamientos de las partes que son defectuosos o anormales, en donde una de las partes trata de aprovecharse o sacar ventaja indebida de la otra, sin que necesariamente esté incumpliendo alguna disposición expresa del contrato. En dichos caso el intérprete deberá analizar si dicho comportamiento defectuoso constituye o no una violación de estas obligaciones implícitas que le impone a las partes el deber de buena fe contractual.

En este sentido nuestra jurisprudencia ha señalado:

La obligación de ejecutar de buena fe un contrato incluye la de cumplir lo que se dejó de expresar en él, si ello estuvo en la intención de las partes; y uno de los modos de satisfacer los dictados de la buena fe contractual es el de aclarar y aun de rectificar el texto del contrato para conformarlo con la inten-

⁴⁹ Ver nota N° 20.

⁵⁰ Le Tourneau, P.: *Op. Cit.* N° 41.

ción que tuvieron los contratantes, sin que puedan los contratantes con las aclaraciones de sus contratos los derechos que ya antes hubieran transferido a otras personas.⁵¹

En atención al precepto normativo del artículo 1.160 del Código Civil, que permite afirmar que, además del cumplimiento literal de las obligaciones contractuales, puede exigirse el cumplimiento de obligaciones que teleológicamente consideradas dentro del ámbito contractual se justifiquen, en razón de la equidad o igualdad de las partes, o por añadidura del uso o la Ley.⁵²

En virtud de la buena fe contractual no sólo surgen obligaciones implícitas a las partes que no estaban específicamente previstas en el contrato, sino también condiciona la forma en cómo deben ser cumplidas todas las obligaciones del contrato: el cumplimiento de dichas obligaciones debe ser acorde con los postulados de la buena fe. En este sentido, Cristóbal Montes ha señalado que:

En base a los dictados que la buena fe imponga en cada caso, el deudor de una concreta obligación no podrá pretender liberarse del vínculo mediante el escueto cumplimiento literal del mismo, ejecutando tan sólo el estricto deber de prestación formalmente establecido, sino que deberá atender también al mandato que emane de la entraña de la relación obligatoria (de letra y espíritu habla Larenz) y de lo que razonablemente el acreedor tenga derecho a esperar.

De esta manera, le buena fe representa para el deudor una pauta o criterio que precisará hasta dónde debe llegar su prestación, la forma y las modalidades de su ejecución; por lo que, de ordinario, dará lugar también al nacimiento de una serie de

⁵¹ Sentencia de la CFC/SdC del 23/12/1939. Memoria de 1940, Tomo II, p. 404. Consultada en la obra Código Civil de Venezuela citada en la nota 1, p. 79.

⁵² Sentencia del 10/02/1994. Boletín de Jurisprudencia N° 53, Gaceta Forense N° 163, 3E, Sentencia N° 45. Consultada en www.microjuris.com

deberes complementarios que arrojarán a la prestación, al objeto de que dicho deudor venga compelido a cumplir todo aquello que se juzgue razonable y sensato de acuerdo con la misma estimativa.⁵³

Estas obligaciones implícitas que derivan de la buena fe son diversas, pero todas tienen como fundamento el espíritu de lealtad y cooperación que debe estar presente en todas las relaciones contractuales modernas.

2.2.1 *Deber de información*

El deber de información que existía en la fase precontractual continúa ahora con más intensidad, una vez que las partes han celebrado el contrato respectivo, por supuesto, según las particularidades de cada contrato en específico.

En este sentido se señala que abarca el deber de informar cualquier novedad que pueda tener alguna relevancia para la otra parte en el curso de la ejecución del contrato;⁵⁴ la obligación de notificar a la otra parte con suficiente antelación la ejecución de garantías,⁵⁵ el deber de comunicar mejoras en contratos que involucren conocimientos técnicos, etc.

En este sentido también se señala que sobre la parte que posee un conocimiento técnico mayor o especializado, así como un mayor poder económico, pesa la obligación de dar consejo y asistencia a su contraparte durante toda la ejecución del contrato.⁵⁶

2.2.2 *Deber de lealtad entre las partes contratantes*

En virtud de esta manifestación de la buena fe contractual, a las partes se le impone ejecutar fielmente sus obligaciones; se debe respetar la

⁵³ Cristóbal Montes, Ángel: *La estructura y los sujetos de la obligación*. Madrid, Civitas, 1986. pp. 89-90.

⁵⁴ Terré, Simler y Lequette: *Op. Cit.* P. 407.

⁵⁵ Karim, V.: *Op. Cit.* p. 460.

⁵⁶ Mazeaud, D.: *Op. Cit.* p. 618.

lealtad que se le debe a la otra parte. En consecuencia, no se podrán traicionar las legítimas expectativas que la otra parte ha depositado en él como contraparte, no debe —como indica la doctrina alemana— traicionar la confianza que una parte ha depositado en la otra.⁵⁷ E igualmente, no podrá frustrar el interés de su contraparte, el cual legítimamente pretendía satisfacer con el contrato celebrado.

Esta obligación se le impone tanto al deudor como al acreedor.⁵⁸ Así, el deudor deberá cumplir fiel y puntualmente su obligación, y no podrá intencionalmente dejar de cumplir con sus obligaciones, o más evidente, aun dentro de este campo, el deudor no podrá colocarse a propósito en una situación que le impida el cumplimiento de la obligación. En el mismo sentido, le está prohibido al deudor, en virtud de este deber, la realización de maniobras que tiendan a impedir que la otra parte obtenga los provechos esperados del contrato celebrado.⁵⁹

Por su parte, al acreedor se le impone que debe abstenerse de toda deslealtad, deberá evitar toda maniobra que haga que la ejecución del contrato de su contraparte se haga imposible o más difícil.⁶⁰ Deberá obtener ventajas indebidas en desmedro de los intereses o expectativas del deudor. Por ejemplo, no podrá exigir a su contraparte sacrificios pecuniarios que no tienen relevancia o importancia con respecto a la finalidad perseguida con el contrato, imponer gastos superfluos o innecesarios; no podrá imponer dificultades innecesarias en el cumplimiento de la obligación del deudor, etc.⁶¹

En virtud de este deber de lealtad, la doctrina señala que las partes deben actuar con coherencia en sus relaciones contractuales. Si en base a su comportamiento anterior se genera en la contraparte una confianza legítima de una determinada consecuencia, fáctica o jurídica, no puede

⁵⁷ Larenz, Karl: *Derecho Justo. Fundamentos de ética jurídica*. Madrid, Civitas, 2001. pp. 95-96.

⁵⁸ Terré, Simler y Lequette. *Op. Cit.* p. 404.

⁵⁹ *Ibid.* p. 405.

⁶⁰ *Ídem.*

⁶¹ *Ídem.*

luego la parte actuar de manera incoherente, de manera tal que sorprenda a su contraparte y defraude esa confianza legítima que se había ido creando en virtud de su comportamiento anterior. Así, se señala que la deslealtad deriva de la incoherencia del comportamiento, como es el caso, por ejemplo, de un contrato de concesión exclusiva en donde el concedente incitó al concesionario a realizar importantes inversiones para el mejoramiento de su negocio, y luego al poco tiempo el concedente da por terminado el contrato.⁶² En dicho caso el concedente ha traicionado la confianza legítima de su contraparte que no podía esperar otra cosa que el contrato iba a perdurar por un tiempo significativo, dadas las exigencias de las nuevas inversiones.

Mientras en Francia apenas este aspecto de la lealtad apenas comienza a tener importancia,⁶³ en Alemania esta traición a la confianza legítima se conoce desde hace ya mucho tiempo a través del adagio romano *venire contra factum proprium*, es decir, nadie puede ir contra sus propios actos, a este postulado también se le conoce como la doctrina de los actos propios. El autor alemán Franz Wieacker expresa en su famosa obra *El principio general de la buena fe*, que:

Esta máxima expresa de forma tan inmediata la esencia de la obligación de comportarse de acuerdo a la buena fe que a partir de ella se alumbra la totalidad del principio. La inadmisión de la contradicción con una propia conducta previa se basa en la misma exigencia de *fides* que fundamentalmente impone el mantenimiento de la palabra, el *pacta sunt servanda*, y la restricción del deber de prestación incua a través del principio de buena fe, fue llevada a cabo por el antiguo concepto romano de la *fides*, a través del elemental entendimiento de que la concepción textual del vínculo debía ser sustituida por una concepción leal del mismo.

[...]

⁶² Mazeaud, D.: *Op. Cit.* p. 615.

⁶³ *Cfr.* La obra colectiva *L'Interdiction de se contredire au détriment d'autrui*. Bajo la dirección de Martine Behar-Touchais. Paris, Economica, 2001.

el principio del *venire* es una aplicación del principio de la “confianza el tráfico jurídico” y no una específica prohibición de la mala fe y de la mentira.⁶⁴

Muy significativa es la manifestación de este deber de lealtad en aquellos contratos que establecen de alguna manera una exclusividad para la prestación de una de las partes, ya sea en el tipo de producto o en el territorio. En dichos casos, es desleal la conducta en virtud de la cual un contratante abiertamente compite contra su contraparte, privándole así de algunos o de buena parte de los beneficios del contrato. Tal sería el caso, por ejemplo, de la franquicia, en donde el franquiciante, luego de haber concedido una exclusividad territorial al franquiciado para la venta de un determinado producto, basado en una oscuridad o ambigüedad del contrato, empieza a competir en contra del franquiciado vendiendo productos similares o iguales en el mismo territorio, privándose así de los beneficios que el franquiciado esperaba obtener del contrato.

El deber de fidelidad se complementa con el deber de cooperación que se deben las partes contratantes en sí; mientras en el primero se le impone a las partes mayormente obligaciones de no hacer, en el segundo se le impone obligaciones de hacer, es decir, obligaciones positivas de activa cooperación con la otra parte.

2.2.3 *Deber de cooperación o colaboración de las partes entre sí*

El deber de buena fe contractual exige que las partes colaboren entre sí para permitir alcanzar los fines que buscan procurarse con el contrato. Exige así una conducta activa de asistencia razonable de una parte con respecto a la otra, con la finalidad de ayudar a la otra parte a satisfacer sus intereses o expectativas.

Esta manifestación del deber de buena fe exige que las partes contratantes adopten una conducta activa que permita que el contrato produzca todos sus efectos y se facilite la ejecución de la otra parte, permitiendo

⁶⁴ Wieacker, Franz: *El principio general de la buena fe*. Madrid, Civitas, segunda edic. 1986.

así la consecución de los objetivos comunes, preservando también sus intereses particulares.⁶⁵

Se ha señalado que:

Los contratantes no pueden pues, confinarse egoístamente en una lectura desecante de la letra del contrato; ellos deben inspirarse de su espíritu en vista de satisfacer los intereses legítimos de sus cocontratantes. En el fondo, para estar conforme a la exigencia de solidaridad que nuestro derecho positivo persigue, la ejecución del contrato debe permitir al acreedor retirar toda la utilidad y todo el interés a los cuales podía legítimamente aspirar.⁶⁶

Cooperar o colaborar con la otra parte significa no sólo respetar los intereses de la contraparte, sino, a veces incluso, privilegiarlos a los propios si ello no comporta un sacrificio apreciable. Implica, asimismo, facilitarle la ejecución, siempre que sea razonablemente posible; así, si por ejemplo existen diversas soluciones o formas de cumplimiento posible, se debe escoger aquella que satisfaga mejor los intereses del cocontratante. De igual manera, implica una colaboración activa en virtud de la cual una parte debe suministrar a la otra no sólo la información necesaria para el mejor cumplimiento del contrato, a la cual se hizo referencia en una sección anterior, sino también aquellos utensilios, instrucciones y materiales que puedan ser necesarios para que el deudor pueda cumplir adecuadamente su prestación.⁶⁷

Queda claro, de acuerdo con lo expuesto, que en virtud de la buena fe contractual, no basta que el contratante cumpla literalmente lo establecido en el texto del contrato, y pretenda amparar en imprecisiones o lagunas de dicho texto, conductas que perturban a la otra parte y que de alguna manera le impiden alcanzar los fines buscados por el contrato;

⁶⁵ Karim, V.: *Op. Cit.*, p. 463.

⁶⁶ Mazeaud, D.: *Op. Cit.* pp. 617-618.

⁶⁷ Le Tourneau, P.: *Op. Cit.* Nos. 51 y 52.

todo lo contrario, los contratantes están obligados a ser leales con su contraparte, debiendo cumplir sus obligaciones de una manera que le permitan a la otra alcanzar los objetivos que se perseguían con el contrato. En otras palabras, como señala el autor francés Picod, la ejecución del contrato debe ser útil.⁶⁸

En consecuencia, a todo contratante se le imponen obligaciones activas que hagan que su cumplimiento sea útil para la otra parte, tal como sucede con el deber de cooperar con la otra para ayudarle a alcanzar los fines de la contratación, e igualmente se le imponen obligaciones negativas que le prohíben sacar provechos o ventajas indebidas a costa de su contraparte que impidan o frustren el interés que ésta buscaba satisfacer con el contrato.

El deber de cumplir de manera útil el contrato es más intensa en los llamados contratos de interés común, tal como es el caso de la sociedad, o en nuevos tipos de contratos creados por la práctica comercial, tales como el contrato de franquicia⁶⁹ o el contrato de distribución, en donde franquiciante y franquiciado tienen un interés o “empresa” común que les obliga a cooperar una con otra para poder alcanzar los objetivos buscados que, en definitiva, benefician a ambas partes.

En estos contratos de interés común, la jurisprudencia y la doctrina extranjera han señalado acertadamente que el deber de cumplir lealmente, de acuerdo con el principio de la buena fe, implica una obligación de no competencia de pleno derecho, el cual deriva de la lealtad y cooperación que las partes se deben entre sí para que las expectativas de las mismas puedan ser satisfechas. En efecto:

Una jurisprudencia constante considera que, en ciertos contratos, una obligación de no competencia existe de pleno derecho, a título de la ejecución de buena fe de los contratos, traducándose por una exigencia de fidelidad, para lo mejor o para lo peor, pero provisoria. Está notablemente a cargo de los

⁶⁸ Ver nota 19.

⁶⁹ Picod, Y. *Op. Cit.* p. 106.

asalariados hasta la expiración de su contrato: pero está también en los contratos de distribución que implican una relación de confianza especial entre las partes, tales como la franquicia o la concesión comercial exclusiva (por su naturaleza de contratos de interés común).⁷⁰

El autor francés Picod lo expresa de esta forma:

La lealtad contractual [derivada] de la voluntad de cooperación cercana para beneficiarse del desarrollo de una base de clientela, impone la recíproca obligación de no competencia en el franquiciante. El franquiciante incumplirá el requerimiento de la buena fe si compite con el franquiciado durante la ejecución del contrato en el territorio acordado a éste, ya sea haciendo contacto directo con los clientes u otorgando una franquicia similar en el mismo territorio.⁷¹

Por otra parte, el deber de buena fe contractual como cooperación o colaboración entre las partes les obliga a tener tolerancia hacia la otra. En este sentido se señala que una de las partes no podría aprovecharse del más mínimo incumplimiento de su contraparte para solicitar la resolución del contrato o exigir su responsabilidad,⁷² o de no permitir la ejecución parcial de las obligaciones del deudor, ateniéndose estrictamente al principio de la integridad del cumplimiento, cuando la ejecución parcial le es útil y no hay ningún motivo real para rechazarla.⁷³

Se ha recurrido también al principio de la buena fe para justificar o fundamentar a la teoría de la imprevisión.⁷⁴ En efecto, para los que admiten la revisión del contrato por imprevisión, es decir, por haber surgido en el curso del contrato circunstancias extraordinarias e imprevis-

⁷⁰ Le Tourneau, Philippe: *Le parasitisme*. Paris, Litec, 1998, p.225.

⁷¹ Picod, Yves: *L'Obligation de non-concurrence de plein droit et les contrats n'emportant pas transfert de clientèle*. En: JCP E. Paris, 1994, p. 349 (agregado nuestro).

⁷² Picod, Yves: *Le devoir de loyauté*..(citado) p. 165.

⁷³ *Ibid.* p. 167.

⁷⁴ Lefevre, B.: *Op. Cit.* p.352, Picod, Y.: *Le juge et l'exécution du contrat*. pp. 68 y ss.

tas que causan un desequilibrio patrimonial entre las partes, mantener a ultranza el contenido inicial del contrato, en virtud del *pacta sunt servanda*, podría ser contrario al deber de cooperación y lealtad que se deben las partes en virtud de la buena fe. Así, si se mantiene el contenido inicial del contrato, sin adaptarlo a las nuevas circunstancias, puede darse el caso que se produzca un desequilibrio que beneficie excesivamente a una parte frente a la otra, alterando lo previsto al celebrar el contrato y de esa manera se frustre o dificulte la consecución de las expectativas de una de las partes contratantes.

Como se sabe, en Venezuela, nuestros tribunales han sido reacios a aceptar la teoría de la imprevisión en contratos de derecho privado, sólo aceptándose en los contratos administrativos. Una revisión de esta institución a la luz de los deberes que impone el principio de la buena fe quizá podrá facilitarles la tarea de su aceptación en el futuro.⁷⁵

En estas mismas líneas, en Francia, Picod⁷⁶ ha señalado que en virtud del deber de buena fe se le debería imponer a las partes la obligación de renegociar el contrato cuando surjan circunstancias imprevistas en la ejecución del contrato, todo ello como corolario de la cooperación y lealtad que se deben las partes entre sí. En este sentido señala que para que las partes queden obligadas a renegociar un contrato se deben reunir las siguientes condiciones:⁷⁷ en primer lugar, el evento imprevisible debe ser entendido en sentido amplio; debe ser anormal en el sentido que escape a las previsiones razonables de las partes; en segundo lugar, el evento imprevisible debe haber producido un desorden significativo en la economía del contrato, es decir, un desequilibrio importante en las

⁷⁵ Sobre la teoría de la imprevisión en nuestro derecho, *Cfr.* Urbaneja, Luis Felipe: *Conceptos sobre la teoría de la imprevisión en los contratos de derecho privado*. Discurso de incorporación como individuo de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales leído el 27 de octubre de 1972; Rodner, James Otis: *El dinero, la inflación y las deudas de valor*. Caracas, 1995; Mélich-Orsini, J.: *Op. Cit.* y en su artículo *la revisión judicial del contrato por onerosidad excesiva* en: Revista de la Facultad de Derecho de la UCAB, N° 54, 1999; y algunas reflexiones que hizo el autor en el artículo *La revisión del contrato y la justicia constitucional* en: Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorronzona. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002.

⁷⁶ Picod, Y.: *Ibid.*

⁷⁷ Picod, Y.: *Ibid.* pp. 73-74.

prestaciones de las partes; en tercer lugar, que la ejecución del contrato sea aún posible, ya que si el desequilibrio es irremediable y el contrato se hace inviable, sería contrario a la buena fe mantener el vínculo contractual, en cuyo caso, haciendo uso de la teoría de la imprevisión, el vínculo contractual debe ser extinguido por el juez.

2.3 *MANIFESTACIONES DEL DEBER DE BUENA FE EN LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO*

Como señalamos anteriormente, la buena fe debe estar presente en todas las fases del contrato, no es una conducta circunstancial o temporal, es el principio que debe guiar la conductas de las partes durante toda la vida del contrato, incluso en la fase de extinción o terminación del mismo.

2.3.1 *Abstención de terminaciones abusivas*

En este sentido se indica que en virtud del deber de buena fe, una de las partes en un contrato sólo debe poner fin al mismo de acuerdo a las modalidades que se hayan convenido en el contrato o de acuerdo con lo que prevea la ley, de manera que la terminación no cause un perjuicio innecesario a la otra parte.⁷⁸ Así le está prohibido terminar de manera intempestiva, sin respetar los plazos acordados, el no dar un preaviso suficiente puede ser considerado contrario al deber de buena fe.

En este caso la acción a ejercer será la acción por abuso de derecho de una prerrogativa contractual. Esta es una de las esferas donde la buena fe se relaciona íntimamente con el abuso de derecho; sin embargo, ambas nociones no se llegan a confundir y cada una mantiene su esfera de aplicación diferente. Si bien la buena fe y el abuso de derecho mantienen muchos contactos y en algunos casos un fundamento común, no son figuras similares, la buena fe tiene un campo de aplicación mucho más extenso que aquél del abuso de derecho, el cual representa sólo un aspecto de las múltiples manifestaciones del principio general de la buena fe.⁷⁹

⁷⁸ Karim, V.: *Op. Cit.* pp. 465-466.

⁷⁹ Lefevre, B.: *Op. Cit.* p. 347.

2.3.2 *Cooperación con la otra parte en restituciones u otras obligaciones pendientes luego de la extinción del contrato*

En muchos contratos, como consecuencia de la extinción, ya sea que ésta haya ocurrido de manera “natural” por cumplimiento o vencimiento del término o cuando ocurre por otros motivos “inducidos” tales como la nulidad o la resolución, surge en cabeza de las partes obligaciones de restitución o de indemnización a la otra parte. Algunas veces, en particular en los contratos de tracto sucesivo, es frecuente que las partes acuerden que durante un período relativamente corto seguirán ejecutando algunas de sus obligaciones para, por ejemplo, no perjudicar a terceros (tal como sería en un contrato de suministro o de distribución). En otros casos ocurre que las partes deben mantener una obligación de confidencialidad o de no competencia por un período determinado por el contrato.

En todos esos casos la conducta de las partes debe estar conforme a las obligaciones exigidas por la buena fe, imponiéndose a las partes las mismas obligaciones a las que estaban sujetas en el momento de la ejecución del contrato propiamente dicha. En consecuencia, las partes se deben lealtad mutua, deben cooperar entre sí y deben informarse todas aquellas novedades que sean de importancia con respecto a la obligación que se ejecuta.

3. CONSECUENCIAS DE LA VIOLACIÓN DEL DEBER DE BUENA FE CONTRACTUAL. POSIBILIDAD DE EJERCER LA ACCIÓN RESOLUTORIA

Las obligaciones impuestas a las partes en virtud de la buena fe contractual son verdaderas obligaciones cuya inobservancia produce consecuencias jurídicas; no por ser obligaciones implícitas puede pensarse que son de carácter accesorio o secundario, son obligaciones como cualquier otra que se hayan creado por medio de las estipulaciones contractuales. En consecuencia, ante el incumplimiento de estas obligaciones, de acuerdo con lo previsto en el artículo 1.167 del Código Civil, podrá el acreedor exigir su cumplimiento o reclamar la resolución del contrato, si se llenan los extremos para la procedencia de la acción resolutoria. En ambos casos o de manera autónoma podrá el acreedor exigir al deudor

que ha incumplido el resarcimiento de los daños y perjuicios que el incumplimiento de las obligaciones impuestas por la buena fe contractual le ha ocasionado.

Para que sea procedente la acción de resolución del contrato resulta necesario que en un contrato bilateral alguna de las partes no dé cumplimiento o no ejecute sus obligaciones. En otras palabras, es necesario que medie un incumplimiento, Mélich Orsini⁸⁰ ha definido como “cualquier falta de correspondencia entre la satisfacción prometida y la satisfacción procurada por el deudor”. En efecto, por incumplimiento de las obligaciones debe entenderse la inejecución de las mismas en las condiciones y modalidades en que fueron pactadas. De allí que pueda hacerse referencia a un incumplimiento total o parcial, permanente o temporal, que puede a su vez, deberse a hechos imputables al deudor, o bien, a causas extrañas no imputables al mismo.

En ese sentido, debe señalarse que para la procedencia de la acción resolutoria debe necesariamente tratarse de un *incumplimiento culposo*, pues si tal incumplimiento se debiera a una causa extraña no imputable, tendrían aplicación las disposiciones normativas relativas a la teoría de los riesgos.

En principio, debe señalarse que conforme a lo dispuesto en el artículo 1.264 del Código Civil, le está dada al acreedor la posibilidad de ejercer la acción de resolución no sólo en el caso de un incumplimiento total y definitivo de las obligaciones, sino también en caso de un incumplimiento parcial y aun de simple retardo en el cumplimiento, es decir, ante cualquier inexactitud del mismo.

No obstante lo anterior, la doctrina tanto nacional como extranjera se ha pronunciado en cuanto a la necesidad de la gravedad del incumplimiento de las obligaciones de que se trate para que proceda la resolución del contrato. En ese sentido, debe advertirse que la posición

⁸⁰ Mélich-Orsini, José: *Op. Cit.* p. 737.

predominante de la doctrina coincide en afirmar que para la procedencia de la acción resolutoria no basta cualquier incumplimiento de las obligaciones, sino que debe tratarse en todo caso de un incumplimiento grave o importante.⁸¹

En cuanto a la calidad de la obligación que debe ser incumplida para que proceda la resolución, Maduro Luyando y Pittier expresan que la procedencia de la resolución implica el incumplimiento de una *obligación principal* y, en tal sentido, expone que:

En cuanto al incumplimiento, para determinar la aptitud del mismo para provocar la resolución, la doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo en que si la obligación que se incumple es de índole principal, **o sea, es de las obligaciones capaces de determinar el consentimiento de la parte en la celebración del contrato, entonces el incumplimiento dará lugar a la resolución.**

Si se trata de incumplimiento de obligaciones accesorias no determinantes del consentimiento de la otra parte, no procederá la resolución del contrato, sino la acción por cumplimiento, con los daños y perjuicios correspondientes.

Si se trata de incumplimiento parcial, corresponde al juez determinar si la obligación parcialmente incumplida es suficiente para motivar la resolución. En general, la doctrina y la jurisprudencia admiten como apto para producirla el incumplimiento parcial que comprenda aspectos o prestaciones sustanciales del contrato, de las ventajas que la parte inocente busca con el contrato”.⁸²

⁸¹ Mélich-Orsini, J.: *Op. Cit.* p. 740, Guerrero Quintero, Gilberto: *La Resolución del Contrato*, 1985, p. 308

⁸² Maduro Luyando, E. y Pittier, E.: *Op. Cit.* p. 988.

Es el juez a quien corresponde hacer la calificación de la gravedad del incumplimiento en caso de la resolución por vía judicial. En la mayoría de los casos (y más aún, cuando se trata de un contrato innominado) resulta difícil establecer a priori criterios definitivos para determinar si un incumplimiento es grave o no, corresponderá al juez en cada caso concreto dilucidar si el incumplimiento de que se trate es de tal entidad que amerite la resolución del contrato.

La doctrina extranjera ha sistematizado algunos criterios que sirven de orientación en este sentido. Así se ha señalado en Italia que para determinar si un incumplimiento es grave el caso concreto debe ser examinado a la luz de dos criterios de aplicación conjunta: En primer lugar un criterio objetivo, el cual no se refiere a calificaciones abstractas (prestación principal o accesoria), sino a la función y al peso que la obligación incumplida tiene dentro del conjunto de obligaciones del contrato, evaluada en concreto. En segundo lugar se debe atender al criterio subjetivo, fundado sobre la base de los intereses de la parte que soporta el incumplimiento, es decir, sobre el específico interés que ésta le daba a la obligación incumplida y en el modo en que tal interés resulta afectado por el incumplimiento. La aplicación de estos criterios debe hacerse de manera conjunta, pues en un caso concreto puede resultar que objetivamente el incumplimiento sea de poca importancia, pero pueda justificar la resolución si ha incidido de una manera más grave de lo normal en el interés de la parte que lo soporta. Así se reconoce que tiene relevancia para esta materia los motivos que llevaron a la parte a contratar.⁸³

La jurisprudencia italiana para determinar cuándo una obligación es grave recurre al siguiente criterio: será grave aquel que de haber sido conocido, la parte que lo sufre no hubiera contratado.⁸⁴ Al mismo criterio se recurre en Francia para decidir si la entidad del incumplimiento justifica

⁸³ Roppo, Vincenzo: *Il Contratto*. Milán, Giuffrè, 2001. pp. 961-962.

⁸⁴ Sacco, Rodolfo: *Il Contratto*. Turín, UTET, 1975. p. 950. DISTASO; Nicola: *I contratti in generale*. Turín, UTET, 1980. Tomo III, p. 2128.

la resolución del contrato.⁸⁵ De esta forma, en esos países la determinación de la gravedad del incumplimiento se relaciona con la idea de causa del contrato, pues el criterio subjetivo utilizado determinará que el incumplimiento será grave cuando atenta contra los motivos que llevaron a la parte a contratar. Así, un incumplimiento determinado que aisladamente no pareciera ser grave, sí podrá ser considerado como grave cuando afecte la causa del contrato.

Para determinar la gravedad del incumplimiento, el juez deberá hacer una interpretación del contrato en su integridad, y será luego de esta compleja actividad hermenéutica que podrá establecer si se ha mantenido o no el equilibrio contractual en la fase de ejecución del contrato. En su interpretación el juez deberá recurrir a los criterios de interpretación e integración del contrato según la buena fe objetiva (Art. 12. CPC).⁸⁶ En esta tarea, el juez deberá evaluar todas las obligaciones del contrato, incluso aquellas establecidas por normas legales supletorias (como la establecida en el artículo 1.160 del Código Civil) para poder concluir si el incumplimiento de alguna de ellas es de tal entidad que amerite la resolución del contrato.

Es importante señalar que incluso en la más reciente doctrina y jurisprudencia francesas se le ha dado cabida a la resolución contractual cuando el motivo por el cual se encuentra fundada es la violación de la buena fe contractual. Así se ha determinado que:

⁸⁵ “Primeramente es natural que el tribunal verifique si las condiciones relativas al incumplimiento están reunidas, es decir, si los incumplimientos del deudor son suficientemente graves para justificar la resolución. Para este efecto el juez debe tomar en cuenta todas las circunstancias de la causa que han intervenido hasta el día de la decisión. Si hay incumplimiento total, este control es relativamente fácil. Si hay incumplimiento parcial o retardo en la ejecución, el oficio del juez aumenta, porque es entonces conducido a apreciar si la parte de la obligación no ejecutada, la inexecución de una obligación accesoria o el retardo en la ejecución, justifica la resolución. En regla general, el juez pronuncia la resolución si estima que la alteración del vínculo contractual es tal que el demandante no habría contratado si él lo hubiera previsto. En otros términos, él se debe asegurar que la prestación no ejecutada constituye bien la causa de la obligación del demandante”. En la práctica el juez tiene en cuenta también las circunstancias económicas que pueden tornar la resolución más o menos oportuna, así como la importancia de una falta cometida por el deudor, bien que la resolución judicial no esté subordinada a la prueba de la mala fe de éste”. (Terré, François; Simler, Philippe; Lequette, Yves: *Op. Cit.* p. 593)

⁸⁶ Spallarosa, M: *Importanza dell'inadempimento e risoluzione del contratto*. En: *Rivista di Diritto Civile*. II, 1972. pp. 475-480 passim.

Para apreciar la gravedad o la importancia necesaria para que el incumplimiento del contrato pueda conllevar su resolución, los jueces de fondo no se atienen necesariamente a la violación de una estipulación formal del contrato, pero son susceptibles de tener muy en cuenta el comportamiento de una u otra de las partes. Es así particularmente cuando el objeto mismo del contrato exige un refuerzo del deber de cooperación entre las partes.

... (*omissis*) ...

El 29 de abril de 1987, la 3ª Cámara civil de la Corte de Casación pareciera que entró en una nueva etapa en este sentido. Ella, en el caso, admitió que una corte de apelación estaba bien fundada, apoyándose en el artículo 1.184 del Código Civil, la resolución de un contrato de arrendamiento rural en contra de los arrendadores, luego de haber soberanamente dispuesto ‘que el comportamiento agresivo, injurioso y amenazante de los arrendadores contra los arrendatarios hacía imposible la continuación de relaciones normales entre ellos. En otros términos, esto sería un criterio subjetivo, es decir, la sola apreciación del comportamiento de los arrendadores contraría a la buena fe, el cual sería susceptible de caracterizar el incumplimiento del contrato necesario para autorizar su resolución.

... (*omissis*) ...

El 11 de enero de 2000 la 1ª Cámara civil por su parte se basó de manera explícita sobre el solo incumplimiento de la obligación de ejecutar el contrato de buena fe para justificar la resolución de un contrato de edición en detrimento de un editor, sin por ello bajar el umbral de gravedad del incumplimiento reprochado al mismo, el cual en el caso era flagrante.

... (*omissis*) ...

Parece que en definitiva que la jurisprudencia se basa en elementos objetivos y subjetivos para caracterizar el incumpli-

miento susceptible de engendrar la resolución del contrato: son tomados en consideración, tanto el incumplimiento considerado en sí mismo, que varía según la naturaleza del contrato y de las obligaciones puestas a cargo del deudor, como la actitud de los contratantes la cual también se trata de sancionar, su apreciación es susceptible de llegar hasta permitir, a ella sola, justificar la resolución de ciertos contratos.⁸⁷

Se puede evidenciar que conforme a la doctrina y la jurisprudencia francesa, la violación al principio de la buena fe sería capaz de producir la declaratoria de resolución de un contrato. Pensamos que tanto la doctrina como la jurisprudencia francesa e italiana han avanzado notablemente hacia un criterio no formalista acerca de la causa necesaria para que se produzca la resolución.

En Venezuela, la doctrina no se ha pronunciado sobre los criterios para determinar la gravedad del incumplimiento de una manera tan clara como la doctrina extranjera. Al contrario de lo que allí sucede, nuestra doctrina, si bien se apeg a un criterio abstracto distinguiendo entre las obligaciones principales o esenciales y las secundarias o accesorias del contrato, nos da algunas luces al respecto. En este sentido la cita de Maduro Luyando antes transcrita es ilustrativa, según dicho autor, sólo sería posible acordar la resolución judicial cuando se trata de incumplimiento de obligaciones principales, y en el caso de incumplimiento parcial, corresponderá al juez determinar si la obligación incumplida es suficiente motivo para que sea procedente la acción resolutoria.

De acuerdo con esta doctrina la determinación de la gravedad del incumplimiento estará en función de si se trata de un incumplimiento de una obligación que es considerada por las partes como esencial (o principal, al decir de Maduro) o simplemente accesorio. Para ello, consideramos que no se puede tampoco crear reglas a priori, y sostener, por

⁸⁷ Ghestin, Jacques; Jamin, Christophe y Billau, Marc: *Les effets du contrat*. En: *Traité de Droit Civil sous la direction de Jacques Ghestin*. Paris, LGDJ, 3ª edición, 2001, pp. 519-522.

ejemplo que como la obligación de ejecutar el contrato de buena fe es de carácter supletorio o subsidiario, la misma sólo debe ser considerada como secundaria o accesorio a los efectos de la gravedad del incumplimiento. Por el contrario, se trata de una obligación tan importante como las que han sido estipuladas expresamente. En un caso concreto el cumplimiento de una obligación supletoria o subsidiaria puede ser esencial en ese contrato y su incumplimiento puede acarrear consecuencias muy graves que plenamente justificarían la resolución.

En este sentido, Cristóbal Montes con mucha agudeza ha señalado, que si bien puede calificarse a los deberes que dimanen de la buena fe como secundarios, no por ello se les debe considerar accesorios. Explica que tampoco se debe calificar a la obligación expresamente pactada como la principal, sino que los deberes secundarios (entre los que se encuentran según este autor los derivados de la buena fe) se confunden con la prestación misma y la configuran, por lo que su incumplimiento, de acuerdo con la gravedad del caso específico, puede ser considerado como una inexecución de la obligación misma.⁸⁸ En consecuencia, ante su incumplimiento, al igual que todo incumplimiento de una obligación, el acreedor puede acudir al órgano jurisdiccional para hacer valer la acción de indemnización de los daños causados, la resolución del contrato, e incluso, o su cumplimiento forzoso.⁸⁹

Antes se indicó que la doctrina y jurisprudencia extranjera relaciona el incumplimiento con la noción de causa del contrato para determinar su gravedad. Así contestes con Maduro en el fragmento antes citado, una obligación será principal o esencial cuando sea capaz “de determinar el consentimiento de la parte en la celebración del contrato, entonces el incumplimiento dará lugar a la resolución”. Es decir, que si la parte contratante hubiera conocido ese incumplimiento antes de contratar, no se hubiera celebrado al contrato.

⁸⁸ Cristóbal Montes, Ángel: *Op. Cit.* p. 93.

⁸⁹ *Ibid.* P. 92.

Por lo tanto, aunque la doctrina venezolana no llegue a afirmar expresamente, es posible que una obligación implícita o subsidiaria como la de ejecutar el contrato de acuerdo con los dictados de la buena fe, en un contrato particular pueda ser considerada como esencial, cuando su incumplimiento afecte la causa del mismo. Por ello, es necesario rechazar el argumento que rechaza la posibilidad de ejercer la acción resolutoria *a priori* por incumplimiento de los deberes que impone la buena fe contractual porque se trata de una obligación subsidiaria o que no fue expresamente prevista por las partes. Como hemos visto, es una obligación como cualquier otra, y cuyo incumplimiento culposos, sí reviste la gravedad necesaria, puede perfectamente ser motivo para ejercer la acción de resolución de contrato.

Comentarios sobre la personalidad jurídica de la sociedad civil

Carlos J. SARMIENTO SOSA*

SUMARIO:

1. ***Societas* en el derecho romano. Evolución separada de sociedades mercantiles en el medioevo y en el renacimiento.**
1.1 *Francia.* 1.2 *Italia.* 1.3 *España.* 1.4 *Reino Unido.* Surgimiento de las personas jurídicas como otorgamiento de personalidad por ley en el renacimiento. Persistencia de la falta de personalidad de las sociedades civiles hasta el siglo XIX.
2. **La sociedad civil en los Códigos Civiles venezolanos desde 1880 al CC22. La personalidad jurídica de las sociedades**

* Universidad Central de Venezuela. Abogado. Universidad José María Vargas, Caracas. Profesor de Arbitraje Comercial. Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas. Árbitro. Centro de Arbitraje de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. Árbitro. Instituto Panamericano de Derecho Procesal. Miembro. Instituto Venezolano de Estudios de Derecho Procesal (INVEDEPRO). Miembro. Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Miembro. Federación Interamericana de Abogados. Ex Presidente. Hoet Peláez Castillo & Duque. Socio. Autor de obras jurídicas.
Abreviaturas más frecuentes: Código Civil de 1922: CC22. Código Civil de 1942: CC42. Código de Comercio de 1955: CdeC55.

mercantiles en el Código de Comercio. La sociedad mercantil sin personalidad en la cuenta en participación y las sociedades accidentales. La inexistencia de la personalidad en las sociedades civiles en el CC22. Las sociedades civiles como contrato y sus efectos contra terceros. La reforma incorporada por el CC42. La reforma del CdeC55 para atribuir carácter mercantil a las sociedades civiles con forma de sociedades anónimas, salvo las agropecuarias.

3. La reforma incorporada por el CC42. La reforma del CdeC55 para atribuir carácter mercantil a las sociedades civiles con forma de sociedades anónimas, salvo las agropecuarias.

Conclusiones

Recomendación

1. *SOCIETAS* EN EL DERECHO ROMANO. EVOLUCIÓN SEPARADA DE SOCIEDADES MERCANTILES EN EL MEDIOEVO Y EN EL RENACIMIENTO

Para adentrarse en el tema de las sociedades, necesariamente hay que remontarse al derecho romano, el cual contemplaba la sociedad denominada *Societas*, que era un contrato consensual, en el que los asociados quedaban obligados a aportar algunos bienes con el fin de obtener unas ganancias.

El desarrollo de *Societas* se inició con las sociedades de tipo familiar, como una forma primitiva y rudimentaria de sociedad regida por el *ius civile*, como continuación de la comunidad formada bajo la autoridad del *pater familias*, que fue calificada por Gayo como natural y legítima, esto es, como continuación o prolongación colectiva de la actividad del *pater familias* por sus herederos, que no solamente representa un fenómeno natural o espontáneo, sino que tenía la relevancia jurídica necesaria para ser fuente de derechos y acciones derivados de esta situación; se constituía por medio de un contrato consensual, en el que obligaban los asociados a aportar algunos bienes, con el fin de obtener unas ganancias e, incluso, se llegó a discutir sobre si se podía contratar una sociedad en la cual alguno de los socios tuviera una participación mayor en las utilidades que en las pérdidas, y luego se

dedicó a examinar las causales de disolución, y la sociedad de herederos, denominada “*ercto non cito*”.¹

Esta forma de sociedad fue superada con las sociedades regidas por el “*ius gentium*”, que con el paso de la “*societas omnium bonorum*” a la “*societas alicuius negotiationis*” abrieron el camino de la sociedad de capitales, como alcanzó a ser la “*societas publicanorum*”, que surgió precisamente al servicio de la gran empresa, entre personas relativamente numerosas y de notoria capacidad patrimonial, para la recaudación de impuestos, la explotación de las minas y la construcción de obras públicas de importancia.

Por su parte, la doctrina menciona otro tipo de sociedades existentes en el derecho romano, como era la “*Societatis Vectigalium*” que creaban los publicanos para servir de intermediarios entre el Estado y los contribuyentes, por lo que algunos observan en este tipo de sociedad el origen de las sociedades en comandita simple, ya que existían unos asociados que se responsabilizaban ilimitadamente con el Estado (los *mancipi*) y aquellos que simplemente aportaban un capital y tan sólo se obligaban hasta el monto de su aporte.²

Como se observa el derecho romano contempló la sociedad de personas, netamente de carácter civil, en la cual, la participación de los asociados era esencial en la dirección de la misma o en los diferentes aspectos de la vida social, resultando que la razón particular para que tuvieran ese carácter civil fue de tipo económico, puesto que los ciudadanos romanos no se dedicaron al comercio como sí lo hicieron otros pueblos bárbaros, sino que tuvieron como actividad básica, la agricultura.³

Fue necesario esperar hasta la Edad Media, época en la que surgió el derecho comercial como normativa específica de los comerciantes, para

¹ Cfr: Juan Carlos Galindo Vacha. *Manual de Derecho Europeo de Sociedades*. Colección Profesores N° 17. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, 1995, pp. 121-122. Este autor cita las autorizadas opiniones de Gayo, *Instituciones Jurídicas*, Editorial Iberia, Madrid, 1965, y de Gabino Pinzón, *Sociedades comerciales*, Editorial Temis, Santafé de Bogotá, 1988.

² José M. Caramés Ferro. *Curso de Derecho Romano*. Novena edición, p. 325 y ss. Referencia de Galindo Vacha, *Op. Cit.*, p. 122.

³ Galindo Vacha, *Op. Cit.*, pp. 122-123.

observar el nacimiento de nuevas sociedades. Durante el siglo X apareció una figura que sería el origen de la sociedad en comandita. En efecto, en el comercio marítimo en donde tuvo origen esta figura y su nombre. Un marinero y una persona adinerada, por medio del contrato de “*commenda*”, acordaban que el primero haría un viaje, con resultado impredecible, financiado totalmente por el segundo; en caso de éxito de la travesía, las utilidades que obtuvieran se repartirían entre los dos asociados. Sin embargo, esta forma de sociedad vio la necesidad de combinar de manera estable el capital con el trabajo en la realización de una actividad lucrativa como era el ejercicio habitual del comercio, lo que impulsó la evolución del contrato de “*commenda*” hacia la creación de un verdadero vínculo asociativo entre los contratantes, entrelazando un socio ostensible que llevaba a cabo los negocios en su propio nombre y bajo su exclusiva responsabilidad, con otro u otros socios ocultos que suministraban el capital, limitaban su riesgo hasta la suma aportada, y todos participaban de las utilidades en la forma convenida. Posteriormente, vendría la inclusión de esta forma societaria en los ordenamientos legales, tales como los Estatutos de Florencia, los Estatutos de la Corte de Mercaderes de Siena, de Bolonia, de Génova en la Ordenanza del Comercio de Colbert de 1673 redactadas bajo los auspicios de Luis XIV por Jacques Savary, e incluso, en las Ordenanzas de Bilbao de 1737. Así se tuvo como resultado la Sociedad en Comandita, como una variación de las sociedades de personas, en la cual había dos grandes clases de socios: aquellos que respondían ilimitadamente y que administraban la sociedad, y otros que respondían limitadamente, con un control especial sobre la administración.⁴

⁴ Galindo Vacha, *Op. Cit.*, pp. 122-124. Este autor toma como referencias sobre el origen de la sociedad en comandita a Tullio Ascarelli, *Iniciación al estudio del derecho mercantil*, Editorial Bosch, Barcelona, 1964, especialmente en sus páginas 29 a 73; Joaquín Garrigues, *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo II, Editorial Temis, Bogotá, 1987, p. 74; Roberto Mantilla Molina, *Derecho Mercantil*, Editorial Porrúa, México, 1990, p. 261; José Ignacio Narváez García, *La sociedad en comandita simple*, Ediciones Bonnet y Cia. C. A. en C., Santafé de Bogotá, 1985, p. 10; y Julliot De La Morandière, *Le Droit Commercial*, Librairie Armand Colin, París, 1939, pp. 52-54. Fernando Sánchez Calero, en *Instituciones de Derecho Mercantil*, Editoriales de Derecho Reunidas, Décima Edición, Madrid, 1984, apunta que esta figura tuvo amplia difusión en la Edad Media para no caer en las sanciones de la usura. Sobre el origen histórico de la sociedad en comandita, ver también: Alfredo Morles Hernández, *Curso de Derecho Mercantil*, Tercera Edición, Tomo II, Las Sociedades Mercantiles, Universidad Católica Andrés Bello, Manuales de Derecho, Caracas, 1989, pp. 732-733.

Hacia finales del siglo XVII, los proyectos industriales, marítimos y comerciales requirieron de sumas de dinero cada vez mayores; entre éstas, las actividades bancarias en Génova. Esta situación hizo que los comerciantes de la época se unieran en organizaciones numerosas, con el fin de dar sus pequeños aportes frente al total de la inversión. Otras características de estas uniones era la larga duración de las mismas que superaban frecuentemente la vida de los asociados, la contraprestación que se le otorgaba a los aportantes, como era la entrega de acciones, la responsabilidad limitada al monto de lo entregado, y la posibilidad de transferir esas acciones. Así se fue esbozando la figura de la sociedad anónima, junto con la mezcla entre la sociedad en comandita simple y aquélla, que dio lugar a la sociedad en comandita por acciones.⁵

En el siglo XIX, en Francia, Napoleón, deseoso de compilar las legislaciones de ese país, hizo publicar un Código de Comercio a través de la Ley del 15 de septiembre de 1807, que entró en vigencia el 1° de enero de 1808, en el cual se consagró la posibilidad de creación de las sociedades comerciales con personalidad propia y separada de los socios, exigiéndose la autorización estatal para la fundación de las sociedades anónimas. Posteriormente, fruto de un tratado firmado entre Inglaterra y Francia en 1860, se expidió en este último país la Ley del 24 de julio de 1867, que fue la verdadera carta de naturaleza de las sociedades por acciones, que le dio plena personalidad y autonomía a la constitución de las sociedades anónimas y en comandita por acciones en territorio francés.⁶

Hacia fines del siglo XIX se produjo otro hito importante como fue la introducción en el derecho continental de la figura de la sociedad de responsabilidad limitada, surgida en Inglaterra; y el primer país en consagrarla legislativamente fue Alemania, por medio de la Ley del 20 de abril de 1892, siendo luego adoptada por Francia el 7 de marzo de 1925.⁷

⁵ Galindo Vacha, *Op. Cit.*, p. 123-124. Sobre el origen histórico de la sociedad anónima ver: Alfredo Morles Hernández, *Op. Cit.*, pp. 753-757.

⁶ Galindo Vacha, *Op. Cit.*, p. 127-128.

⁷ Galindo Vacha, *Op. Cit.*, p. 125-126. Sobre el origen histórico de la sociedad de responsabilidad limitada ver: Alfredo Morles Hernández, *Op. Cit.*, pp. 1121-1122.

Sin embargo, la evolución legislativa en materia de sociedades, en el siglo decimonónico, se desarrolló principalmente en Francia, Italia, España y el Reino Unido.

1.1 FRANCIA

Como se vio anteriormente, las primeras normas en materia contractual de sociedades se incluyeron en las Ordenanzas de Colbert y en el Código Civil se consagraron los primeros principios que regían a la sociedad civil, la cual quedó definida en el artículo 1.832 como “un contrato por el cual dos o más personas convienen en colocar alguna cosa en común, con el fin de dividir el beneficio que podrá resultar”; y en los artículos siguientes se establecieron las diferentes clases de sociedades (universales y particulares), enmarcándose algunos principios sobre su funcionamiento. Posteriormente, se reunió de manera más o menos sistemática el tema de las sociedades comerciales en el *Código de Comercio Napoleónico*, expedido en 1807, consagrándose en su artículo 19 tres posibilidades de sociedades comerciales: La sociedad en nombre colectivo, la sociedad en comandita y la sociedad anónima.⁸

En 1862, Inglaterra y Francia permitieron a las sociedades inglesas funcionar libremente en Francia y lo propio a las francesas en el Reino Unido. Teniendo en cuenta que, sin embargo, las sociedades de capitales francesas continuaban con las restricciones y controles para su constitución y funcionamiento, por la Ley de 23 de mayo de 1863 se autorizó la creación de pequeñas sociedades anónimas, “las sociedades de responsabilidad limitada”, que no poseían esas limitaciones, y que podían competir de mejor manera con las sociedades inglesas. Este fue el antecedente de la Ley del 24 de julio de 1867 que también permitió que las sociedades anónimas pudieran formarse sin autorización gubernamental, salvo que por medio de la Ley del 18 de marzo de 1919, se estableció el registro mercantil, que debía ser llevado por los tribunales de comercio o civiles, quedando las sociedades comerciales francesas en nombre colectivo, en comandita simple, en comandita por acciones y anónimas a inscribirse en el registro de comercio de la sede social.⁹

⁸ Galindo Vacha. *Op. Cit.*, pp. 127-129.

⁹ Galindo Vacha. *Op. Cit.*, p. 129.

Desde entonces, otras leyes contentivas de disposiciones en materia de sociedades han sido promulgadas, especialmente por razones de la armonización comunitaria. Sin embargo, a los efectos del presente estudio resulta superfluo entrar en su consideración.

1.2 ITALIA

A manera de introducción sobre el desarrollo del derecho comercial en Italia, resultó claro y preciso que, con las guerras napoleónicas, los códigos franceses se van introduciendo en Italia, y entre ellos el de Comercio. Como el Código Civil, también el de Comercio sobrevive –en gran parte– a la caída del imperio francés en Italia, siendo conservado en vigor en Toscana, Parma, en el reino de Nápoles (después sustituido en 1819 por el Código para el reino de las dos Sicilias, cuya quinta parte contemplaba, inspirándose en el modelo francés, la legislación mercantil), en el Estado Pontificio, en el Lombardo Véneto (hasta la introducción de los primeros cuatro libros del Código germánico, en 1863, en cuanto no estuviera en contradicción con el Código Civil austríaco de 1811), mientras en Módena era promulgado el Código estense de 1771 (que continuó en vigor hasta la promulgación del Código de Comercio de 1851). También en Piamonte fueron puestas en vigor las viejas leyes y costumbres, pero pronto se sintió la necesidad de una reforma, llevada a cabo con el Código de Comercio albertino de 1842, inspirado en el modelo francés. Constituido el Reino de Italia, la obra de unificación legislativa comprendió también el Código de Comercio, publicado por Ley de 25 de junio 1865.¹⁰

La legislación italiana en materia de sociedades se inició con el Código de Comercio de 1882, que aunque tomó como modelo el sistema francés se apartó de él en materias específicas y allí se consagraron las sociedades colectivas, las sociedades en comandita simple, las sociedades anónimas, las sociedades cooperativas y las compañías mutuas de seguros. Con ocasión de la promulgación de este Código, Italia consi-

¹⁰ Ascarelli. *Op. Cit.*, p. 76. Referencia de Galindo Vacha. *Op. Cit.*, p. 130.

guió gran renombre internacional en materias mercantiles, gracias sobre todo a los conocidos tratadistas Vidari, Bonelli y Vivante.¹¹

Con la expedición del Código Civil italiano de 1942, se eliminó la existencia de un Código de Comercio separado, incluyéndose a las sociedades comerciales dentro del libro quinto (El Trabajo), definiéndose el contrato de sociedad, en el artículo 2247, como aquel por medio del cual dos o más personas aportan bienes y/o servicios para la realización de una actividad económica, con el fin de repartirse las utilidades. Asimismo, en el código se consagran como tipos societarios permitidos las sociedades simples (2251 a 2290), las sociedades en nombre colectivo (Arts. 2294 a 2312), las sociedades en comandita simple (2313 a 2324), la sociedad por acciones (Arts. 2325 a 2461), las sociedades en comandita por acciones (Arts. 2462 a 2471), las sociedades de responsabilidad limitada (Arts. 2472 a 2497). Posteriormente trata otros tipos sociales particulares como por ejemplo las empresas cooperativas y mutuas de seguros (Arts. 2511 a 2548) y la asociación en participación (Arts. 2549 a 2554), debiendo significarse que, en los artículos 2188 a 2202, se consagró la obligación para los empresarios de inscribirse en el registro público de comercio en una oficina particularmente destinada a este efecto, y controlada y vigilada por un juez delegado por el presidente del Tribunal, disponiéndose que la sanción por la falta de inscripción sería la inoponibilidad del acto frente a terceros.¹²

En cuanto a la sociedad civil y las sociedades de comercio, la doctrina italiana expresa que la primera se diferencia de las de la otra especie en: a) porque tiene un fondo común resultado de las aportaciones de los socios, fondo perteneciente pro indiviso a los mismos, no es pues un fondo social autónomo que pertenece a la entidad social, y que obliga a los acreedores sociales a reclamar el pago de lo que se les adeuda exclusiva o previamente del mismo; b) porque las sociedades civiles no limitan la responsabilidad de sus socios al importe de sus aportaciones, en la hipótesis de que la sociedad llegare a tener deudas superiores a la cuantía del fon-

¹¹ Galindo Vacha. *Op. Cit.*, p. 130.

¹² Galindo Vacha. *Op. Cit.*, p. 131-132.

do común; su responsabilidad, si bien es proporcional, no tiene limitación alguna, lo cual es el efecto consiguiente del régimen de comunidad. Es igualmente cierto que cuando la sociedad civil pretende limitar la responsabilidad de los que la componen a sus respectivas aportaciones al fondo común, y obligar a sus acreedores a obtener el pago de sus créditos tan sólo de lo que constituye el fondo social debe adoptar la forma de una sociedad anónima necesariamente regular (ese es el caso de Italia, en Venezuela con la protocolización del contrato). Haciendo esto, la sociedad civil adquiere la personalidad jurídica, y con ella un patrimonio autónomo que responde sólo de las obligaciones sociales.¹³

1.3 ALEMANIA

En el Código de Comercio de 1897 se incluyó una reglamentación de las sociedades anónimas (*Aktiengesellschaft*) muy similar la regulación francesa de 1867. Este código entró en vigencia, al igual que el Civil, el primero de enero de 1900. Contenía cuatro libros que reglaban las siguientes materias: El estado comercial, las sociedades comerciales, los negocios de comercio, y el comercio marítimo, con un total de 905 artículos. No obstante, se dejó por fuera de él a la Ley del 22 de abril de 1892 sobre sociedades de responsabilidad limitada (*Gesellschaft mit beschränkter Haftung*, conocida por las iniciales G.m.b.H.), ley que sirvió de modelo a las legislaciones de diferentes países, tales como Austria (Ley del 6 de marzo de 1906), Checoslovaquia (Ley del 15 de abril de 1920), Hungría (1925), Francia (Ley del 7 de marzo de 1925), Bélgica (Ley del 9 de julio de 1935).¹⁴

Sin embargo, las ideas nacional-socialistas de comienzos de la década de los años treinta de nuestro siglo influyeron en la sociedad germana y generaron grandes reformas. En efecto, en primer lugar, por medio de la Ordenanza del 15 de diciembre de 1932, que se llamó “pequeña reforma de las sociedades por acciones” se variaron las normas del código en cuanto a las sociedades anónimas.

¹³ León Bolaffio. *Derecho Mercantil* Curso General, Primera Edición, Madrid, Editorial Reus S. A., 1935, pp. 68-69.

¹⁴ Galindo Vacha. *Op. Cit.*, p. 132.

En realidad, las asociaciones industriales del derecho moderno –como la sociedad por acciones (H:G:B: 178; hoy *Aktiengesetz* de 30-I-1937), la sociedad de responsabilidad limitada (*Ges. Betr. G.m.b.H.*; en Austria Ley de 1906) y las asociaciones cooperativas y de economía (*Ges. Betr. Erwerbs- und WirtschaftsGenoss.* 1866, 1889, 1898; en Austria 1873) no surgen en Alemania hasta la época moderna.¹⁵

Como son textos destinados al derecho mercantil, igualmente resulta excesiva una referencia más amplia en este trabajo.

1.5 ESPAÑA

Luego de las Ordenanzas de Bilbao, el Código de Comercio fue redactado por don Pedro Sainz de Andino, previa autorización del Rey Fernando VII, quien lo promulgó en 1829, para dar paso más tarde al Código de Comercio de 1886.

En la actualidad, en el derecho español coexisten la reglamentación del contrato sociedad civil y la normativa que rige a las sociedades mercantiles. La primera, concebida en el artículo 1.665 del Código Civil como aquel contrato mediante el cual dos o más personas se obligan a poner en común bienes, servicios o alguna de estas cosas con ánimo de repartirse las ganancias, concepto que en sentido similar es recogido para las sociedades mercantiles en el artículo 116 del Código de Comercio,¹⁶ texto legislativo que recoge tres tipos sociales: la sociedad colectiva, la comanditaria y la sociedad anónima, agregándose la sociedad de responsabilidad limitada, en 1953, debiéndose añadir la sociedad cooperativa, o sea, aquella que tiene por fin suministrar a los socios determinadas prestaciones al precio mínimo posible (cooperativas de consumo) y, en otros casos, remunerar ciertas prestaciones al máximo posible (cooperativas de producción).¹⁷

¹⁵ Galindo Vacha. *Op. Cit.*, p. 132-133.

¹⁶ Sánchez Calero. *Op. Cit.*, p. 141.

¹⁷ Sánchez Calero. *Op. Cit.*, pp. 145-146.

En la doctrina española se señalan las notas características del contrato de sociedad: a) Se trata de un contrato en el cual pueden participar dos o más personas (se dice que es plurilateral); b) Los socios se obligan por el contrato a hacer aportaciones que han de constituir un fondo común, estas aportaciones pueden consistir en bienes o servicios, que normalmente están determinados en el mismo contrato; c) Los socios quedan obligados a realizar una actividad económica común, lo que le imprime un aspecto dinámico que implica, según algunos autores, un elemento sicológico que refleja su interés por el trabajo en conjunto dirigido al buen éxito de la sociedad; y d) los socios han de tender a obtener una ganancia por medio de la sociedad.¹⁸

Dentro de este orden de ideas, y a los efectos de la adquisición de la personalidad jurídica del contrato de sociedad, la doctrina hispana da un concepto más amplio de sociedad diciendo que es una asociación de personas que quiere conseguir una finalidad común a ellas, mediante la constitución de un tipo o clase de organización prevista por la ley; y, de esta manera, la delimitación del concepto de sociedad se hace más insegura pero más flexible en el sentido de que los socios han de tener una finalidad común en cuya promoción todos han de participar, pero ha de ser a través de la adopción de una determinada forma de sociedad.¹⁹ A tal efecto, el Código de Comercio hispano exige que las sociedades se constituyan en escritura pública que ha de inscribirse en el Registro Mercantil, pues la inscripción tiene por finalidad dar conocimiento a terceros del hecho de la fundación de la sociedad, de la que surge un ente social con personalidad jurídica con las siguientes consecuencias: a) se considera al ente social como sujeto de derechos y obligaciones con plena capacidad jurídica tanto en las relaciones externas como internas; b) el ente social adquiere la condición de empresario y está sometido a su estatuto; c) adquiere la sociedad una autonomía patrimonial con relación a los socios y se produce una separación de responsabilidad, que puede ser más o menos intensa según el tipo que se elija.²⁰

¹⁸ Sánchez Calero. *Op. Cit.*, p. 142. El autor refiere que otras opiniones sostienen que es suficiente la existencia de un fin común en cuya promoción han de participar todos los socios, con lo cual considera que no son necesarios los elementos señalados por él en los literales c y d.

¹⁹ Sánchez Calero. *Op. Cit.*, p. 142.

²⁰ Sánchez Calero. *Op. Cit.*, pp. 146-147..

1.5 REINO UNIDO

En el derecho inglés existe una primera clasificación entre las denominadas *Partnerships* y *Companies*.

Las primeras son unas asociaciones de personas, con carácter personalista, que no poseen una personalidad jurídica propia y que surgen del acuerdo de dos o más personas con el fin de obtener utilidades en el desarrollo de un negocio, se las conoce con la denominación de *firm*, deben inscribirse en un registro especial según disposición del *Registration of Business Names Act de 1906*, pudiendo utilizar la palabra *company* sin ninguna connotación jurídica y su régimen legal está consagrado en el *Partnership Act de 1890*. En su naturaleza jurídica, la *Partnership* es equivalente a la sociedad en nombre colectivo del derecho continental.²¹

Existen igualmente en el Reino Unido la *limited partnership*, en los cuales la responsabilidad de los asociados es limitada, introducida y regulada por el *Limited Partnership Act de 1907*, en la cual los asociados no pueden renunciar a los mínimos derechos y obligaciones que la ley les confiere, asimilándose a la sociedad en comandita simple del derecho continental.²²

Con respecto a las *Companies*, equivalentes a las sociedades por acciones venezolanas, requerían para su constitución un acto de reconocimiento o de incorporación, denominado *charter of incorporation* de la Corona o el Parlamento, por medio del cual se permitía su funcionamiento; lo que posteriormente fue modificado por medio de la *Joint Stock Companies Act de 1844*, que sustituyó el acto del reconocimiento estatal por la inscripción en un registro público, seguida de distintas leyes hasta la *Company Act de 1948*.²³

²¹ Galindo Vacha. *Op. Cit.*, p. 137. El autor sigue a Felipe De Sola Cañizares. *Tratado de sociedades por acciones en el Derecho Comparado*. Tomo II., Tipográfica Editora Argentina S. A. Buenos Aires, 1957.

²² Galindo Vacha. *Op. Cit.*, pp. 137-138.

²³ Galindo Vacha. *Op. Cit.*, p. 138.

2. LA SOCIEDAD CIVIL EN LOS CÓDIGOS CIVILES VENEZOLANOS DESDE 1880 AL CC22. LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES EN EL CÓDIGO DE COMERCIO. LA SOCIEDAD MERCANTIL SIN PERSONALIDAD EN LA CUENTA EN PARTICIPACIÓN Y LAS SOCIEDADES ACCIDENTALES. LA INEXISTENCIA DE LA PERSONALIDAD EN LAS SOCIEDADES CIVILES EN EL CC22. LAS SOCIEDADES CIVILES COMO CONTRATO Y SUS EFECTOS CONTRA TERCEROS

El legislador venezolano, y particularmente el del siglo XIX con posterioridad a la Independencia y hasta los años 60 del siglo XX, de manera general se inspiró en el derecho continental, respetando las fuentes del derecho castellano mediante el mantenimiento de ciertas instituciones legadas por la Colonia, para luego dar paso a innovaciones que seguían las tendencias europeas, tales como el Código Napoleónico, el Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones, la legislación comercial italiana y el derecho administrativo francés y español.

Dentro de este orden de ideas, el contrato de sociedad se ceñía a la vieja concepción romana de *Societas*, entendiéndose que se trataba simplemente de un contrato interpartes, sin personalidad jurídica. A tal efecto, el CC22, al igual que su antecesor de 1880, revisado en 1896, se limitaba a afirmar, en el artículo 1708, que la sociedad era un contrato por el cual convenían dos o más personas en poner alguna cosa en común, con el fin de repartir entre sí los beneficios que de ello resultaren, agregando que no se entendía por beneficio el puramente moral, no apreciable en dinero.

Asimismo, en el artículo 1.711 del CC22 se disponía que el contrato de sociedad no perjudicaba a terceros, si no se hacía constar en el registro respectivo el objeto, la razón social adoptada y el nombre de los socios; esto sin perjuicio de lo dispuesto en el Código de Comercio; y respecto de los socios entre sí, la prueba de la sociedad debía hacerse según las reglas generales establecidas en ese Código para la prueba de las obligaciones.

Partiendo de la definición legal de contrato de sociedad, las sociedades podían ser civiles o comerciales, y el Código Civil determinaba las reglas a que estaban sometidas todas las sociedades, mientras que el Código de Comercio contenía las normas especiales de las compañías mercantiles, las cuales se observaban en ellas, con preferencia a las del Código Civil, que es Derecho común, con lo cual eran sociedades comerciales las que tenían por objeto actos de comercio, por lo que, fuera de éstas, las demás sociedades eran civiles, como las agrícolas, pecuarias, mineras, etc.²⁴

En cuanto a la forma, las sociedades civiles podían revestir la misma forma de las compañías mercantiles; y, en consecuencia, podía haber sociedades civiles *en nombre colectivo*, adoptando una razón social y en que todos los socios podrían ser administradores y responsables de las obligaciones sociales; *en comandita*, compuestas de socios administradores y socios simples suministradores de fondos, que no figurarían en la razón social, no podrían administrar y sólo quedarían obligados por las cuotas aportadas; y finalmente, *anónimas*, sin nombre social, conocidas únicamente por la denominación de la empresa a que están destinadas y los socios obligados solamente por el valor de las acciones que posean. Y se concluía en que tampoco parecían ajenas de esos actos civiles las llamadas en el comercio sociedades accidentales o cuentas en participación.²⁵

Con respecto a los aspectos formales, la disciplina expresaba que las sociedades civiles, a la luz del Código Civil de 1880, no estaban sujetas en su contratación ordinaria al requisito de la escritura para su validez entre las partes, añadiendo que el documento es sólo un medio de prueba, de acuerdo con los principios que rigen la prueba de las obligaciones, aunque según el artículo 1888 de aquel código debían registrarse

²⁴ Aníbal Dominici. *Comentarios al Código de Comercio Venezolano*. p. 126. Tipografía El Cojo, Caracas, 1891, p. 126. Aníbal Dominici. *Comentarios al Código Civil Venezolano* (Reformado en 1896). Tomo IV, Reproducción Foto-offset de la Primera Edición de 1905. Ediciones J. C. V. (Juventud Católica Venezolana), Logos, S. A., Caracas, 1951, p. 86. Esta obra está precedida de una advertencia en la cual se informa al lector que su edición comenzó a hacerse siete años después de la muerte del autor, quien escribió su obra refiriéndola al Código Civil de 1880.

²⁵ Dominici. *Comentarios al Código Civil Venezolano*, p. 86.

los contratos de sociedad que tuvieran por objeto el goce de bienes inmuebles, cuando la duración de la sociedad excediera de seis años o fuera indeterminada, disposición aplicable únicamente, en su concepto, a las relaciones con terceros, conceptos que, luego de la promulgación del CC22, continuaron vigentes, con excepción de lo previsto en el artículo 1711 de este último, que estableció que *el contrato de sociedad no perjudica a terceros, si no se hace constar en el registro respectivo el objeto, la razón social adoptada y el nombre de los socios ...[omissis]... sin perjuicio de lo establecido en el Código de Comercio*, añadiendo que, respecto de éstos, “...[omissis]... *la prueba de la sociedad debía hacerse según las reglas generales establecidas en el mismo Código para la prueba de las obligaciones*”.²⁶

Por otra parte, para que se produjeran efectos respecto de esos mismos (los terceros) exigía aquí la ley expresamente la formalidad del registro ante el registro civil, en el cual debía hacerse constar nada más que tres datos: el objeto de la sociedad, la razón social adoptada y el nombre de los socios. A este respecto, hay que traer a colación la discusión acerca de si ese registro daba personalidad jurídica o no a la sociedad civil, pues un sector de la doctrina se pronunciaba favorablemente a esta tesis,²⁷ mientras que por lado se sostenía que el registro de la sociedad civil en el registro civil solamente tenía por objeto surtir efectos frente a terceros, tal como se exige esta formalidad para otros contratos.²⁸

²⁶ Dominici. *Comentarios al Código Civil Venezolano*, pp. 86-87.

²⁷ Aníbal Dominici. *Comentarios al Código de Comercio Venezolano*. p. 127. El autor se refería al Código Civil de 1880 que, como ya se apuntó, en líneas generales se mantuvo igual en el CC22 en cuanto a la sociedad civil se refiere. Dominici. *Comentarios al Código Civil Venezolano*, pp. 81-82.

²⁸ De la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de Reforma Parcial del Código Civil que sirvió de base al CC42 se deduce que, durante la vigencia del CC22, existía una aparente imprecisión legislativa que condujo a los proyectistas a introducir el actual artículo 1.651. En efecto, en la citada Exposición se expresa que con esta última disposición “*se precisa la forma de adquirir personalidad jurídica las sociedades civiles, determinando especialmente la Oficina Subalterna de Registro dónde debe efectuarse su protocolización*”, agregándose que “*de igual manera, se llena un vacío de nuestra legislación al establecer el medio de adquirir personalidad jurídica las sociedades civiles cuando revisten una de las formas establecidas para las compañías mercantiles*”. Ver también: Luis Alfredo Araque Benzo. *Notas sobre la Sociedad Civil y el ejercicio bajo Contrato de Sociedad de Profesiones Liberales en el Derecho Venezolano*. En: ESTUDIOS DE DERECHO CIVIL. Vol. I, Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona. Fernando Parra Aranguren, Editor. Tribunal Supremo de Justicia. Colección Libros Homenaje N° 5, Caracas/Venezuela/2002.

En cuanto a la formalidad registral para las sociedades mercantiles, el registro se llevaba en los Juzgados de Comercio, según el Código Mercantil;²⁹ y la frase “sin perjuicio de lo establecido en el Código de Comercio” pareciera haberse tomado como un permiso para que la sociedad civil adoptara la forma mercantil y fuera registrada en el Registro de Comercio, que podría suponerse que era el “registro respectivo” a que se refiere el artículo 1711 del CC22. De allí que, en la práctica se planteara legalizar esta situación mediante disposición expresa de la ley.³⁰

Como se puede observar, el régimen de las sociedades, desde el tratamiento que le dio el Código de 1880 hasta el CC22 no sufrió variaciones. Para dar efectos ante terceros al contrato de sociedad civil era imprescindible su inscripción en el “registro respectivo”, condición que conducía a establecer la diferencia por el objeto entre este tipo de sociedad y la sociedad de comercio o sociedad mercantil, de donde se admite que las sociedades pueden ser civiles o comerciales. El Código Civil determinaba las reglas a que estaban sometidas todas; el Código de Comercio contenía las reglas especiales de las sociedades o compañías mercantiles, a las cuales se observaban en ellas, con preferencia a las del Código Civil, que es Derecho Común, resultando que eran sociedades comerciales las que tenían por objeto actos de comercio y, fuera de esas, las demás sociedades eran civiles, como las agrícolas, pecuarias, mineras, etc.³¹ Sin embargo, la ley mercantil sí otorgaba personalidad jurídica a las sociedades mercantiles debidamente registradas; y, por extensión, a las sociedades civiles con forma mercantil inscritas, al igual que las mercantiles, en el Registro de Comercio.

Asimismo, el contrato de sociedad civil no estaba sujeto a la escritura porque se trataba de un contrato consensual, pero si se adoptaba la forma de la sociedad mercantil, era necesario documentarla mediante la suscripción del documento constitutivo y hacer su inscripción en el registro de comercio, con lo cual nacía una persona jurídica distinta de

²⁹ Dominici. *Comentarios al Código Civil Venezolano*, p. 87.

³⁰ Ver nota 26.

³¹ Dominici. *Comentarios al Código Civil Venezolano*, p. 86.

sus asociados, en nombre colectivo, en comandita o anónima, capacitada para ser titular de derechos y obligaciones.

De acuerdo con lo expuesto, el régimen societario se podía clasificar así bajo la vigencia del Código Civil de 1880 y del CC22:

- a) La sociedad civil sin personalidad jurídica, en la cual el contrato se celebraba privadamente entre los socios;
- b) La sociedad civil sin personalidad jurídica inscrita en el Registro Subalterno para que afectara a terceros;
- c) La sociedad civil con personalidad jurídica mediante la adopción de la forma de las sociedades mercantiles y el cumplimiento de los requisitos de constitución e inscripción previstos para estas últimas.

Como se ha visto *supra*, la sociedad civil carecía de personalidad jurídica, salvo que adoptara una de las formas de las sociedades mercantiles y se inscribiera su documento constitutivo en el Registro de Comercio; pero también podía, bajo el régimen del CC22, protocolizarse en el Registro Subalterno con el objeto de que afectara a terceros.³²

En cuanto a la prueba de la existencia de la sociedad, el artículo 1711 del CC22 continuaba expresando que “respecto de los socios entre sí, la prueba

³² Con respecto al régimen registral, hay que hacer notar que, tradicionalmente, aplicó en Venezuela la distribución administrativa del registro público civil entre Registro Principal y Registro Subalterno, bajo regulación de distintas leyes denominadas Ley de Registro Público. Ahora bien, con la entrada en vigencia de la Ley de Registro Público y del Notariado, del 13 de noviembre de 2001, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 5.556 Extraordinario, se modificó sustancialmente el sistema registral y las funciones que venían cumpliendo los Registros Subalternos a través de sus respectivas Oficinas de Distrito fueron distribuidas entre el Registro Inmobiliario y el Registro Civil; y, en cuanto a la materia contractual y otros actos relacionados con la sociedad civil, la novedosa ley los atribuyó al recién creado Registro Civil. Esta advertencia es necesaria porque a lo largo de este trabajo se hará referencia al Registro Subalterno porque es esa la denominación legal a que se contrae en tanto el CC22 como el CC42. Por consiguiente, cuando se exprese Registro Subalterno, deberá entenderse que es equivalente a Registro Público a partir de la promulgación de la citada ley de 2001.

de la sociedad deberá hacerse según las reglas generales establecidas en el presente Código para la prueba de las obligaciones”, lo que obligaba, en caso de conflicto entre los socios, a acudir a los medios de prueba establecidos en el CC22 para probar la existencia del contrato social.

Ahora bien, si como indica la primera parte del citado artículo 1.711 del CC22, el contrato de sociedad no perjudica a terceros, si no se hace constar en el registro respectivo el objeto, la razón social adoptada y el nombre de los socios, el legislador también dio la posibilidad a los socios de aprovecharse de ese registro para probar la existencia de la sociedad entre ellos y frente al socio al que se le hubiere confiado la administración de la sociedad, así como la propiedad de los bienes aportados y entregados al socio administrador.

En efecto, si los socios habían acordado entregar bienes muebles al socio designado como administrador, o a otro cualquiera de ellos, se hacía necesario hacer constar tal circunstancia de alguna manera pues, en caso de mala fe, podría aquel socio administrador u otro socio poseedor alegar la presunción de propiedad que emanaba de la posesión. Por tanto, si se hacía constar el contrato de sociedad en el registro civil, allí quedaban plenamente determinados los aportes de los socios y la entrega material que de ellos hicieron a la sociedad y, por tanto, acreditada la copropiedad existente entre ellos sobre tales bienes.

De igual manera, a través del registro del contrato de sociedad se podía legitimar acciones de los socios contra terceros que contrataron con el socio administrador y, por ende, demostrar la copropiedad de los socios sobre los bienes aportados a la sociedad; y asimismo, podía ser conveniente el registro del contrato de sociedad para hacerlo valer ante los causahabientes de alguno de los socios, de la quiebra de uno de ellos y frente a los acreedores de uno de los socios en caso de que terceros pretendieran hacerse de los bienes de los socios por la circunstancia de hacer estado en la posesión del socio administrador o de cualquier socio, en los supuestos de fallecimiento, quiebra y ejecución de acreencias.

Por otra parte, registrado el contrato de sociedad en el registro civil, los terceros podían medir los riesgos de la contratación con el administra-

dor de los bienes sociales en cuanto al objeto, la razón social adoptada y el nombre de los socios, pudiendo contratar con mayor seguridad que con los socios de una sociedad civil no registrada.

Como se observa, la inscripción del contrato de sociedad en el registro civil, en efecto, afectaba a terceros, y permitía a los socios un campo de seguridad jurídica mayor.

En otro rango, en el Código de Comercio se contemplaban la asociación en participación y las sociedades accidentales. En la primera, no se revelaba al público en la forma ordenada para las sociedades de comercio, por lo que no se constituían como persona jurídica capaz de derechos y obligaciones; y las segundas estaban exentas de las formalidades establecidas para las sociedades mercantiles.³³

3. LA REFORMA INCORPORADA POR EL CC42. LA REFORMA DEL CDEC55 PARA ATRIBUIR CARÁCTER MERCANTIL A LAS SOCIEDADES CIVILES CON FORMA DE SOCIEDADES ANÓNIMAS, SALVO LAS AGROPECUARIAS

Con la entrada en vigencia del CC42, el artículo 19 dispuso que son personas jurídicas, y por tanto, capaces de obligaciones y derechos, la Nación y las entidades políticas que la componen, las iglesias de cualquier credo, las universidades y, en general, todos los seres o cuerpos morales de carácter público así como las asociaciones, corporaciones y fundaciones lícitas de carácter privado, a cuyo efecto dispuso que estas últimas adquieren la personalidad jurídica con la protocolización de su acta constitutiva en la Oficina Subalterna de Registro del Departamento o Distrito en que hayan sido creadas, donde se archivará un ejemplar auténtico de sus estatutos.³⁴ Igualmente estableció la misma norma que las fundaciones pueden establecerse por testamento.

³³ Dominici. Comentarios al Código de Comercio Venezolano, pp. 192-196.

³⁴ El artículo 64 de la Ley de Registro Público y del Notariado, a través de una sección registral, inscribirá solamente los actos de constitución, modificación, prórroga y extinción de las sociedades civiles, asociaciones, fundaciones y corporaciones de carácter privado.

No se incluyó en esa disposición a las sociedades, sino que, con respecto a las sociedades civiles y mercantiles, la misma norma estableció que se rigen por las normas legales que les conciernen que, en la realidad, no son otras que las que rigen el contrato de sociedad previsto en el CC22 y las del Código de Comercio aplicables a las sociedades mercantiles. En cuanto a la sociedad civil, el artículo 1.651 del CC42 dispone que ésta adquiere personalidad jurídica y tiene efecto contra terceros desde que se protocoliza el respectivo contrato en la Oficina Subalterna de Registro Público de su domicilio; y en relación a las sociedades mercantiles, adquieren su personalidad jurídica y tendrán efectos contra terceros cumpliendo con las formalidades exigidas por el Código de Comercio, como asienta el mismo dispositivo.³⁵

De la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de Reforma Parcial del Código Civil que sirvió de base al CC42 se deduce que, durante la vigencia del CC22, existía una imprecisión legislativa que condujo a los proyectistas a introducir el actual artículo 1.651. En efecto, en la citada Exposición se expresa que con esta última disposición *“se precisa la forma de adquirir personalidad jurídica las sociedades civiles, determinando especialmente la Oficina Subalterna de Registro donde debe efectuarse su protocolización”*, agregándose que *“de igual manera, se llena un vacío de nuestra legislación al establecer el medio de adquirir personalidad jurídica las sociedades civiles cuando revisten una de las formas establecidas para las compañías mercantiles”*.

Con base a esta motivación de los proyectistas, el CC42 introdujo el artículo 1.651, según el cual

las sociedades civiles adquieren personalidad jurídica y tienen efecto contra terceros desde que se protocoliza el respectivo contrato en la Oficina Subalterna de Registro Público de su domicilio. Si las sociedades revisten una de las formas establecidas para las sociedades mercantiles, adquieren personalidad jurídica y tendrán efecto contra terceros, cumpliendo las formalidades exigidas por el Código de Comercio.

³⁵ Ver artículos 200-226 CdeC55.

De acuerdo con esta disposición, la sociedad civil puede adquirir personalidad jurídica y producir efectos frente a terceros de dos maneras: Una, mediante la protocolización del contrato de sociedad en el Registro Subalterno de su domicilio; y otra, adoptando una de las formas establecidas para las sociedades de comercio y cumpliendo con los requerimientos solicitados por el Código de Comercio, en cuyo caso la sociedad no es mercantil, de modo que el contrato social correspondiente no constituye un acto de comercio, ni los socios adquieren nunca cualidad de comerciantes por razón de la sociedad, ni los actos del ente pueden ser calificados como actos subjetivos de comercio, ni la sociedad está sujeta a las obligaciones profesionales de los comerciantes ni puede ser declarada en quiebra, y por su estructura y funcionamiento se rigen por las normas mercantiles correspondientes a la forma mercantil adoptada.³⁶

La personalidad meramente jurídica de la sociedad civil, por tanto y en contraste con la natural a toda persona humana, es una creación de la ley, que establece los requisitos para su nacimiento, vale decir, se da a luz una persona jurídica diferente a la de los socios, capaz de tener derechos y de obligarse frente a los socios y frente a terceros.³⁷

Sin embargo, ese derecho a asumir las formas mercantiles quedó limitado a las sociedades en nombre colectivo y en comandita, pues el artículo 200 del CdeC55 que expresamente dispone que

³⁶ José Luis Aguilar Gorrondona. Contratos y Garantías. Derecho Civil IV. 7ª Edición revisada y puesta al día. Manuales de Derecho, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1989, p. 437. Morles Hernández, *Op. Cit.*, p. 575 sostiene que en el sistema venezolano solamente se reconocen dos tipos de sociedades civiles: las que tienen personalidad jurídica por haberla adquirido mediante la protocolización del contrato de sociedad en la Oficina Subalterna de Registro Público, en cuyo caso la sociedad civil adquiere autonomía patrimonial; y las que no tienen personalidad jurídica por no haber cumplido con la protocolización del contrato y en las cuales los bienes no pertenecen a la sociedad sino que están en comunidad entre sus miembros. Araque Benzo, *Op. Cit.*, p. 59 expresa que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 200 del CC55, la forma mercantil confiere carácter mercantil a la actividad que realiza la persona jurídica, con lo cual parece afirmar que una sociedad civil no puede adoptar ninguna de las formas mercantiles.

³⁷ Araque Benzo, *Op. Cit.*, p. 71.

sin perjuicio de lo dispuesto por leyes especiales, las sociedades anónimas y las de responsabilidad limitada tendrán siempre carácter mercantil, cualquiera que sea su objeto, salvo cuando se dediquen exclusivamente a la explotación agrícola o pecuaria.

De esta disposición se deduce que las sociedades civiles pueden adoptar las formas de la sociedad anónima o de responsabilidad limitada, salvo que su objeto sea la explotación agrícola o pecuaria, pero pueden adquirir la personalidad jurídica adoptando la forma de sociedad en nombre colectivo o en comandita y cumpliendo los requisitos exigidos por el CdeC55.

En este sentido, son aplicables a la sociedad civil con personalidad jurídica, todos los principios fundamentales que rigen la responsabilidad patrimonial de las personas, por lo que la responsabilidad del deudor es meramente patrimonial en el sentido de que éste sólo está sujeto con sus bienes a satisfacer (eventualmente en forma forzosa) el derecho de sus acreedores; es ilimitada en el sentido de que el obligado está sujeto a cumplir su obligación con todos sus bienes habidos y por haber (artículo 1.863 del CC42), todos los bienes del deudor quedan sujetos de manera uniforme al cumplimiento de las obligaciones, y todos los acreedores tienen sobre los bienes del deudor un derecho igual (salvo los privilegios y garantías).³⁸

CONCLUSIONES

Como se puede observar, la reforma, en la manera en que fuera realizada por el legislador de 1942 no ha dejado de tener sus inconvenientes desde el punto de vista jurídico. Para dotar de personalidad jurídica al contrato de sociedad bastaba, solamente, que se mantuviera el sistema adoptado por el CC22 en el sentido de que la sociedad civil adquiriría su personalidad jurídica aplicando el régimen previsto para las sociedades mercantiles, es decir, adoptando la forma de sociedad mercantil y registrándose en el Registro de Comercio, con la excepción contenida en la reforma del CdeC55 mediante la cual se dispuso que, sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales, las sociedades anónimas y las de responsabilidad limitada ten-

³⁸ Araque Benzo, *Op. Cit.*, p. 72.

drán siempre carácter mercantil, cualquiera sea su objeto, salvo cuando se dediquen exclusivamente a la explotación agrícola o pecuaria.

En todo caso, a lo largo de la experiencia vivida, luego de la reforma de hace algo más de sesenta (60) años, se pueden formular las siguientes críticas:

1.- No hay obligación de llevar contabilidad de la sociedad civil ni hacer declaraciones públicas de balances o estados de ganancias y pérdidas lo cual imposibilita, a los socios y a los terceros, determinar la marcha de la sociedad. Por supuesto, al momento de protocolizar el contrato de sociedad, los socios pueden establecer esta obligación, pero es meramente voluntario, de manera que igualmente pueden obviar esa posibilidad.

2.- El registro civil es inoperante para crear un verdadero expediente de la sociedad que permita a los terceros acceder a esa información pues, solamente se inscriben en el Registro Público los actos de constitución, modificación, prórroga y extinción de las sociedades civiles, asociaciones, fundaciones y corporaciones de carácter privado, por documentos separados sin referencias cruzadas.

3.- No hay obligación de llevar inventarios, con lo que, al igual a lo que sucede con la crítica previamente expuesta, se imposibilita a socios y terceros de determinar cuáles bienes han sido aportados y cuáles adquiridos por la sociedad en su ejercicio, ni cómo se han repartido las utilidades.

4.- No hay una formalidad para modificar el régimen de funcionamiento y de representación de la sociedad, pues ello puede hacerse de manera privada, incluso verbalmente, sin que surta efectos frente a terceros, quienes nunca podrán determinar quién ostenta la representación jurídica de la sociedad. *Verbigracia*, los socios pueden reunirse en Asamblea de Socios y resolver sustituir los administradores que figuran en el documento constitutivo de la sociedad, así como

pueden disponer sobre otros asuntos que interesen a terceros, sin que tengan la obligación de protocolizar su decisión en el Registro Público.

5.- Hay una multiplicación de sociedades civiles sin control alguno, de las cuales unas son utilizadas para servir de estructura jurídica a sociedades profesionales,³⁹ y otras como entidades para dar andamiaje jurídico a determinadas organizaciones de la sociedad civil (ONG) y a universidades privadas, como si se tratara, en algunos casos, de sociedades mercantiles donde priva el capital sobre los derechos de las personas asociadas, sin respetar la cualidad *intuitu personae* del contrato social.

6.- Existe la posibilidad de casos de homonimia entre más de una sociedad civil al no haber un registro centralizado, como lo hay en el registro de comercio, que impida la duplicidad o repetición de la misma denominación social.

7.- Por otra parte, quedó igualmente vago si la sociedad civil que adopta una forma mercantil queda de un todo sometida en cuanto a su funcionamiento al Código de Comercio o si, simplemente, tiene que cumplir el requisito inicial de inscribir su documento o declaración constitutiva.⁴⁰

Como conclusión general, la reforma, en la manera como fue acometida por el legislador del CC42, además de crear la sociedad civil con perso-

³⁹ En Venezuela no existe, como en otros países, una ley expresa que regule la licitud de las sociedades de profesionales, como en Italia, donde la ley del 23 de noviembre de 1939 regula el ejercicio en grupo de las actividades profesionales; y Francia, donde la Ley de 29 de noviembre de 1966 distingue las *sociétés civiles professionnelles* de las *sociétés civiles de moyens*. Sobre esta materia ver: José Mélich Orsini. *El ejercicio de la abogacía dentro de un Despacho Colectivo*. También, Luis Alfredo Araque Benzo. *Notas sobre la Sociedad Civil y el Ejercicio bajo Contrato de Sociedad de Profesiones Liberales en el Derecho Venezolano*. Ambos en: *Estudios de Derecho Civil*. Vol. I, Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona. Fernando Parra Aranguren, Editor. Tribunal Supremo de Justicia. Colección Libros Homenaje N° 5, Caracas/Venezuela/2002.

⁴⁰ Vale aquí recordar la opinión de Aguilar Gorrondona, citada *supra*, según la cual la estructura y funcionamiento del ente se rigen por las normas mercantiles correspondientes a la forma mercantil adoptada. Ver nota 36.

nalidad jurídica a través de su registro civil, sin obligaciones registrales de ciertos actos en beneficio de los terceros; no impuso a los socios y administradores, expresamente, el registro anual de sus estados financieros, ni la contabilidad mercantil, ni el inventario anual, así como tampoco la obligación de registrar sus cambios internos de representación y administración ante terceros, obligaciones éstas que pareciera cumplir voluntariamente las sociedades civiles con forma mercantil.

RECOMENDACIÓN

De los breves comentarios que preceden, se patentiza con meridiana claridad que el legislador del CC42, pese a sus buenas intenciones, se quedó corto en su deseo de dotar a la sociedad civil de una personalidad jurídica funcional mediante el registro del contrato social en el registro civil, dejando de lado el medio que legalmente existía en el CC22 para que aquel tipo de sociedad adquiriera la personalidad jurídica en la forma como lo preveía la legislación comercial, es decir, dando cumplimiento a los requisitos para la constitución y registro de las sociedades mercantiles y sometiendo la reforma a las mismas obligaciones que las sociedades mercantiles.

Por consiguiente, sería recomendable que una futura reforma legislativa del CC42 acometa la labor de regular el régimen de la sociedad civil, de manera similar a como se reglamenta la sociedad mercantil, de forma tal que se logre una mayor seguridad jurídica para los socios de aquellas sociedades y para quienes contratan con ellas.

APÉNDICE

Código Civil 1922	Código Civil 1942
TÍTULO X De la sociedad Art. 1.708.- La sociedad es un contrato por el cual convienen dos o más personas en poner alguna cosa en común, con el fin de repartir entre sí los beneficios que de ello resulten. No se entiende por beneficio el puramente moral, no apreciable en dinero.	TÍTULO X De la sociedad Art. 1.649.- El contrato de sociedad es aquel por el cual dos o más personas convienen en contribuir, cada una con la propiedad o el uso de las cosas, o con su propia industria, a la realización de un fin económico común.
Art. 1.709.- Toda sociedad debe tener por objeto una cosa lícita y contraerse en interés común de los asociados. Cada asociado debe aportar a ella dinero u otros bienes, o su industria.	
Art. 1.710.- Se prohíbe toda sociedad a título universal, sea de bienes presentes y venideros, o de unos u otros. Se prohíbe asimismo toda sociedad de ganancias a título universal, excepto entre cónyuges. Pueden, con todo, ponerse en sociedad cuantos bienes se quieran, especificados.	Art. 1.650.- Se prohíbe toda sociedad a título universal, sea de bienes presentes y venideros, o de unos u otros.
Art. 1.711.- El contrato de sociedad no perjudica a terceros, si no se hace constar en el registro respectivo el objeto, la razón social adoptada y el nombre de los socios; esto sin perjuicio de lo dispuesto en el Código de Comercio.	Art. 1.651.- Las sociedades civiles adquieren personalidad jurídica y tienen efecto contra terceros desde que se protocoliza el respectivo contrato en la Oficina Subalterna de Registro Público de su domicilio.

Código Civil 1922	Código Civil 1942
Respecto de los socios entre sí, la prueba de la sociedad deberá hacerse según las reglas generales establecidas en el presente Código para la prueba de las obligaciones.	Si las sociedades revisten una de las formas establecidas para las sociedades mercantiles, adquieren personalidad jurídica y tendrán efecto contra terceros por el Código de Comercio. Respecto de los socios entre sí, la prueba de la sociedad deberá hacerse según las reglas generales establecidas en el presente Código para la prueba de las obligaciones.
CAPÍTULO I De las obligaciones de los asociados	CAPÍTULO I De las obligaciones de los asociados
SECCIÓN PRIMERA De las obligaciones de los asociados entre sí	SECCIÓN PRIMERA De las obligaciones de los asociados
Art. 1.712.- La sociedad comienza desde el momento mismo de la celebración del contrato, si no se ha pactado otra cosa.	Art. 1.652.- La sociedad comienza desde el momento mismo de la celebración del contrato, si no se ha pactado otra cosa.
Art. 1.713.- Si no hay convención sobre la duración de la sociedad, se entiende contraída por toda la vida de los asociados, bajo las modificaciones del artículo 1.738. Si se trata de un negocio que no debe durar sino por un tiempo determinado, la sociedad se presume contraída por todo el tiempo que debe durar este negocio.	Art. 1.653.- Si no hay convención sobre la duración de la sociedad, se entiende contraída por tiempo ilimitado, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1.677. Si se trata de un negocio que no debe durar sino por un tiempo determinado, la sociedad se presume contraída por todo el tiempo que debe durar este negocio.

Código Civil 1922	Código Civil 1942
Art. 1.714.- Cada asociado es deudor de la sociedad de todo cuanto ha prometido aportar a ella. El socio que ha aportado a la sociedad un cuerpo cierto está obligado al saneamiento de la misma manera que el vendedor lo está respecto del comprador.	Art. 1.654.- Cada asociado es deudor a la sociedad de todo cuanto ha prometido aportar a ella. El socio que ha aportado a la sociedad un cuerpo cierto está obligado al saneamiento de la misma manera que el vendedor lo está respecto del comprador.
Art. 1.715.- El socio que se ha obligado a aportar una cantidad de dinero y no lo ha cumplido, responde de los intereses desde el día que debió aportarla y también de los daños y perjuicios, si hubiere lugar a ello. Esta disposición se aplica al socio que toma para su utilidad personal alguna cantidad perteneciente a la sociedad, a contar desde el día en que la tome.	Art. 1.655.- El socio que se ha obligado a aportar una cantidad de dinero y no lo hubiere oportunamente, responderá de los intereses desde el día en que se debió entregarla, y también de los daños y perjuicios si hubiere lugar a ello. Esta disposición se aplica al socio que toma para su utilidad personal alguna cantidad perteneciente a la sociedad, a contar del día en que la tome.
Art. 1.716.- Los socios que se han comprometido a emplear su industria en la sociedad deben dar cuenta de todas las ganancias hechas con la especie de industria que es objeto de la sociedad.	Art. 1.656.- El socio industrial debe a la sociedad las ganancias que durante ella haya obtenido en el ramo de industria que sirve de objeto a la misma.
Art. 1.717.- Si uno de los socios es acreedor, por su cuenta particular, de una cantidad exigible a una persona que es también deudora a la sociedad de una cantidad igualmente exigible, debe imputar lo que recibe del deudor, sobre el crédito de la sociedad y sobre el suyo, en la proporción de los dos créditos, aun cuando por el recibo hubiese hecho la imputación íntegra sobre su crédito particular; pero si ha declarado en el recibo que la imputación se había hecho íntegramente sobre el crédito de la sociedad, esta declaración tendrá efecto.	Art. 1.657.- Si uno de los socios es acreedor, por su cuenta particular, de una cantidad exigible a una persona que es también a la sociedad de una cantidad igualmente exigible, debe imputar lo que recibe del deudor sobre el crédito de la sociedad y sobre el suyo, en la proporción de los dos créditos, aun cuando por el recibo hubiese hecho la imputación íntegra sobre su crédito particular; pero si ha declarado en el recibo que la imputación se había hecho íntegramente sobre el crédito de la sociedad, esta declaración tendrá efecto.

Código Civil 1922	Código Civil 1942
Art. 1.718.- Si uno de los socios ha recibido por entero su parte en un crédito social, y el deudor se hace después insolvente, este socio debe traer a la masa cuanto ha recibido, aunque haya dado recibo especialmente por su parte.	Art. 1.658.- Si uno de los socios es acreedor, por su cuenta particular, de una cantidad exigible a una persona que es también deudora a la sociedad de una cantidad igualmente exigible, debe imputar lo que recibe del deudor sobre el crédito, aun cuando por el recibo hubiese hecho la imputación íntegra sobre su crédito particular; pero si ha declarado en el recibo que la imputación se había hecho íntegramente sobre el crédito de la sociedad, esta declaración tendrá efecto.
	Art. 1.658.- Si uno de los socios ha recibido por entero su parte en un crédito social, y el deudor se hace después insolvente, este socio debe traer a la masa cuando ha recibido, aunque haya dado recibo especialmente por su parte.
Art. 1.719.- Todo socio debe responder a la sociedad de los perjuicios que por su culpa le haya causado, y no puede compensarlos con los beneficios que le haya proporcionado en otros negocios.	Art. 1.659.- Todo socio debe responder a la sociedad de los perjuicios que por su culpa le haya causado, y no puede compensarlos con los beneficios que le haya proporcionado en otros negocios.
Art. 1.720.- Si las cosas cuyo sólo goce ha sido puesto en la sociedad consisten en cuerpos ciertos y determinados que no se consumen por el uso, quedan a riesgo del socio que sea su propietario.	Art. 1.660.- Si las cosas cuyo sólo goce ha sido puesto en la sociedad, consisten en cuerpos ciertos y determinados que no se consumen por el uso, quedan a riesgo del socio que sea su propietario.

Código Civil 1922	Código Civil 1942
Si las cosas se consumen por el uso, si se deterioran guardándolas, si se han destinado a la venta, o si se han puesto en sociedad con estimación constante de inventario, quedan a riesgo de la sociedad. Si la cosa se ha estimado, el socio no puede repetir sino el monto de la estimación.	Si las cosas se consumen por el uso, si se deterioran guardándolas, si se han destinado a la venta, o si se han puesto en sociedad con estimación constante de inventario, quedan a riesgo de la sociedad. Si la cosa se ha estimado, el socio no puede repetir sino el monto de la estimación.
	Art. 1.661.- El socio tiene acción contra la sociedad, no sólo por la restitución de los capitales desembolsados por cuenta de ella, sino también por las obligaciones contraídas de buena fe en los negocios de la sociedad y por los riesgos inseparables de su gestión.
Art. 1.722.- Si el contrato de sociedad no determina la parte de cada socio en los beneficios o en las pérdidas, esta parte es proporcional al aporte de cada uno al fondo social. Respecto de aquel que no ha aportado sino su industria, su parte en los beneficios o en las pérdidas se regula como la parte del socio que ha aportado menos.	Art. 1.662.- Si el contrato de sociedad no determina la parte de cada socio en los beneficios o en las pérdidas, esta parte es proporcional al aporte de cada uno al fondo social. Respecto de aquel que no ha aportado sino su industria, su parte en los beneficios o en las pérdidas se regula como la parte del socio que ha aportado menos.
Art. 1.723.- Si los socios han convenido en confiar a un tercero la designación de la parte de cada uno en las ganancias y pérdidas, solamente podrá impugnarse la designación hecha, cuando evidentemente se haya faltado a la equidad; y ni aun por esta causa podrá reclamar el socio que haya principiado a ejecutar la decisión del tercero, o que no la haya impugnado en el término de tres meses contados desde que le fue conocida.	Art. 1.663.- Si los socios han convenido en confiar a un tercero la designación de la parte de cada uno en las ganancias y pérdidas, solamente podrá impugnarse la designación hecha, cuando evidentemente se haya faltado a la equidad; y ni aun por esta causa podrá reclamar el socio que haya principiado a ejecutar la decisión del tercero, o que no la haya impugnado en el término de tres meses, contados desde que le fue conocida.

Código Civil 1922	Código Civil 1942
Art. 1.724.- Es nula la cláusula que aplique a uno solo de los socios la totalidad de los beneficios, y también la que exima de toda parte en las pérdidas la cantidad o cosa aportadas por uno o más socios.	Art. 1.664.- Es nula la cláusula que aplique a uno solo de los socios la totalidad de los beneficios, y también la que exima de toda parte en las pérdidas la cantidad o cosas aportadas por uno o más socios. El socio que no ha aportado sino su industria, puede ser exonerado de toda contribución en las pérdidas.
Artículo 1.725.- El socio, encargado de la administración por una cláusula especial del contrato de sociedad puede ejecutar, no obstante la oposición de los demás socios, todos los actos que dependan de la administración, con tal de que no lo haga con fraude. Este poder no puede revocarse mientras exista la sociedad, sin causa legítima; pero, si se ha dado por acto posterior al contrato de sociedad, es revocable como un simple mandato.	Art. 1.665.- El socio encargado de la administración por una cláusula especial del contrato de sociedad, puede ejecutar, no obstante la oposición de los demás socios, todos los actos que dependan de la administración, con tal de que no lo hagan con fraude. Esta facultad no puede revocarse sin causa legítima mientras exista la sociedad; pero, si se ha dado por acto posterior al contrato de sociedad, es revocable como un simple mandato.
Art. 1.726.- Cuando dos o más socios han sido encargados de la administración social, sin determinarse sus funciones o sin haberse expresado que no podrían obrar los unos sin el consentimiento de los otros, cada cual puede ejercer todos los actos de administración separadamente.	Art. 1.666.- Cuando dos o más socios han sido encargados de la administración social, sin determinarse sus funciones o sin haberse expresado que no podrían obrar los unos sin el consentimiento de los otros, cada cual puede ejercer todos los actos de administración separadamente.

Código Civil 1922	Código Civil 1942
Art. 1.727.- Si se ha estipulado que uno de los administradores no puede hacer nada sin el otro, uno solo no puede, sin nueva convención, obrar en ausencia del otro, aun cuando éste se halle en la imposibilidad actual de concurrir a los actos de administración; a menos que se trate de un acto urgente de cuya omisión podría resultar perjuicio grave e irreparable para la sociedad.	Art. 1667.- Si ha sido convenido que los administradores deben decidir por unanimidad o por mayoría, no puede prescindirse de la una ni de la otra sino en el caso de que se trate de un acto urgente, de cuya omisión pueda resultar un grave e irreparable perjuicio para la sociedad.
Art. 1.730.- Cada socio puede por sí solo asociar a un tercero en su parte; pero no asociarlo a la compañía sin el consentimiento unánime de todos, aunque sea administrador.	Art. 1.668.- A falta de estipulaciones especiales sobre el modo de administración, se observarán las reglas siguientes: 1° Se presume que los socios se han dado recíprocamente el poder de administrar el uno por el otro. Lo que cada uno es válido, aun por la parte de sus consorcios, sin que haya tenido consentimiento de ellos, salvo a cada uno de éstos el derecho de oponerse a la operación antes de que ésta esté concluida. 2° Cada socio puede servirse de las cosas pertenecientes a la sociedad, con tal que las emplee según el destino que les haya fijado el uso, y que no se sirva de ellas contra el interés de la sociedad o de modo que impida a sus compañeros servirse de ellas, según sus respectivos derechos. 3° Cada socio tiene derecho de obligar a los demás a contribuir con él a los gastos necesarios para la conservación de las cosas de la sociedad. 4° Uno de los socios no puede hacer innovaciones sobre las cosas de la sociedad, aunque las crea ventajosas a ésta, si los demás socios no consienten en ello.

Código Civil 1922	Código Civil 1942
	Art.- 1.669.- Los socios no administradores no pueden inmiscuirse en la administración; pero, tienen el derecho de imponerse personalmente de los libros, documentos y correspondencia de la sociedad. Toda cláusula contraria es nula.
	Art. 1.670.- Cuando una decisión deba tomarse por mayoría, ésta se computará por personas y no por haberes, salvo convención en contrario.
SECCIÓN SEGUNDA	SECCIÓN SEGUNDA
De las obligaciones de los socios para con los terceros	De las obligaciones de los socios para con los terceros
Art. 1.731.- En las sociedades que no sean de comercio, los socios no son responsables solidariamente de las deudas sociales, y uno de los socios no puede obligar a los demás, si éstos no le han conferido poder para ello.	Art. 1.671.- En las sociedades que no sean de comercio, los socios no son responsables solidariamente de las deudas sociales, y uno de los socios no puede obligar a los demás, si éstos no le han conferido poder para ello.
Art. 1.732.- Los socios son responsables para con el acreedor con quien han contratado, cada uno por una cantidad y partes iguales, aunque alguno de ellos tenga en la sociedad una parte menor, si el contrato no ha restringido especialmente la obligación de éste a esta última parte.	Art. 1.672.- Los socios son responsables para con el acreedor con quien han contratado, cada uno por una cantidad y partes iguales, aunque alguno de ellos tenga en la sociedad una parte menor, si el contrato no ha restringido especialmente la obligación de éste a esta última parte.
Art. 1.733.- La estipulación de que la obligación se ha contraído por cuenta de la sociedad, obliga únicamente al socio que la haya contraído y no a los demás, a menos que éstos le hayan conferido poder para ello, o que la cosa se haya convertido en provecho de la sociedad.	

Código Civil 1922	Código Civil 1942
CAPÍTULO II De los modos de extinguirse la sociedad	CAPÍTULO II De los modos de extinguirse la sociedad
Art. 1.734.- La sociedad se extingue: 1° Por la expiración del plazo por el cual se ha constituido. 2° Por el perecimiento de la cosa o la consumación del negocio. 3° Por la muerte de uno de los socios. 4° Por la intervención, insolvencia o quiebra de uno de los socios. 5° Por la voluntad expresa de uno o varios socios de no querer continuar la sociedad.	Art. 1.673.- La sociedad se extingue: 1° Por la expiración del plazo por el cual se ha constituido. 2° Por la consumación del negocio o la imposibilidad de realizarlo. 3° Por la muerte de uno de los socios. 4° Por la interdicción, insolvencia o quiebra de uno de los socios. 5° Por la voluntad expresa de uno o varios socios de no querer continuar la sociedad.
Art. 1.735.- La prorrogación de una sociedad, contraída por un tiempo limitado, no puede probarse sino por los medios admisibles para probar la existencia misma del contrato de sociedad.	Art. 1.674.- La prorrogación de una sociedad, contraída por un tiempo limitado, no puede probarse sino por los medios admisibles para probarse sino por los medios admisibles para probar la existencia misma del contrato de sociedad.
Art. 1.736.- Si uno de los socios ha prometido poner en común la propiedad de una cosa, y ésta perece antes de haber sido realmente aportada, la sociedad queda disuelta respecto de todos los socios. Queda igualmente disuelta en todos los casos por la pérdida de la cosa, cuando el solo goce ha sido puesto en común y la propiedad continúa correspondiendo al socio. No se disuelve por la pérdida de la cosa cuya propiedad se ha aportado a la sociedad.	Art. 1.675.- Si uno de los socios ha prometido poner en común la propiedad de una cosa, y ésta perece antes de haber sido realmente aportada, la sociedad queda disuelta respecto de todos los socios. Queda igualmente disuelta en todos los casos por la pérdida de la cosa, cuando el solo goce ha sido puesto en común y la propiedad continúa correspondiendo al socio. No se disuelve por la pérdida de la cosa cuya propiedad se ha aportado a la sociedad.

Código Civil 1922	Código Civil 1942
CAPÍTULO II De los modos de extinguirse la sociedad	CAPÍTULO II De los modos de extinguirse la sociedad
Art. 1.737.- Se puede estipular que en caso de muerte de uno de los socios continúe la sociedad con sus herederos o sólo entre los socios sobrevivientes. En el segundo caso los herederos no tienen derecho sino a que se haga la partición, refiriéndola al día de la muerte de su causante; y no participan en los derechos y obligaciones posteriores, sino en cuanto sean consecuencia necesaria de las operaciones ejecutadas antes de la muerte del socio a quien suceden.	Art. 1.676.- Se puede estipular que en caso de muerte de uno de los socios continúe la sociedad con sus herederos, o sólo entre los socios sobrevivientes. En el segundo caso los herederos no tienen derecho sino a que se haga la partición, refiriéndola al día de la muerte de su causante; y no participan en los derechos y obligaciones posteriores, sino en cuanto sean consecuencia necesaria de las operaciones ejecutadas antes de la muerte del socio a quien suceden.
Art. 1.738.- La disolución de la sociedad por la voluntad de una de las partes no se aplica sino a las sociedades cuya duración es limitada y se efectúa por una renuncia notificada a todos los socios, con tal de que esta renuncia sea de buena fe, y hecha en tiempo oportuno.	Art. 1677.- La disolución de la sociedad por la voluntad de una de las partes no se aplica sino a las sociedades cuya duración es limitada y se efectúa por una renuncia notificada a todos los socios, con tres meses de anticipación. En todo caso, la renuncia debe ser de buena fe y no intempestiva.
Art. 1.739.- La renuncia no es de buena fe cuando el socio la hace para apropiarse él solo los beneficios que los socios se habían propuesto sacar en común. Es inoportuna e intempestiva cuando las cosas no están íntegras, e interesa a la sociedad que la disolución se difiera.	Art. 1.678.- La renuncia no es de buena fe cuando el socio la hace para apropiarse él solo de los beneficios que los socios se habían propuesto sacar en común. Es inoportuna e intempestiva cuando las cosas no están íntegras, e interesa a la sociedad que la disolución se difiera.

Código Civil 1922	Código Civil 1942
Art. 1.740.- La disolución de la sociedad contraída por un tiempo limitado no puede pedirse por uno de los socios antes de la expiración del tiempo convenido, a menos que haya motivos, como en el caso de que uno de los socios falte a su compromiso o de que una enfermedad habitual lo haga inhábil para los negocios de la sociedad u otros casos semejantes.	Art. 1.679.- La disolución de la sociedad contraída por un tiempo limitado, no puede pedirse por uno de los socios antes de la expiración del tiempo convenido, a menos que haya justos motivos, como en el caso de que uno de los socios falte a su compromiso, o de que una enfermedad habitual lo haga inhábil para los negocios de la sociedad, u otros casos semejantes.
Art. 1.741.- Las reglas concernientes a la partición de la herencia, a la forma de esta partición y a las obligaciones que de ella resultan entre los coherederos son aplicables a las particiones entre los socios.	CAPÍTULO III De la liquidación y partición Art. 1.680.- Las reglas concernientes a la partición de la herencia, a la forma de esta partición y a las obligaciones que de ella resultan entre los coherederos, son aplicables en cuanto sea posible a las particiones entre los socios.
	Art. 1.681.- La personalidad de la sociedad subsiste para las necesidades de la liquidación, hasta el fin de ésta.
	Art. 1.682.- Con la disolución de la sociedad cesan los poderes de los administradores. Llegado el caso de proceder a la liquidación, ésta se hará por todos los asociados o por un liquidador que ellos designarán por unanimidad. En caso de desacuerdo, el nombramiento será hecho por el Juez a solicitud de cualquiera de los asociados. El liquidador, en ambos casos, no podrá ser removido sino por justos motivos.

Código Civil 1922	Código Civil 1942
	Art. 1.683.- Después de pagados los acreedores sociales, de separadas las sumas necesarias para el pago de las deudas no vencidas o litigiosas, y después de haber reembolsado los gastos o anticipos que hubiere hecho cualquiera de los asociados en interés de la sociedad, el activo social será repartido entre todos los socios. Cada uno tomará una suma igual al valor de su aporte, a menos que éste haya consistido en su industria o en el uso o goce de una cosa. Si aún quedare un excedente, éste será repartido entre los asociados en proporción a la parte de cada uno en los beneficios. Si el líquido partible es insuficiente para cubrir la totalidad de los aportes, la pérdida se repartirá entre los asociados en la proporción estipulada.

Ser, vida y dignidad humana

Ludwig SCHMIDT H.*

RESUMEN:

Introducción

1. ¿Qué es el ser humano?
2. ¿Qué es la vida?
3. Antecedentes.
4. Algunos problemas de Bioética y Derecho.
5. Declaración “Compromiso Universal por la Dignidad Humana”.

INTRODUCCIÓN

El presente artículo, y dentro de las restricciones del mismo, pretende relacionar tres aspectos que a veces no se integran adecuadamente.

* Profesor Asociado de la **Universidad Católica Andrés Bello**. Dicta las cátedras de Ética de la Profesión en la Escuela de Administración y Contaduría, Introducción al Estudio del Hombre y Bioética y Derecho en la Escuela de Derecho; Investigador del **Centro de Estudios Religiosos** donde coordina el Grupo Transdisciplinario de Bioética. Miembro asociado en la Directiva del **Centro Nacional de Bioética**. Miembro del **Global Bioethical Network**. **Miembro del Comité Científico de la Sociedad Internacional de Bioética, Sección Latinoamérica**.

Me refiero al término y concepto de ser humano y vida del ser, con la vida y ciencia para la vida del ser.

1. ¿QUÉ ES EL SER HUMANO?

Si se parte del significado, el término “ser” corresponde al infinitivo sustantivado de “es”. Por otro lado, “ser”, específicamente en este trabajo, es asumido desde la concepción existencialista de Heidegger o Zubiri, ya que se utilizará el infinitivo “ser” de la misma manera que el participio “ente”.¹ Así como no se puede definir explícitamente el significado de la expresión finita “es”, así tampoco se puede hacer con el significado del infinitivo sustantivado “ser”. Sin pretender comenzar un desarrollo filosófico, se deja en claro que la expresión “es” significa una relación de inclusión de elementos (p.ej.: “A es una letra”), una inclusión de clases (p.ej.: “A es una letra mayúscula y del alfabeto”), pero la que nos interesa en nuestro estudio es la existencial, la esencia que lleva a una doctrina del ente o de la ontología del ser.

El término “ser” es adjetivado el término “humano”, un género neutro que involucra al conjunto de los hombres y mujeres, y también, destaca una serie de cualidades positivas, p.ej.: bondad, caritativo, indulgente o filántropo. Luego, la adjetivación del ser busca cualificar su esencia y la eticidad de sus actos. Más aún, cuando el ser humano pertenece a la especie catalogada como *homo sapiens sapiens*. La valoración positiva de “lo humano” se constituye como telón de fondo y como sensibilidad ambiental de las consideraciones éticas y morales. La “dignidad del hombre” se convierte en categoría aglutinadora de las aspiraciones y realizaciones del espíritu humano. Y ello, es algo que no puede pasar desapercibido, por que constituye parte de la ontología del “ser humano”, de su ontogenia y fundamento de su teleología de vida. La categoría de la dignidad humana recuerda permanentemente la idea de que cada uno de nosotros es único, insustituible, necesario; de que tiene valor por u mismo, es libre y puede elegir por sí mismo su destino, tiene que hacer su vida, existe para Dios,

¹ Cf. Millán Puelles, Antonio: *Ente y propiedades del ente*. En *Léxico Filosófico* (Rialp) [<http://www.arvo.net/includes/documento.php?IdDoc=4094&IdSec=684>].

que lo conoce por su nombre y lo llamará un día. Por supuesto, esta valoración del individuo como algo absoluto no supone una postura privatística y un subjetivismo desencarnado.

Desde la antropología, la definición del “ser humano”, su concepción como ser persona se determina como una realidad particular de cada uno, como individualidad, con su intimidad o personeidad.² Aspectos que toma el derecho y lo enfatiza más en “lo que posee o tiene”, en su “arraigo”. Vulgarmente el término “persona” es sinónimo del término “hombre y mujer” y de “ser humano”. Esta acepción, que ha tenido sus excepciones históricas, en hombres que no han tenido la consideración de ser personas desde el punto de vista jurídico, y que nos sirve hoy, para una aproximación certera a lo más profundo del concepto, la idea filosófica de “persona”, pero en nuestro caso, más a la de “ser humano”.

La solución dependerá casi en su totalidad de la respuesta que se le dé a la pregunta sobre ¿qué es el ser-humano? De allí, que el interés está en reflexionar sobre la noción de la persona planteándose dos preguntas, una ontológica y otra ética: ¿qué es el ser humano? Y, ¿cuál es su valor? En el fondo, lo que está en juego es el dilema si el ser humano es un *sujeto* o un *objeto*; en otras palabras, una *cosa*. ¿Acaso la desensibilización del ser humano no lo lleva a la masificación y cosificación de los otros congéneres? ¿La pérdida de nuestra capacidad de asombro no nos hace más indiferentes?

El ser humano es algo más que cuerpo y algo más que espíritu, es una relación, es una participación es una común-unió consigo, con-lo-de-más y con su ambiente. El ser tiene que ser concebido desde un punto

² Marciano Vidal nos dice: “Según la terminología de Zubiri, refleja la dimensión última de la estructura del ser personal. Designa la conformación de la individualidad viva, en cuanto determinada por el espíritu. La personeidad lleva consigo la interioridad de la autoconciencia, y de la autoposición. Esta interioridad y esta autoposición hacen de la persona un ser incommensurable y un ser que escapa de todo dominio”. [*Diccionario de Ética Teológica* (Estella, Verbo Divino, 1991) p. 459]

de vista integral, desde su ser individual y único. El ser humano puede ser visto desde un ser-biológico, un ser-psicológico y un ser-ecosocial, cada uno de estos seres tiene sus dimensiones particulares, tal y como se ilustran en la figura N° 1. Aunque en este momento no se profundizará en materia de antropología teológica, filosófica o cultural, sólo se enunciarán algunos detalles de interés.

El ser-biológico

Todos los seres comparten mecanismos biológicos, formas de estructuración, funcionamiento celular y sistemas moleculares de cuya ajustada y homeostática operación dependerá la salud y la vida de los mismos. Uno de estos denominadores comunes corresponde a su código genético, el cual define el fenotipo y genotipo del ser en cuestión y filogenéticamente muy diferente entre las diversas especies de seres vivos, puede su conocimiento y experimentación coadyuvar al engrandecimiento de éste desde un punto de vista biológico, al mejoramiento de la salud, a la promoción de las condiciones de vida, en fin, a la superación de obstáculos que se oponen a su evolución en sentido positivo.

El ser humano es mejor conocido en cuanto fenómeno evolucionado del mundo biológico. Desde dicha naturaleza, éste está constituido básicamente por una estructura celular, cuyas complejas funciones están orientadas hacia la propia supervivencia y la de la especie. Es en definitiva el producto de la decodificación de un lenguaje celular original de su código genético o libro de la vida que cada ser posee y lo define. Este código genético permite tantas combinaciones, que hacen de cada ser humano un ser único e irrepetible.

La estructura biológica de la actividad psico-eco-social del ser humano desempeña un papel importante en el mundo de la moral. En primer lugar, en el estudio de muchos contenidos concretos de la moral es necesario tener en cuenta el punto de vista biológico. Piénsese en muchos problemas de la moral de la persona (por ejemplo todos los relacionados con la salud y la enfermedad, la justicia sanitaria), en los temas de la sexualidad, reproducción humana, dolor y muerte humana.

Lo corporal en el ser humano se representa en el ser-biológico,³ un ser-estructural por su parte anatómico-fisiológica, un ser intercomunicado y controlado por su parte neuro-endocrina y un ser con capacidad de reproducción por su sexualidad. La dimensión corporal es la primera experiencia que se tiene de nuestro propio ser, lo cual es en sí el constituyente de mi ser, la mediación con el mundo. Consideramos lo corpóreo como objeto y sujeto, es decir, ser vivo que nace, se nutre, crece y se reproduce, pero no se explica como pura organicidad movida por algo externa a ella, sino movida por sí, mediante un “principio vital”. Luego, lo corpóreo del ser humano tiene que ser considerado como sujeto, ya que se integró en el propio yo. De lo que se desprende, que tanto su realidad corporal, es decir sus cualidades fenotípicas como su desarrollo psicológico y ecosocial, dependen de la interacción, la interdependencia y la comunicación, en función del momento y el lugar, los factores genéticos y las condiciones ambientales.

El ser-psicológico

Lo psíquico (la *psique*) en el hombre, se representa en el ser-psicológico por su parte cognoscitiva, afectiva y conativa. El *principio vital* es espiritual, se relaciona en la corporeidad, como algo por lo cual se organiza, solidariza y corporeiza lo espiritual del ser. Esta mediación entre lo corporal y lo espiritual se manifiesta en su doble operación: conocer y apetecer sensiblemente. La sensación aparece como un proceso de apropiarse intencionalmente el objeto, mediante, tanto los sentidos externos como los internos (percepción, sentido común, imaginación, cogitativa, memoria y percepciones extrasensoriales). La *afectividad* aparece como “motivación” (pulsión, impulso y motivo) y como “apetición” (instintos y hábitos).

Tal y como fuese anteriormente explicado, lo psicológico le define en parte su personalidad, le permite al ser una mejor adecuación y respuesta al medio, el cual resulta de un componente hereditario y otro de aprendizaje experiencial con relación en el mundo que le rodea.

³ El ser humano es un ser biológico. En cuanto tal, está constituido y formado por sistemas de sostenimiento y coordinación. Dispone de un sistema digestivo, respiratorio, circulatorio, excretor, reproductor, nervioso, endocrino, muscular y óseo.

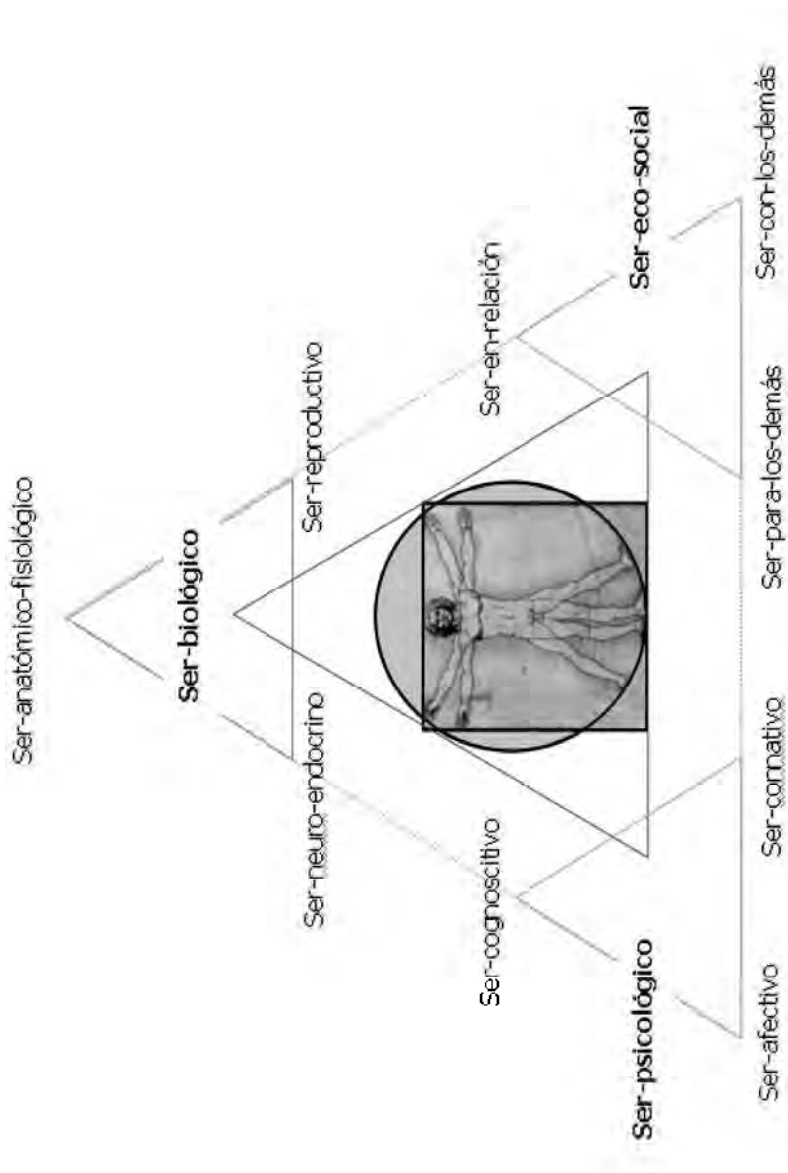


Figura N° 1: Esquema holístico propuesto del ser humano

El ser eco-social

Lo espiritual en el hombre lo represento en su manifestación con el mundo, el ser-ecosocial por su capacidad de relación, participación y común unión con los otros congéneres y su ambiente. La dimensión espiritual comprende el conocimiento intelectual y el apetito volitivo expresado a través de su corporeidad. El conocimiento intelectual se explica como un entender por conceptos, un juzgar, un raciocinar, un dialogar y un reflexionar sobre sí mismo, la “inteligencia”. El apetito volitivo se explica por su naturaleza, su voluntariedad, su objeto o “valor” y su libertad. De allí, su capacidad de autodeterminación.

Luego, si el ser es un ser bio-psico-ecosocial, no se puede disociar de alguna de ellas sin perder su intimidad, su integridad y su individualidad. Las que definen las relaciones funcionales o presencias del ser humano como un ser-en-el-mundo (mundaneidad, un ser situado, corporal, espíritu encarnado, facticidad y sexuado); ser-con-otros (intersubjetividad, ni individualismo ni colectivismo sino síntesis en personalismo comunitario); y ser-en-sí-mismo (personalidad, interioridad como núcleo, madurez psicológica). Por lo que se concluye que la visión holística del ser humano busca la comprensión ontológica del ser, de su *cuerpo* y su *espíritu*, de su *unidad*, de su *autopertenencia* y de su *alteridad*. Así mismo, de su comprensión ética de que los seres poseen una vida, una *dignidad intrínseca*, un *fin en-sí*, por lo tanto, no puede ser un *objeto* o una *cosa*.

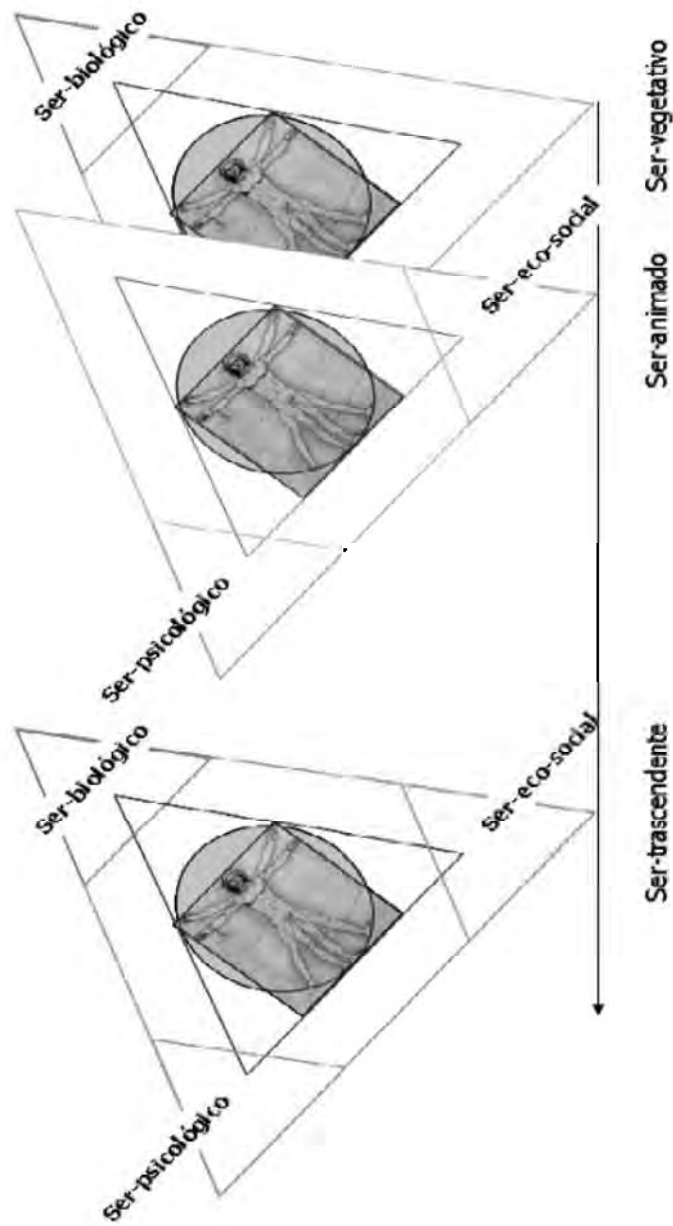


Figura N° 2: La evolución del ser vegetativo al ser trascendente.

El ser ante la actualidad tecnológica

La comprensión que del hombre se dispone en la actualidad tiene en buena parte un conocimiento que parte del mundo científico, sobre todo en materia biológica, psicológica y social. Y, se espera continuar en su profundización, sobre todo cuando el siglo XXI ha sido bautizado como el siglo de la Biología, o dicho de otra forma, el siglo de las ciencias de la vida. Ya lo decía Robert F. Curl, químico de la Universidad Rice, ganador del premio Nóbel (1996), cuando hablando en nombre de sus colegas científicos proclamó que el siglo XX era “el siglo de la Física y de la Química. Pero está claro que el siglo que viene será el de la Biología”.⁴ Lo anterior se fundamenta en que la cantidad de descubrimientos e innovaciones que ofrecen nuevos horizontes al avance de la Biomedicina y la Biotecnología, y la trascendencia de los cambios hasta la fecha acaecidos y que generan a su vez una serie de interrogantes éticos y morales.

A lo anterior se añade el desconcierto y, a veces, el malestar por ciertos “avances” científicos. Posiblemente se deba a la desinformación, información dispersa, amañada o sensacionalista. Por ello, se hace necesario el acompañamiento de la reflexión jurídica y moral a la investigación científica y al desarrollo tecnológico. En materia de Derecho, por ejemplo, hay mucho que ajustar con los nuevos descubrimientos y que van a afectar la concepción de persona, a partir de cuándo se-es persona, sobre ¿quién es el padre y la madre? Así mismo, las diversas modalidades de paternidad y maternidad existentes, las imprecisiones en materia de filiación y en materia sucesoral. Sin dejar de considerar aspectos relacionados con la determinación de la muerte, trasplantes de órganos y tejidos, malapaxis, derechos de los pacientes, voluntades anticipadas, derechos de los moribundos, por citar algunos.

Biogénesis del ser humano

El “ser humano” tiene una vida desde su génesis, a partir de que se define su “identidad genética” y ello se logra con el aporte cromosómi-

⁴ John Carey, Naomi Freudlich, Julia Flynn y Neil Gross, “The Biotech Century”, *Business Week*, 10 de marzo de 1997, p. 79.

co de sus padres “biológicos”. Ello tiene lugar cuando se produce la fecundación, y donde el contenido genético del gameto masculino se intercambi6 con el del gameto femenino y origina al huevo o cigoto con 46 cromosomas que definen el sexo y la identidad gen6tica, el cual da origen al embri6n. En la actualidad, la fecundaci6n puede ser de diversas maneras, cada una de ellas especifica el c6mo se llev6 a cabo [natural o asistida (inseminaci6n artificial, fecundaci6n “in vitro” con transferencia de preembriones y la transferencia intratub6rica de gametos), interna o externa, isog6mica, anisog6mica y cruzada].

En este sentido, se define en la actualidad el “Estatuto del embri6n”

El deber de respetar la vida e integridad del embri6n y la necesidad de su tutela jur6dica se basan en dos supuestos previos: la total inocencia del embri6n y su pertenencia a la categor6a de los seres dotados de vida humana personal. Mientras la inocencia del embri6n ya es reconocida con unanimidad, su subjetividad humana dif6cilmente es aceptada: varios son los que ponen en duda que se pueda definir al embri6n – desde su estadio unicelular (cigoto)– como un ser humano de pleno derecho, como persona humana. La cuesti6n ha sido abordada por el reciente Magisterio cat6lico mediante “dos tipos de argumentos, que est6n estrechamente unidos entre s6”.⁵ El segundo, de naturaleza probabilista, se encuentra en la “indiscutible observaci6n”⁶ del Papa: “bastar6a la sola probabilidad de encontrarse ante una persona, para justificar la m6s rotunda prohibici6n de cualquier intervenci6n destinada a eliminar un embri6n humano” (EV. 60).⁷ El primer argumento se fundamenta en la afirmaci6n antropol6gica de la unidad sustancial de alma y cuerpo del ser humano, (*corpo-*

⁵ Ratzinger, J., *Intervento alla conferenza stampa di presentazione della enciclica “Evangelium vitae”*, L’Osservatore Romano del 5.4.1995: p. 15.

⁶ *Ibid.*, p. 15.

⁷ Juan Pablo II, *Carta Enc6lica “Evangelium vitae”* (25 de marzo de 1995), N6 60.

*ra et anima unus;*⁸ *una summa*)⁹ y en la observación biológica de que “desde el momento en que el óvulo es fecundado se inaugura una nueva vida, que no es la del padre ni la de la madre, sino la de un nuevo ser humano que se desarrolla por sí mismo”...¹⁰ [Columbo, 1999].¹¹

Por supuesto que esto trae diversos comentarios en cuanto si ya desde ese momento está o no el alma de ese nuevo ser. Juan Pablo II expresa: “Aunque la presencia de un alma espiritual no puede deducirse de la observación de ningún dato experimental, las mismas conclusiones de la ciencia sobre el embrión humano ofrecen una indicación preciosa para discernir racionalmente una presencia personal desde este primer inicio de la vida humana” (EV. 60).

Además, el ser humano es un ser-para-la-vida, independientemente de que Heidegger nos defina al hombre como un ser-para-la-muerte. El ser es lo que es, en relación con el prójimo y con lo que le rodea, un ser que participa en diversas intensidades con su contexto y congéneres, quienes le permiten a éste, poder descubrirse, encontrarse a sí-mismo, realizarse como persona. Un conjunto de vivencias y experiencias en un mundo de posibilidades, espacios de encuentro, momentos y oportunidades. Todo esto permite al hombre realizarse no tanto en sí-mismo de una forma egoísta, individual, de autenticación de su ser en sí, sino en el otro, el próximo y el lejano, el conocido o no, en su vida.

2. ¿QUÉ ES LA VIDA?

El ser humano se encuentra existiendo. Sin arte ni parte. Nadie define cómo, cuándo, dónde y con quién nacer. Sin alternativa posible. Se-es, se-está-ahí, como una realidad consistente, sujeto que se impone y afirma en medio de contradicciones y variaciones, se refiere, se revierte y

⁸ Concilio Vaticano II, *Constitución pastoral “Gaudium et spes”*, N° 14.

⁹ Juan Pablo II, *Exhortación apostólica “Familiaris consortio”* (22 de noviembre de 1981), N° 11.

¹⁰ Congregación para la Doctrina de la Fe, *Declaración “De abortu procurato”* (18 de noviembre de 1974), N° 12, citada en Juan Pablo II, *Evangelium vitae*, N° 60.

¹¹ Columbo, Roberto: *La naturaleza y el estatuto del embrión humano*. En *Humanitas* N° 16 Octubre-Diciembre 1999 (<http://humanitas.cl/biblioteca/articulos/d0094/>).

se convierte sobre sí mismo, ya que no sólo sabe, sino que sabe-que sabe como autoconciencia e interioridad. José Ortega y Gasset dice:¹²

Esta realidad radical en cuya estricta contemplación tenemos que fundar y asegurar últimamente todo nuestro conocimiento de algo, es nuestra vida, la vida humana. (...) Vida humana como realidad radical es sólo la de cada cual, es sólo *mi vida*. (...) Esta genuinidad inexorable y a sí mismo evidente, indubitable, incuestionable de nuestra vida, repito, la de cada cual, es la primera razón que me hace denominarla “realidad radical”.

El ser como ser-para-la vida ha sido dado. Dado como un don, no como un mero dato o una cosa, aunque este don o donación tenga datos concretos que lo circunscriben (progenitores, familia, fechas, tiempos, lugares). Ello determina los ejes de la génesis de la personalidad moral: afectividad y conocimiento de sí mismo a través de:¹³

- “*Ser uno mismo*”: es un itinerario y un estilo de vida que se basa en la autenticidad
- La toma de conciencia de las propias potencialidades.
- La construcción de la vida personal con sus propios medios.
- El cultivo de la capacidad de desear lo mejor .
- La felicidad, fruto de lograr realizar bien esta tarea.
- El “*saber de sí mismo*” constituye el punto de partida de la relación de uno mismo con los demás y de su situación en el mundo.
- Lo individual no se contrapone al “*saber acerca de los otros*”.

¹² José Ortega y Gasset: *El hombre y la gente* (Madrid, Revista Occidente, 1972) t. 1, pp. 63, 78.

¹³ Humberto M. Yáñez. *La construcción de la personalidad solidaria* [<http://www.consudec.org/rectores2004/material01.htm>]

Pero la vida es un concepto muy amplio. Intentando aproximarnos a su significado, se puede decir que la “vida” es un concepto polisémico como ya fuese visto en la introducción del cuaderno. Pretendo aproximar el concepto de vida con el ser humano en sus múltiples dimensiones y que trasciende al mero hecho biológico y social, y que reside en su “espíritu” y de la cual deviene su condición de dignidad. La categoría moral de la dignidad humana puede ser formulada mediante expresiones como:¹⁴

a) El *hombre es y debe ser tratado siempre como “fin” y nunca como “medio”*. La ética kantiana descansa sobre esta consideración axiológica del hombre. Para Kant, la bondad moral reside en la actitud coherente con la realidad de la persona. Ahora bien, esa actitud se expresa con la categoría *de fin/medio*. En efecto, la segunda fórmula del imperativo categórico suena a este modo: “Actúa de manera que siempre tomes a la humanidad, tanto en tu persona como en la de cualquier otro, como fin y nunca como puro medio”. El hombre es una realidad “absoluta” y no “relativa”. La persona tiene una dimensión moral porque no es un ser que se constituya en cuanto tal por la referencia a otro ser. El hombre es como un universo de carácter absoluto. No queremos negar el que la persona tenga la instancia de apertura a los demás y a Dios. Pero aun en ese movimiento de apertura no puede perder su dimensión de centro; no puede abandonar su carácter de absoluto.

b) El *hombre es un ser personal*. En estrecha relación con la categoría de “dignidad humana” se utiliza otra muy semejante: la que afirma de una manera directa y expresa la “estructura personal” del ser humano. En efecto, únicamente el mundo personal puede ser origen y centro de valores morales. El ser personal es el único ser que puede constituirse en justificación de los valores éticos. Esta comprensión de la dimensión ética de lo humano mediante la categoría moral de “ser personal” empalma directamente con las corrientes personalistas del pen-

¹⁴ Vidal, Marciano: *Diccionario de ética teológica* (Estella, Verbo Divino, 1991) pp. 161-165.

samiento actual. En este sentido no hace más que traducir en lenguaje moral lo que es afirmado en la consideración antropológica. Por esta razón, dicha categoría apenas si puede ser considerada como explícitamente moral; todavía permanece en el ámbito óntico o premoral de la realidad personal.

El “espíritu” es la fuerza animadora, es la naturaleza esencial del ser, lugar donde residen las facultades de “pensamiento, actuación y emoción” del ser. En otras palabras, el “espíritu” está asociado con la “mente, voluntad, y sentimientos”. Por ello, el concepto de vida se vincula al ser, más específicamente, en su mundo, en su existencia. La vida como entidad biológica y social tratada por la ciencia y la metafísica de lo orgánico, pero en el ser humano, ella trasciende a una entidad psicosocial y que es tratada por la teología, la filosofía y en nuestro caso, de la existencia moral.

La vida es un fin que anima y se constituye en un proceso de transformación permanente transformación o maduración en el ser. La vida es un don preciado, fundamento del ser. En términos informáticos, la vida es la “plataforma” donde se realiza el ser, donde el ser humano es un “suprausuario”. Suprausuario, porque es más que un usuario y que tiene capacidad de decidir responsable y autónomamente. La vida se constituye en un espacio de posibilidades del ser humano, del ser-para-la-vida. Del ser que busca su autenticidad hasta su muerte biológica.

La vida y la dignidad del ser, son dos principios fundamentales y absolutos. La vida del ser humano y su existencia es la base de los demás principios del ser humano y de su actuar. El término “vida” es tan amplio que puede ser interpretado de diversas maneras, por ejemplo, desde su etimología en griego, de vida se distingue entre el uso de los términos griegos: *βίος*, en el sentido de sustentamiento vital; *Psikhé*, la vida terrena sujeta a la muerte, la relación cuerpo-alma, y *Zoé*, la vida eterna. Llega a nuestro idioma desde el latín *vita*, fuerza o actividad interna mediante la que obra el ser que la posee. En el Diccionario de la Lengua Española se encuentra cerca de un centenar de distintas maneras de interpretarla. Se encuentran conceptos de vida desde:

- La biología (p.ej.: desde la biología molecular, biología celular, termodinámica) rasgos propios definitorios los siguientes:
 - el nacimiento,
 - el metabolismo (crecimiento, nutrición y asimilación de la energía externa),
 - la reproducción,
 - la evolución y la capacidad de adaptación al medio,
 - la homeostasis,
 - la sensibilidad (o las diversas formas de taxias) y,
 - en algunos casos, la autonomía motriz.
- La filosofía (desde las corrientes vitalistas, pragmatistas y humanistas) y
- La teología.¹⁵ Ello dependerá de las creencias. Sin embargo en las grandes religiones tradicionales es semejante.

Este aspecto constituye uno de los ejes primarios en torno al cual se ha desarrollado la conciencia ética de la humanidad. En la tradición occidental marcada por el judeocristianismo, el imperativo “no matarás” expresa sintética y apodícticamente (incondicionalmente cierto, necesariamente válido) el valor de la vida del hombre. De igual manera, este valor se considera en la tradición oriental, la tradición védica,¹⁶ budista

¹⁵ Desde el punto de vista teológico, se debería enmarcar desde las diversas posturas de las grandes religiones. Ello será motivo de otro estudio posterior. Cada una de las concepciones religiosas más antiguas de la humanidad tienen en el término vida el fundamento del ser, su dignidad, libertad y derechos.

La persona humana está llamada a realizarse; es decir, a construir su personalidad, formar su manera de ser y adquirir una serie de valores. Ello es posible mediante el desarrollo de sus capacidades físicas, intelectuales y afectivas. Para conseguir esta realización, el ser humano ha de estar abierto a la trascendencia. A lo largo de la vida, el hombre y la mujer se plantean numerosos interrogantes en torno a su existencia:

¹⁶ En el *Atharva Veda* (10,7) DS pp. 573-575.

y musulmana son claves en las principales grandes creencias asiáticas. Aunque su formulación sea en forma negativa, constituye una expresión básica del *èthos* humano y propia de todas las grandes culturas de la humanidad. En parte se debe al símbolo de la “sangre” que se considera universalmente como vehículo de la vida.¹⁷

Por otro lado, enfatizando desde la interpretación, sus criterios pueden variar:

(1) desde el punto de vista deontológico (“respeto por la vida”), y

(2) desde el teleológico (“calidad de vida”).

Todo lo anterior, permite que se comprenda mejor ese ser humano que en el continuo de su conformación se inicia como cigoto, sucesivamente en embrión y luego feto. De allí el ser inicia otros estadios de su evolución de vida bio-psico-social: niñez, adolescencia, juventud, adultez y senectud. Para quienes en su creencia religiosa creen en una vida eterna, ésta continuará.

¿Qué es el embrión humano?

Retomando la materia del embrión humano, sobre todo por lo candente de las diversas posturas existentes. El Magisterio de la Iglesia Católica expresa:

La Iglesia católica “conoce las discusiones actuales sobre el inicio de la vida humana, sobre la individualidad del ser humano y sobre la identidad de la persona humana” y “no se ha comprometido expresamente en una afirmación de índole filosófica”¹⁸ de carácter definitivo sobre el embrión humano, pero declara que “el ser humano ha de ser respetado y tratado como una persona desde su concepción”.¹⁹ No obstante, el Magiste-

¹⁷ DS pp. 209-210. La sangre es la vida, se dice a la manera bíblica. De entre las diversas acepciones del término está el de iniciar una generación, una cultura, una raza.

¹⁸ Congregación para la Doctrina de la Fe, *Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación “Donum vitae”* (22 de febrero de 1987), N° 1,1.

¹⁹ *Ibid.*, citada en Juan Pablo II, *Evangelium vitae*, N° 60.

rio y la teología reconocen –como expresión ontológica y axiológica adecuada al ser humano– el concepto de persona, entendida como individuo sustancial dotado de una naturaleza racional,²⁰ aun cuando “cada una de (sus) grandes capacidades requiera tiempo para ponerse en marcha y disponerse a actuar”.²¹ La naturaleza racional del hombre no se puede reducir, sin embargo, a alguna o a todas sus capacidades, actividades y funciones, las cuales no se manifiestan aún durante las primeras fases del desarrollo del cuerpo humano. Hacer coincidir a la persona con la gama de sus facultades u operaciones actualmente funcionales, además de comprometer irremediablemente la unidad y la identidad ontológica de la persona humana, legitima incluso una inicua forma de discriminación entre los seres humanos, que se basa, arbitrariamente, en sus atributos o sus capacidades.

La naturaleza plenamente humana del embrión, desde su constitución como cigoto, está atestiguada por la genética moderna, la cual “ha demostrado que desde el primer instante queda fijado el programa de lo que será ese ser viviente”.²² desde la fertilización, efectivamente, el cariotipo del embrión está constituido por moléculas de ADN que contienen secuencias polidesoxirribo-nucleótidas específicamente humanas, inmediata pero gradualmente expresadas en las células embrionales.²³ A

²⁰ Cfr. Tomás de Aquino, *Summa theologiae*, 1, q.29.a. 1-2.4.

²¹ Congregación para la Doctrina de la Fe, *De abortu procurato*, N° 13, cit. en Juan Pablo II, *Evangelium vitae*, N° 60.

²² *Ibid.*

²³ A la luz de recientes estudios, llevados a cabo por grupos independientes de investigadores y publicados en los últimos años, se tiene que revisar la hipótesis de la completa inercia expresiva del genoma del embrión precoz durante un período de silencio transcripcional, exclusivamente controlado por componentes de origen materno. Por ejemplo, el gen SRY, localizado en la región telomérica del brazo corto del cromosoma humano. Y de seguro origen paterno, se expresa y es transcrito desde las primeras fases del desarrollo embrional, incluso en el estadio pronuclear: AO, A. Erickson, R.P., Winston, R.M.L., Handyside, A.H., *Transcription of paternal Y-linked genes in the human zygote as early as the pronuclear stage*, *Zygote* 1994, 2: 281-288; Fiddler, M., Abdel-Rahman, B., Rappolee, D.A., Pergament, E., *Expression of SRY Transcripts in Preimplantation Human Embryos*, *American Journal of Medical genetics* 1995, 55: 80-84.

este dato, actualmente indiscutible, algunos contraponen que el embrión en las fases iniciales de su desarrollo –hasta el 7°-8° día, según algunos; según otros, el 14°-15° día– estaría dotado de una identidad e individualidad genética, pero no todavía de una determinada individualidad orgánica: en sentido ontogenético no nos encontraríamos frente al mismo individuo humano que reconocemos sucesivamente en el embrión implantado, en el feto y en el recién nacido. Y al no estar definida la individualidad sustancial, faltaría así uno de los dos requisitos de la persona humana. Aquí nos estamos refiriendo a las conocidas objeciones que se refieren a la totipotencialidad de las células embrionales, los gemelos homocigóticos y la fusión quimérica, las cuales no son insuperables; sin embargo, sí se recurre a una argumentación racional que tengan en cuenta todos los factores de la realidad biológica de un ser vivo.²⁴ Una argumentación semejante se basa teóricamente en la unidad e individualidad diacrónica del ciclo vital de un organismo, la cual no excluye, sino que más bien implica, la posibilidad del devenir en la forma del generar (dar origen a) y del degenerar (cesar de existir como), y se fundamenta empíricamente en modelos de interpretación de los fenómenos arriba citados que son lógicamente no contradictorios y biológicamente compatibles con los actuales datos científicos. Algunos de estos mode-

²⁴ En este punto hay que observar que, cuando se trata de verdades morales, las cuales implican no sólo la descripción de lo real sino también el significado que éste tiene para la vida de cada hombre y de la humanidad, no se puede lograr una certeza razonable con la implicación de la libertad del sujeto en el acto cognoscitivo. Esto lo ha reconocido, a propósito de la incidencia de la moralidad de la dinámica del conocimiento, incluso el Comité Nacional para la Bioética italiano en su reciente documento sobre el embrión humano: “La interpretación ontológica de los datos biológicos acaba por resultar influida por las opiniones morales del intérprete, esto es, por el modo como éste advierte en conciencia que debe comportarse frente al embrión desde la fecundación. Si lo reconoce como otro individuo humano, no considerará suficiente (para contradecir esta actitud moral suya) la falta de un criterio dirimente para reconocer tal estatuto ontológico. Del mismo modo, si no lo reconoce como individuo humano, la falta de ese criterio le parecerá como un apoyo de su propia convicción interior. Este hecho explica... la afirmación de que la discusión ontológica, aun siendo muy relevante en la problemática ética, no es exhaustiva respecto de ésta” (Comitato Nazionale per la Bioetica, *Identità e statuto dell'embrione umano* (27 de junio de 1996), Presidenza del Ministri -Departamento per l'informazione e l'Editoria, Roma, 1996, 5.3).

los, como el que interpreta la formación de los gemelos homocigóticos monocoriales mediante un *splitting* de la masa celular interna del blastocito, proceso análogo al de la gemelación en la reproducción agámica de algunos organismos pluricelulares, han encontrado una confirmación experimental, por ejemplo, mediante la observación microcinematográfica directa de un blastocito de mamífero durante el *hatching*.²⁵ El modelo de *splitting* de la masa celular interna puede explicar algunos casos de gemelaridad monocigótica humana como consecuencia de una fertilización *in vitro*.²⁶

Las evidencias de la ciencia no pueden, por sí solas y en modo alguno, atribuir al embrión humano el estatuto ontológico de “ser humano de pleno derecho”, de persona, porque el “ser” y la persona no pertenecen al campo de los conceptos biológicos y no son objetos formales de investigación empírica. La genética y la biología del desarrollo sugieren, cada vez con mayor documentación, que el embrión no es otra cosa que un individuo de la especie humana en la fase inicial de su ciclo vital, que lo lleva —a través de un proceso coordinado, continuo y gradual—²⁷ a convertirse en adulto como cada uno de nosotros, porque él es ya uno de nosotros: “Es ya hombre aquel que lo será”.²⁸ Pero, entonces, “¿cómo un individuo humano no sería

²⁵ Massip, A., Vanderzwalm, P., *Atypical hatching of a cow blastocyst leading to separation of complete twin half blastocysts*, Veterinary Record 1983, 112: 301.

²⁶ Alikan, M., Noyes, N., Cohen, J., Rosenwaks, Z., *Monozygotic twinning in the human is associated with zona pellucida architecture*, Human Reproduction 1994, 9: 1318-1321.

²⁷ De esta manera han sido sintetizadas las características esenciales del proceso de desarrollo del embrión en el informe final del *Committee of Inquiry into Human Fertilization and Embryology* (Great Britain): “While as we have seen, the timing of the different stages of development is critical, once the process has begun, there is no particular part of the developmental process that is more important than other; All are part of a continuous process, and unless each stages take place normally, at the correct time, and in the correct sequence, further development will cease” (Department of Health and Social Security, *Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilization and Embryology* (Chairman: M. Warnock), Londres: Her Majesty’s Stationery Office, 1984: 11-19.

²⁸ Tertuliano, *Apologeticum IX*, 8 (Migne, *Patrologia Latina I*, 371.2.3; *Corpus Cristianorum I*, 103.1.35).

una persona humana?”.²⁹ En conclusión, “cualquier separación entre individuo y persona en el ser humano es arbitraria, un juego entre filosofía y ciencia biológica sin valor cognoscitivo real”.³⁰ Por esto, cualquier manipulación del embrión que no esté encaminada “a su curación, al mejoramiento de sus condiciones de salud o a su supervivencia individual”,³¹ viola el respeto debido a la persona humana. Sólo “una intervención estrictamente terapéutica que se fije como objetivo la curación de diversas enfermedades, como las originadas por defectos cromosómicos, será, en líneas generales, considerada como deseable, suponiendo que tienda a realizar la verdadera promoción del bienestar personal del individuo, sin que comporte un daño a su integridad o deteriore sus condiciones de vida. Una intervención semejante se coloca, de hecho, en la lógica de la tradición moral cristiana”.³²

Por el camino que va la sociedad actual, es muy probable que en una o dos generaciones se llegue a redefinir la concepción sobre la vida y la existencia humana. Éstas, se habrán alterado de forma radical; seguramente habrá que reconsiderar muchos supuestos sobre la naturaleza, incluida la propia naturaleza humana, que desde tiempos ancestrales se convinieron. Así mismo, puede que en poco tiempo, muchas viejas prácticas relativas a la sexualidad, la reproducción, el nacimiento y la paternidad se abandonen como se refiriese en el visionario clásico de Aldous Huxley: *Un mundo feliz* (1939).³³ También es probable que las ideas

²⁹ Congregación para la Doctrina de la Fe, *Donum vitae*, N° 1.1. citado en Juan Pablo II, *Evangelium vitae*, N. 60.

³⁰ Ratzinger, *Intervento alla conferenza stampa...* p. 15.

³¹ Congregación para la Doctrina de la Fe, *Donum vitae*, n. 111, “La congelación misma de los embriones, aunque se lleve a cabo para garantizar mantener en vida al embrión crioconservación, constituye una ofensa al respeto debido a los seres humanos, en cuanto que los expone a graves riesgos de muerte o de daño para su integridad física, los priva al menos temporalmente de la acogida y de la gestación materna y los pone en una situación susceptible de ulteriores ofensas y manipulaciones” (*Ibid.*, 1,6).

³² Juan Pablo II, *Discurso a los participantes en la XXXV Asamblea general de la Asociación Médica Mundial* (29-10-1983), en AAS 1984, 76: 392, citado en Congregación para la Doctrina de la Fe, *Donum vitae*, 1,3.

³³ Aldous Huxley, ensayista y visionario inglés, quien indagó sobre los misterios del alma humana, advirtió en su inquietante novela profética de 1932: *Un mundo feliz*, el cómo sería del hombre en el 2500.

sobre *igualdad y democracia*, o las del significado de expresiones como *libre albedrío, calidad y progreso*, se redefinan. El ser humano cambia sus referentes y sus horizontes éticos; las categorías filosóficas occidentales; la relación del ser humano con la naturaleza.

Luego, desde este plural significado del término, surgen los más candentes debates de la Bioética y el Derecho, no sólo ante la naturaleza del embrión humano, sino también, p.ej., ante la reproducción artificial, la manipulación del genoma, la definición de la muerte y sus criterios de verificación, los trasplantes de órganos, las biopatentes, el bioterrorismo, la biopiratería, por citar algunas. A lo que se le adiciona la desensibilización de las personas ante las agresiones contra la vida (p.ej.: esterilizaciones, suicidios, violaciones, torturas, ajusticiamientos, el contagio de las enfermedades transmisibles sexualmente, la contaminación ambiental). Pero con todo respeto, se deberá detenerse un poco y pensar en el significado de este término que parece estar muy lejos de aportar un mínimo de conclusiones maduras y compartidas. Sobre todo, desde el ser vivo, tal y como el hombre lo percibe en sí mismo y en su ambiente a través de la observación (parcial y provisional, pero siempre espejo de la realidad) ofrecida por las ciencias experimentales de la vida, y el deber ser del ser vivo que cuida de sí mismo y de los demás seres vivos como él y diferentes a él; el límite que la naturaleza impone al hombre viviente en la dimensión física de su existir y la libertad que le ha sido confiada como tarea hacia su destino y como compañía hacia sus congéneres y el de toda la humanidad; entre las posibilidades aportadas por el conocimiento científico de la naturaleza viva a la capacidad tecnológica de intervenir sobre ella y la responsabilidad de custodiar y promover la integridad de la vida. Sin embargo, a pesar de esta conciencia ética, es preciso constatar tres hechos:

- El oscurecimiento del valor de la vida
- El derecho a la vida
- La concienciación sobre la vida.

El oscurecimiento del valor de la vida

Tal y como se expresase, puede decirse sin temor a equivocarse que el hombre no ha logrado desterrar de su horizonte la muerte en cuanto realidad impuesta y manipulada por el hombre mismo. En otras palabras, el ser humano a lo largo de toda la historia nos muestra dramáticamente, las numerosas formas de negación del valor de la vida. Por ejemplo:

- los ajusticiamientos entre bandas rivales,
- la cantidad de muertes violentas e injustificadas que engrosan las estadísticas de mortalidad de nuestras ciudades;
- los suicidios más o menos justificados;
- la cantidad de homicidios, impuestos por uno u otro motivo;
- los miles de abortos diarios;
- los pacientes terminales y moribundos sin atención suficiente o que mueren por mengua;
- la despenalización de la eutanasia;
- los actos terroristas;
- las frecuentes guerras;
- los secuestros y las torturas.

Todo esto está indicando que el hombre actual no ha llegado a la plena concienciación con respecto al valor de la vida humana y sigue inmerso en una cultura de la muerte.

El derecho a la vida

Tradicionalmente en las Constituciones de las naciones expresan este derecho como un derecho *sine qua non*. En la Carta Magna Nacional (1999):

- En su preámbulo: “el derecho a la vida, al trabajo, a la cultura, a la educación, a la justicia social y a la igualdad sin discriminación ni subordinación alguna (...)”.
- En el artículo 2º: “Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político”.
- En el *Capítulo III, De los Derechos Civiles* en el artículo 43. “El derecho a la vida es inviolable.” Y así pero en otras acepciones en diversos artículos.

Pero ello, ha trascendido a un nivel mundial, la humanidad después de la Segunda Guerra Mundial elaboró la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* (1948) en su artículo 3º expresa: “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.” Luego, el derecho tanto a nivel nacional como el internacional, establece la vida como una premisa básica de toda actividad humana y por tanto, un aspecto fundamental de la protección de los derechos humanos, toda vez que éstos “nos permiten desarrollar y emplear cabalmente nuestras cualidades humanas, nuestra inteligencia, nuestro talento y nuestra conciencia y satisfacer nuestras variadas necesidades (...)”.³⁴

La concienciación sobre la vida

La conciencia moral frente al valor de la vida humana *denota una notable ambigüedad*. Por una parte, se afirma el valor de la vida. Por otra, de hecho la vida humana no es inviolable. ¿A qué se debe esta ambivalencia? Sin duda, a la ambigüedad con que se ha presentado y se presenta el valor ético de la vida humana. ¿Será que aún no se conoce o no se desea conocer el valor de la vida? ¿Qué es para ti la vida? ¿Qué diferencia la vida humana de la vida en general?

³⁴ Naciones Unidas, *Derechos Humanos: preguntas y respuestas* (Nueva York, 1987) p. 4.

3. ANTECEDENTES

La vida humana desde el primer código escrito conocido, el *Código de Hammurabi*, (1792-1750) se protege la vida humana desde el seno materno, al más indefenso y vulnerable. Estos criterios son asumidos por los asirios e hititas. Posteriormente, y en especial para los que ejercían la Medicina, el Juramento hipocrático (430-377) y el *Corpus Hippocraticum* en la antigua Grecia. Así irán surgiendo diversos legados de las diversas culturas, la Iglesia Católica (desde el siglo I d.C.), el Juramento de Iniciación “*Caraka Samhita* (India, s. I a.C.), el *Juramento de Asaph* (Judío, s. III-IV d.C.), el *Consejo de un médico* (Árabe, s. X d.C.), Maimónides (s. XII d.C.), los cinco mandamientos y las diez exigencias “*Caen Shih Kung*” (China, s. XVII d.C.). Puede decirse que durante 35 siglos se mantuvieron vigentes los principios: el *Primum non nocere* (ante todo no hacer daño); la santidad de la vida humana; la necesidad de que el médico alivie el sufrimiento; la santidad de la relación médico-paciente (El secreto profesional, confidencialidad y el no aprovecharse sexualmente de su paciente).

El siglo XIX y XX, Thomas Percival (Inglaterra) mantiene los anteriores principios y responde a una inquietud de la época en materia de competencia profesional y de la “etiqueta médica”. Por otro lado, las Asociaciones, Colegios Médicos elaboran sendos Códigos deontológicos a nivel mundial y que sintetizan desde los valores inspirados en la ética hipocrática a las obligaciones que los médicos deben guardar en su ejercicio profesional. La Iglesia Católica a partir de la Primera Guerra Mundial, comienza a dar “voces de alerta” a través de diversos documentos, cada vez con mayor frecuencia.

A mediados del siglo XX, tras una larga historia de abusos de poder, intolerancia y ansia de bienes económicos, aprueba la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* (1948), como un instrumento internacional de salvaguarda de los derechos fundamentales del hombre. Posteriormente surge la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (1969). El avance de la ciencia y la informática permiten al cabo de cuatro décadas después, la factibilidad de mapear el genoma humano, el develar las consecuencias de la herencia genética y las rela-

ciones entre las distintas especies.³⁵ Por esta razón y dentro del marco del cincuentenario de la celebración de la anterior Declaración, la UNESCO promulga a finales de 1997, *la Declaración sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos*.

Este hecho, reiterado en muchas ocasiones por las diversas convenciones y declaraciones sobre la necesidad básica de defender la vida humana, motivó la aparición de una pléyade de normas que, sin embargo, no sólo se interesaban por la esfera de los derechos subjetivos del individuo, sino también por la defensa de su esfera de actividades, lo que supone un juicio moral de esas actividades. Por otra parte, es indudable que el derecho a la vida implica el derecho a la salud, una salud que tiene que verse amparada por la normativa de cada país.

De estas simples consideraciones surge el problema de la moralidad de los actos legislativos y, lo que es más importante, de la naturaleza básica de los derechos humanos y de la necesidad de proteger la dignidad del individuo frente a los demás, sobre todo cuando el individuo se enfrenta a actividades jamás soñadas en el pasado, especialmente en el ámbito de la medicina. La utilización del conocimiento científico ya ha provocado una evaluación de ciertas actividades concretas que pueden considerarse útiles y necesarias desde un cierto punto de vista, pero que pueden revelarse negativas para el individuo y la humanidad desde otras perspectivas. Todo ello lleva a que el comienzo del siglo XXI esté altamente documentado. La Comunidad Europea promulga *el Convenio de Asturias sobre Derechos Humanos en relación con la Biomedicina del Consejo de Europa* (1997). Por su parte, los países del continente americano promulgan la *Declaración de Manzanillo* (1996 y revisada en Buenos Aires, 1998), la *Carta de Panamá* (2000), la *Declaración de Bioética de Gijón* (2000), la *Declaración de Caracas sobre Bioética* (2001), la *De-*

³⁵ En este sentido, podremos decir que es uno de los descubrimientos más importantes en materia biotecnológica alcanzada hasta este momento de la historia de la humanidad. Se ha descubierto que el genoma es el programa vital de la especie, lo que nos queda por averiguar es la diferencia entre genoma individual y el genoma de la propia especie. Sin embargo, es indudable que existe una relación entre especies, puesto que se produce una interacción entre ellas. Esta es la tesis que ha propuesto el premio Nobel Arber, aunque su demostración científica aún no es posible, ya que el proceso de supervisión deberá continuar durante varias décadas o quizás centurias.

claración de Bogotá sobre Manipulación genética (2002), las *Declaraciones de Gijón* (2002), las *pautas éticas internacionales para la investigación biomédica en seres humanos* (2002) y en la actualidad, existen varias moratorias en materia de investigación genética y se redactan nuevos códigos más actualizados en materia de experimentación con seres humanos y seres vivos.

4. ALGUNOS PROBLEMAS DE LA BIOÉTICA Y EL DERECHO

La Bioética y el Derecho han acaparado la atención pública en estas últimas décadas, sobre todo, a raíz de ciertas referencias a las modificaciones genéticas en los años 90, con miras a la defensa al individuo mediante una normativa que proteja la dignidad y la libertad humana. El derecho inviolable de todo individuo humano a la vida, los derechos de los niños, la familia y de la institución matrimonial son valores fundamentales, porque conciernen a la condición natural y a la vocación integral de la persona humana. Al mismo tiempo son elementos constitutivos de la sociedad civil y de su ordenamiento jurídico. Entre estos derechos fundamentales es preciso recordar a este propósito, el derecho de todo ser humano a la vida y a la integridad física desde la concepción hasta la muerte; los derechos de la familia y del matrimonio como institución y, en este ámbito, el derecho de los hijos a ser concebidos, traídos al mundo, conocer a sus padres y ser educados por éstos.

La Bioética y el Derecho se debaten entre el iusnaturalismo y el iuspositivismo, entre unas posturas normativas, y otras más liberales, las que Moreno Muñoz define como:³⁶

- 1.- legalista y rigurosa: pretender elaborar leyes muy detalladas adaptadas a los diversos casos que se piensa pueden surgir (pero con el riesgo, como se ha visto con algunas, de que los avances técnicos permitan encontrar huecos legales o creen

³⁶ Moreno Muñoz, M. (1996): *El debate sobre las implicaciones científicas, éticas, sociales y legales del Proyecto Genoma Humano. Aspectos epistemológicos*. Tesis de Doctorado, Universidad de Granada.

determinadas paradojas, o que permitan soluciones no previstas por el espíritu de la ley).

2.- Abierta e inductiva: se reconoce que no se pueden prever todos los avances y todas las situaciones posibles creadas por una tecnología que avanza a un ritmo tan rápido. Pero queda la necesidad de leyes generales que reconozcan principios claros, pero sin descender a demasiados detalles. Queda lugar para que la jurisprudencia vaya incorporando el espíritu de la ley en función de los nuevos contextos científicos y sociales.

A nivel internacional, la Organización de las Naciones Unidas, la Comunidad Europea, las Sociedades Internacionales de Bioética vienen desarrollando una serie de estudios sobre las posibles consecuencias y secuelas de los descubrimientos científicos en los que se manipula en forma directa o indirecta con la vida humana. De allí surgió un conjunto de declaraciones y convenciones que, de distintas formas, recomiendan a los países a acatar principios específicos que resultan cruciales para la protección del individuo. Estos principios no sólo se refieren a la experimentación científica, sino también a la dignidad humana en general. Por estas razones, las nuevas posibilidades de la técnica en el campo de la biomedicina y la biotecnología requieren de la intervención de las autoridades políticas y legislativas, porque el recurso incontrolado a esas técnicas podría tener consecuencias impredecibles y nocivas en la sociedad civil. El llamamiento a la conciencia individual y a la autodisciplina de los investigadores no basta para asegurar el respeto de los derechos personales y del orden público. De lo que se trata es de que el individuo no se convierta en un mero número en los hospitales, sino que pueda implicarse de forma activa en el proceso de toma de las decisiones que le afectan, como se establece en el *Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina* (19 de noviembre de 1996).

Concluyo con la Declaración “Compromiso Universal por la Dignidad Humana”. Sin profundizar en este complejo tema, sino visto desde la perspectiva de un equipo interdisciplinario de profesionales, de diversas latitudes, credos, culturas, edades y expectativas ante la vida, pero

conscientes de la necesidad de que la dignidad es un principio apodíctico y condición *sine qua non* de toda acción humana.

Compromiso Universal por la Dignidad Humana

ADVIRTIENDO

– Que la dignidad humana, en tanto que valor o atributo distintivo de la especie humana del que dimanen otros valores y derechos fundamentales del individuo y del colectivo, está reconocida o se alude a ella en documentos internacionales como:

– la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Naciones Unidas, 10-12-48).

– el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (4-11-1950).

– la Carta Social Europea (18-10-61).

– el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (16-12-66).

– el Pacto Internacional de los derechos Económicos, Sociales y Culturales (16-12-66).

– la Convención Americana sobre Derechos Humanos (22-11-69).

– la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (26-9-81).

– el Convenio sobre los Derechos del Niño (20-11-89).

– la Carta Árabe sobre Derechos Humanos (15-9-94).

– las Declaraciones, Tratados y Protocolos de la ONU relativos a la Mujer (1967, 1974, 1977, 1993, 1999).

- la Convención de Asturias sobre Protección de los Derechos y de la Dignidad del Ser Humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convención de Bioética del Consejo de Europa, 4-4-97).
- la Declaración Universal de la UNESCO sobre el Genoma Humano y los Derechos del Hombre (11-11-1997).
- las Declaraciones, acuerdos o Protocolos surgidos de las Cumbres de Río (junio 1992), Kyoto (diciembre 1997), Montreal (enero 2000), y Johannesburgo (septiembre 2002).

u otros análogos, y cuyos principios en general han sido incorporados a las Constituciones y al ordenamiento jurídico de la naciones democráticas, así como

- la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (13.7.67, sancionada y promulgada el 26.4.68)
- la Declaración de Barcelona “Los Derechos Alimentarios del Hombre” (marzo 1992)
- la Declaración Bioética de Gijón (I Congreso Mundial de Bioética, SIBI, 24-6-00).
- la Declaración de Caracas sobre Bioética (I Congreso Iberoamericano de Bioética, 9-2-01).
- Que la plena dignidad humana es un atributo de la especie humana y su reconocimiento un derecho fundamental de cada persona y de toda la humanidad, que debe ser respetado y protegido.
- Que, no obstante, en muchos lugares de la Tierra tales normas o propósitos se burlan o vulneran, puesto que gran parte de la humanidad está privada del reconocimiento efectivo de

la dignidad humana y de los derechos que de ella se derivan, quedándose el respeto y la protección de la dignidad en papel mojado o pura retórica.

– Que millones de personas padecen hambre, falta de agua limpia y potable y de vivienda, enfermedades (con especial incidencia del SIDA), males y penurias debidos en muchos casos a la miseria y a carencias básicas fácilmente evitables que los convierten en incapacitados o los llevan a la muerte, mientras que los pudientes, la menor parte de la población mundial, disfruta de riqueza, abundancia y bienestar y hasta los despilfarra.

– Que la naturaleza, la biodiversidad y el ambiente sufren un deterioro creciente y alarmante, con progresiva reducción de las zonas verdes y vegetales, exterminio de las especies animales, acumulación de las basuras que producimos en las zonas continentales y marítimas, así como su contaminación y la de la atmósfera, sin que se tome en consideración que son el hábitat, fuente de recursos y escenarios espirituales indispensables del ser humano.

– Que la intolerancia y la violencia de cualquier tipo (física, psíquica, moral, técnica o social) es una conducta inhumana, irracional, anticultura y contraria a la dignidad humana.

– Que el abuso de poder, las guerras y conflictos armados, el terrorismo, la persecución política o religiosa, la emigración forzada, la agresión a la variedad cultural y en particular a los pueblos indígenas, el racismo, la xenofobia, la marginación, explotación y maltrato de la mujer y la infancia, el abandono de las personas mayores, los egoísmos económicos y los poderes científicos y tecnológicos abusivos, son evidencias diarias de violencia que invaden todos los ámbitos de la Humanidad con intensidad creciente y muchas veces cometidas en la impunidad.

AFIRMANDO

Que la dignidad individual y colectiva es ficticia:

- Si no impedimos que millones de personas desfavorecidas padezcan hambre, mala nutrición crónica y falta de agua limpia y potable.
- Si consentimos que millones de personas sufran las enfermedades de la pobreza causadas por la carencia de alimentos, por el agua no limpia o en mal estado o por no disponer de las más elementales medidas de higiene y atenciones y prestaciones sanitarias.
- Si no promovemos que todas las personas y a la edad adecuada tengan acceso a la educación, al trabajo debidamente remunerado y a la información puntual y veraz sobre cuantos asuntos les afectan.
- Si no evitamos la discriminación de las gentes y los pueblos, el maltrato de la mujer y la infancia, el abandono de las personas mayores y los discapacitados y la agresión a las colectividades culturales, a sus identidades y a sus entornos vitales.
- Si toleramos o fomentamos el racismo, la xenofobia, la discriminación por opción sexual, la persecución ideológica, religiosa, política o cultural y la emigración o el refugio forzados y la discriminación contra los inmigrantes.
- Si permanecemos indiferentes a las agresiones de los países más débiles por los más fuertes.
- Si no detenemos la degradación del medio ambiente, la aniquilación de la naturaleza y la extinción arbitraria de las especies (biodiversidad).
- Si no logramos la humanización de la educación, las ciencias y las tecnologías, de modo que éstas sirvan al interés ge-

neral de toda la humanidad, en particular para que los más infortunados dejen de serlo.

– Si continuamos recurriendo a las armas o el terror y no al diálogo constructivo y a la tolerancia para solucionar las diferencias.

CONVENCIDOS de

– Que sólo con la promoción, el respeto y el ejercicio efectivos de la dignidad humana en todas las partes del planeta, por todos y para todos, serán posibles la convivencia en paz, la justicia social, la democracia, el pluralismo, la igualdad, la libertad, la seguridad, la intimidad, la fraternidad, la diversidad cultural y la conservación de la naturaleza a que todos los seres humanos somos acreedores y que debemos ofrecer a las generaciones futuras.

– Que todo ser humano tiene la obligación ética no sólo de asumir la defensa de la dignidad de la persona sino la obligación de velar y denunciar los atentados contra la misma.

– La necesidad de hacer un llamamiento a los países para que firmen y ratifiquen a la mayor brevedad el Tratado Internacional sobre Recursos Fitogenéticos para la alimentación y la agricultura, y se lleve a cabo la utilización sostenible y la distribución justa y equitativa de los beneficios.

EXPRESAMOS el firme **COMPROMISO** de

– Propiciar y potenciar las actitudes y conductas de respeto y protección de la dignidad humana y de la biosfera, de modo que lleguen a convertirse en un hábito cotidiano y universal y signo eficaz a favor de la libertad y de la autonomía responsables que hagan posible la convivencia pacífica como legado para las próximas generaciones.

– Avanzar decididamente hacia un nuevo orden mundial justo, coparticipado, corresponsabilizado, cooperativo, sostenible,

equitativo y solidario para terminar con la injusticia social, el hambre y la pobreza, el desmán económico, el desempleo, la persecución cultural, ideológica y/o religiosa, el analfabetismo, la marginación, explotación y maltrato de los inmigrantes pobres, la mujer y la infancia, los conflictos armados, las guerras y el terrorismo.

- Emprender una reorientación en las inversiones en investigación, ciencia y tecnología buscando defender el derecho de todos los seres humanos a la alimentación y la protección de la salud, poniendo en marcha las medidas necesarias, y en particular facilitando que todos los seres humanos se beneficien por igual de los logros de las ciencias y las tecnologías en cuanto a la alimentación, la educación y la atención a la salud se refiere.
- Proteger el medio ambiente, la naturaleza y la biodiversidad, y reparar lo más posible los perjuicios que les hemos ocasionado.
- Emprender, en definitiva las medidas y actitudes individuales, grupales, sociales y políticas necesarias para acabar con la intolerancia y la violencia en sus distintas formas y para asentar el respeto efectivo a la dignidad humana como una cultura irrenunciable.
- Exigir a los Gobiernos que lleven a cabo sin demora ni pretextos injustificables las acciones precisas para hacer urgente y efectivo este Compromiso.
- Divulgar ampliamente este Compromiso por todos los medios de difusión posibles, y muy especialmente a través de los Comités y/o Comisiones Nacionales de Bioética, entre toda la población del planeta, solicitando su toma en consideración y puesta en práctica.

La resolución judicial del contrato de arrendamiento. Sus efectos fundamentales

Domingo SOSA BRITO*

SUMARIO:

- 1. Breve. Introducción.**
- 2. El contrato de arrendamiento de cosas.**
- 3. Clasificación del contrato de arrendamiento. Análisis del artículo 1.579 del Código Civil.**
- 4. Contratos de arrendamiento a tiempo determinado y a tiempo indeterminado.**
- 5. Efectos de la promulgación del decreto legislativo sobre desalojo de viviendas.**
- 6. El Decreto Ley de Arrendamientos Inmobiliarios.**
- 7. La resolución del contrato de arrendamiento.**
- 8. Los efectos de la resolución judicial del contrato de arrendamiento. Legislación, doctrina y jurisprudencia venezolanas.**

* **Universidad Católica Andrés Bello**, Facultad de Derecho. Jefe de Cátedra de Derecho Procesal Civil I, Profesor. Autor de estudios difundidos en publicaciones especializadas. Abogado en ejercicio.

1. BREVE INTRODUCCIÓN

Roma designó con el nombre de *locatio* uno de los contratos consensuales que surgieron en la época de la gran expansión del derecho romano. La *locatio* corresponde a nuestro moderno arrendamiento, con la salvedad de que el derecho romano lo concibió en tres vertientes: *locatio conductio rei*, *locatio conductio opera* y *locatio conductio operarum*, cuya versión correspondería al arrendamiento de cosas, al arrendamiento de obra y al arrendamiento de servicios.

La gran mayoría de los códigos civiles modernos se ha separado de la concepción romana y sólo han conservado como contrato de arrendamiento, el relativo a las cosas (*locatio conductio rei*), reglando en forma autónoma el Contrato de Obra (*locatio conductio opera*) y el Contrato de Trabajo (*locatio conductio operarum*). Sin embargo, algunos códigos como el viejo Código Civil español (1889), apegado a la tradición romana establecieron que el arrendamiento puede ser de cosas, o de obras o servicios.¹ En nuestros Códigos Civiles de 1904 y 1922 se expresa que el contrato de arrendamiento tiene por objeto las cosas y las obras del hombre. A partir del Código Civil de 1942 (en adelante CC) aparecen como contratos nominados, independientes, el contrato de arrendamiento de cosas y el contrato de obra. Por su parte, el contrato de trabajo aparece reglado en la legislación especial del trabajo.

2. EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE COSAS

El artículo 1.579 del Código Civil venezolano define el arrendamiento como un contrato por el cual una de las partes contratantes se obliga a hacer gozar a la otra de una cosa mueble o inmueble, por cierto tiempo y mediante un precio determinado que ésta se obliga a pagar a aquélla.

En orden a establecer las bases del tema que nos ocupa, resulta indispensable ubicar nuestra figura contractual en el contexto de las diversas clasificaciones que nos aporta la teoría general del contrato y las

¹ Art. 1.542 del CC español.

que en forma particular nos trae nuestro Código Civil. Comenzaremos por la clasificación establecida en los artículos 1.134, 1.135 y 1.136 del Código Civil y luego recurriremos a las clasificaciones doctrinales.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 1.134 CC el contrato es unilateral, cuando una sola de las partes se obliga; y bilateral, cuando se obligan recíprocamente. No hay duda alguna de que el contrato de arrendamiento es un contrato bilateral típico, pues el arrendador se obliga a hacer gozar al arrendatario de una cosa mueble o inmueble y recíprocamente el arrendatario se obliga a pagar un precio por el goce de la cosa, que en el lenguaje propio de este contrato se denomina canon o pensión de arrendamiento. El artículo 1.135, por su parte, establece que el contrato es a título oneroso cuando cada una de las partes trata de procurarse una ventaja mediante un equivalente; y es a título gratuito o de beneficencia cuando una de las partes trata de procurar una ventaja a la otra, sin equivalente. Es obvio que nuestra figura contractual se ubica dentro de los contratos onerosos, pues ambas partes procuran sus ventajas, una el goce de la cosa arrendada y otra el precio correspondiente a ese goce. Por último, el artículo 1.136 CC nos expresa que el contrato es aleatorio cuando para ambos contratantes o para uno de ellos, la ventaja depende de un hecho casual. En este caso, resulta evidente que el arrendamiento figura en el otro polo de esta clasificación, el constituido por los contratos conmutativos, es decir, aquellos en los cuales los derechos y obligaciones de las partes y sus respectivas prestaciones, están explícitamente determinadas en el contrato y son completamente ajenas en su cumplimiento a un álea o hecho casual.

Resumiendo, podemos señalar que en cuanto a la clasificación del CC, nuestro contrato es bilateral, a título oneroso y conmutativo. La doctrina nos aporta múltiples clasificaciones, de las cuales destacaremos las siguientes: a) Contratos consensuales, reales y solemnes; b) Contratos de ejecución instantánea y contratos de ejecución continuada, también denominados de tracto instantáneo o tracto sucesivo. El arrendamiento pertenece a la categoría de contratos consensuales, pues se perfecciona con el simple consentimiento de las partes, legítima y libérrimamente manifestado; no se requiere la entrega de la cosa para el perfeccionamiento del contrato, como en los contratos reales, si bien la obligación

de entrega de la cosa y la entrega misma de ella, puede ser considerado como un efecto real del contrato. Tampoco puede ser reputado como un contrato solemne, pues como antes se dijo, es el simple consentimiento de las partes lo que crea el vínculo contractual. Es oportuno, sin embargo, decir a este respecto que la exigencia establecida en el artículo 1.920 CC, relativa al registro de los contratos de arrendamiento de inmuebles que excedan de seis años, en nada afecta el carácter consensual del contrato; debe reputarse, en consecuencia, que tal exigencia es *ad effectum probationem* frente a terceras personas, y en ningún momento una solemnidad sustancial en nuestro contrato.

De particular interés para nuestro estudio es la clasificación de contratos de tracto instantáneo y de tracto sucesivo. El arrendamiento se coloca dentro de los contratos de tracto sucesivo, pues las obligaciones a cargo de cada una de las partes van surgiendo y originando las respectivas prestaciones, con el transcurso del tiempo. Es verdad que el arrendatario se obliga en el contrato a pagar los cánones de arrendamiento por todo el tiempo del contrato, pero tal obligación no es exigible, sino en la medida en que vayan venciendo los períodos contractuales en que fue especificado dicho canon, es decir, mensual, trimestral, semestralmente, etc. Por su parte, la obligación del arrendador no se limita a la entrega de la cosa, sino que éste debe hacer gozar al arrendatario, en todo tiempo, pacífica y útilmente, de la cosa arrendada.

3. CLASIFICACIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 1.579 DEL CÓDIGO CIVIL

El artículo 1.579 del CC nos dice que el arrendador se obliga a hacer gozar al arrendatario de una cosa mueble o inmueble por cierto tiempo. A primera vista parecería que en todo contrato de arrendamiento debe ser estipulado un tiempo preciso de duración, un “cierto tiempo”, lo cual excluiría automáticamente la noción de contrato de arrendamiento a tiempo indeterminado. Sin embargo, ello no puede interpretarse así, literalmente, y la doctrina más autorizada tiende a considerar que la referida expresión “cierto tiempo” destaca el carácter o vocación temporal del arrendamiento y la exclusión expresa de toda idea de perpetuidad en el

contrato.² Sin embargo, es importante observar que la mayoría de las legislaciones tienden a asegurar un tiempo determinado de duración en el contrato de arrendamiento y de allí la existencia de normas como el artículo 1.574 del Código Civil italiano, en el cual se establece que cuando las partes no han determinado la duración del arrendamiento, éste se entiende convenido por un año si se trata de casas no amuebladas o de locales comerciales, industriales o destinados al ejercicio de una profesión.³ En nuestra legislación se frustró una norma semejante a la existente en la legislación italiana, pues si bien el artículo 1.605 del CC exige al comprador, en caso de venta de la cosa arrendada cuyo contrato de arrendamiento conste en instrumento privado (y no público o de fecha cierta) que deje al arrendatario en el goce de la cosa “durante el tiempo por el cual se presumen hechos los arrendamientos en que no se ha determinado su duración”, lamentablemente no se complementó este artículo 1.605 con la respectiva disposición que estableciera que, en los casos de silencio de las partes contratantes respecto a la duración del arrendamiento, éste debía presumirse o entenderse celebrado por un lapso de un año (o el tiempo que hubiese escogido el legislador). En tales circunstancias, nuestra jurisprudencia hasta el año 2000 vino interpretando que el contrato en estos casos se convertía, desde el punto de vista de su duración, en un contrato a tiempo indeterminado.

Para comprender mejor las indicadas situaciones, debemos aclarar que la enajenación de la cosa arrendada produce determinados efectos en el contrato de arrendamiento, en función de la naturaleza del instrumento que contiene dicho contrato. En efecto, el artículo 1.604 del CC establece que, aunque se enajene la finca, subsistirá el contrato durante el tiempo convenido, siempre que conste por instrumento público o por instrumento privado que tenga fecha cierta, a no ser que se hubiese estipulado lo contrario. En tal sentido, si el contrato consta en documen-

² Cfr. Castán Tobeñas, José: *Derecho Civi Español, Común y Foral*. Editorial Reus. Madrid. 1961. Tomo 4º. p. 258.

³ El Art. 1º de la ley italiana sobre el Contratto di locazione (1978) establece que la duración del contrato que tenga por objeto un inmueble urbano destinado a habitación, no puede ser inferior a 4 años y si las partes han convenido una duración inferior o han celebrado el contrato sin determinación del tiempo, la duración se entiende convenida por 4 años.

to otorgado ante un Registrador, un Juez, un Notario u otro funcionario o empleado público que tenga facultad para darle fe pública, podemos decir que consta en un documento público (arg: Art. 1.357 CC) y en consecuencia el comprador de la finca deberá respetar el lapso contemplado en el respectivo contrato de arrendamiento. Si el contrato consta de documento privado de fecha cierta, debe igualmente el comprador respetar el lapso contractual. Ahora bien, para determinar cuándo estamos en presencia de un documento que tenga fecha cierta, tenemos que recurrir al artículo 1.369 del CC, cuyo texto expresa: “La fecha de los instrumentos privados no se cuenta respecto de terceros, sino desde que alguno de los que hayan firmado haya muerto o haya quedado en la imposibilidad física de escribir; o desde que el instrumento se haya copiado o incorporado en algún Registro Público o conste habérselo presentado en juicio o que ha tomado razón de él o lo ha inventariado un funcionario público, o que se haya archivado en una Oficina de Registro u otra competente”. En consecuencia, de darse alguna de las situaciones indicadas en el transcrito artículo del CC, el instrumento privado contentivo del contrato de arrendamiento adquiere fecha cierta y surte efectos contra terceros, como en este caso, en el cual el comprador deberá respetar el término convenido en el contrato, según lo previsto en el mencionado artículo 1.604 del CC.

El artículo 1.605 del CC, regla las situaciones de la enajenación del inmueble arrendado, cuando el contrato conste en documento privado puro y simple, en cuyo caso, si el arrendatario tiene el goce de la cosa arrendada con anterioridad a la venta, el comprador debe dejársela “durante el tiempo por el cual se presumen hechos los arrendamientos en que no se ha determinado su duración”. Es aquí donde presenta la indicada falla nuestra legislación, pues este artículo ha debido ser complementado por una norma que estableciera la indicada presunción y no lo hizo. Como antes fue expresado, nuestra jurisprudencia la ha llenado la laguna legislativa, a través de una interpretación, mediante la cual se reconduce la situación al terreno de los contratos a tiempo indeterminado.

Afortunadamente el Decreto con fuerza de Ley de Arrendamientos inmobiliarios, de fecha 07 de diciembre de 1999, (en adelante LAI)

estableció que en caso de enajenación del inmueble arrendado, el comprador queda obligado a respetar el lapso establecido en el respectivo contrato, independientemente de que el mismo consta de documento público o privado.⁴ Sin embargo, debemos acotar, que esta disposición es salvadora en el caso de inmuebles sujetos a la legislación especial inquilinaria, pero no respecto de aquellos que de manera expresa están excluidos de ella (Art. 3° LAI), los cuales continúan siendo regidos por los artículos 1.604 y 1.605 del CC en lo tocante a la enajenación del inmueble arrendado.

4. CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO A TIEMPO DETERMINADO Y A TIEMPO INDETERMINADO

En Venezuela es de vieja tradición la clasificación del contrato de arrendamiento, desde el punto de vista de su duración, en contrato a tiempo determinado y contrato a tiempo indeterminado. Es más, dependiendo del tiempo (determinado o indeterminado), nuestra legislación ha venido dando un tratamiento completamente distinto a esta figura contractual, especialmente en orden a su resolución. En efecto, a los contratos de arrendamiento a tiempo determinado, se le da el tratamiento común a todos los contratos bilaterales y consiguientemente es aplicable en la especie la norma contenida en el artículo 1.167 del CC.⁵ En cambio, a los contratos de arrendamiento a tiempo indeterminado, nuestro CC les da un tratamiento *sui generis* en lo tocante a su resolución, pues permite a cualquiera de las partes “deshacer libremente” el contrato, bastando para ello conceder al inquilino noventa días para la desocupación, si

⁴ El artículo 20 del Decreto Ley de Arrendamientos Inmobiliarios, dice: Si durante la relación arrendaticia, por cualquier causa, el inmueble arrendado pasare a ser propiedad de una persona distinta del propietario-arrendador, el nuevo propietario estará obligado a respetar la relación arrendaticia en los mismos términos pactados...”

⁵ El Art. 1.167 del CC establece: “En el contrato bilateral si una de las partes no ejecuta su obligación, la otra puede a su elección reclamar judicialmente la ejecución del contrato o la resolución del mismo, con los daños y perjuicios en ambos casos, si hubiere lugar a ello”.

la casa estuviese ocupada con algún establecimiento comercial o fabril y sesenta si no estuviese en este caso.⁶

Esta tendencia de nuestros códigos civiles a todo lo largo de nuestra historia republicana se trasladó a la legislación especial inquilinaria, con la promulgación del Decreto Legislativo sobre Desalojo de Viviendas (en adelante DDV), sancionado por la Asamblea Nacional Constituyente en fecha 27 de septiembre de 1947. En efecto, en el referido Decreto (Art. 1º) se estableció una serie de causales taxativas de desocupación de los inmuebles (casas, indica el Decreto), cuya comprobación quedaba a cargo del arrendador. El conocimiento de los procedimientos respectivos de desocupación, con excepción de la causal relativa a la falta de pago de la pensión de arrendamiento, lo atribuyó el Decreto a la Administración Pública, a través de la Comisión Nacional de Abastecimiento inicialmente, luego a través de la Oficina de Inquilinato y por último, de la Dirección de Inquilinato, dependiente antes del Ministerio de Fomento, después del Ministerio de Producción y Comercio y actualmente del Ministerio de Infraestructura.

Es importante observar que, a pesar de la terminología que ha venido usando la legislación especial respecto a estos contratos de arrendamiento, es decir, desocupación o desalojo de los inmuebles que constituyen su objeto, lo cierto es que en todo caso se trata de una resolución del contrato reglado de esta manera singular. Los contratos de arrendamiento a tiempo determinado se siguen rigiendo, a los efectos de la

⁶ Esta norma tuvo plena vigencia en Venezuela desde el CC del 21/5/1867 hasta el CC de 1942, inclusive, sin variación en su contenido en todos los códigos posteriores a 1867. Sólo en septiembre de 1947, con la promulgación del DDV, vino a sufrir una derogación tácita. En efecto, el artículo 1º de este Decreto establece 6 causales de desocupación, que resumidamente exponemos: a) Falta de pago del canon de arrendamiento (después de haber transcurrido 15 días consecutivos a contar de la fecha del vencimiento...); b) Cuando el propietario o algunos de sus parientes consanguíneos hasta el 2º grado tienen necesidad de ocupar el inmueble...; c) Cuando se trate de demolición, reconstrucción total, de reparación que exija el desalojo o de utilización necesaria del inmueble por causa de interés público...; d) Cuando el inmueble sea destinado por el inquilino a usos deshonestos...; e) Cuando el inquilino ocasione al inmueble deterioros mayores que los provenientes del uso normal del mismo.

resolución del contrato, por la normativa contenida en el Código Civil, concretamente por lo dispuesto en el artículo 1.167 de dicho Código.

5. EFECTOS DE LA PROMULGACIÓN DEL DECRETO LEGISLATIVO SOBRE DESALOJO DE VIVIENDAS

Este Decreto produjo profundas transformaciones en las relaciones jurídicas arrendaticias, pues se pasó en forma abrupta de la holganza que proporcionaba el CC a los arrendadores, a las severas restricciones que en contra de éstos estableció el Decreto. En efecto, la gran mayoría de contratos de arrendamiento celebrados antes de la promulgación del DDV, eran a tiempo indeterminado, toda vez que el arrendador gozaba de los beneficios que a su favor establecía el artículo 1.615 CC, en cuya virtud podía libremente deshacerse del contrato o aumentar la pensión de arrendamiento, concediendo al inquilino un plazo de 60 ó 90 días, para la desocupación o para hacer efectivo el aumento correspondiente, según se tratara de una vivienda o de un establecimiento comercial o fabril. Sin embargo, a partir de la promulgación del Decreto, la realidad jurídica arrendaticia tiende a orientarse en sentido contrario a la existente antes de 1947 y así vemos cómo comienza a perfilarse claramente la figura del contrato de arrendamiento a tiempo determinado, la cual ha tenido un rol preponderante en las relaciones arrendaticias, hasta nuestros días.⁷ Es más, fueron introducidas importantes innovaciones en la contratación arrendaticia, tales como las cláusulas de renovación automática de los contratos por períodos sucesivos. Estos períodos sucesivos son generalmente de un año, pues ha sido el año el módulo preferido por los contratantes, independientemente de que en algunos casos el lapso inicial pudo haber sido mas extenso (dos años, tres años), en cuyos casos las prórrogas automáticas generalmente eran por el mismo período inicial. Esta modalidad de contratación ha tenido excelente resultado en nuestros medios arrendaticios y cuando alguna de las partes quiere dar por terminado el contrato, deberá notificarlo a la otra antes del vencimiento del lapso inicial o de las eventuales prórrogas. Debemos agregar que en esta forma

⁷ Ver: Domingo Sosa Brito: *Comentarios a la sentencia de la Sala Plena de la CSJ sobre el Art. 1.615 CC, de fecha 1º de febrero de 1982*. Revista de la Facultad de Derecho N° 31. UCAB. 1982.

se protegió adecuadamente el contrato, en orden a mantenerlo siempre dentro del campo de los contratos a tiempo determinado, con lo cual se evitó la posibilidad de que el mismo en algún momento se convirtiera en un contrato a tiempo indeterminado. Tal actitud obedeció, indudablemente, a las inmensas dificultades que confrontaba el arrendador a la hora de la desocupación del inmueble, pues las severas limitaciones establecidas en la legislación especial, lo convertían en seguro perdedor en el procedimiento administrativo correspondiente.

6. EL DECRETO LEY DE ARRENDAMIENTOS INMOBILIARIOS

En fecha primero de enero de 2000 entró en vigencia el Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Arrendamientos Inmobiliarios, el cual introdujo importantes innovaciones en nuestro contrato.

Debemos comenzar por señalar que, a pesar de haber respetado la tradición de reglar en forma independiente los contratos de arrendamiento a tiempo determinado y los contratos a tiempo indeterminado, desde el punto de vista de la resolución contractual, introdujo mejoras sustanciales en los procedimientos inquilinarios, especialmente al sustraer del ámbito de la Administración Pública los desalojos inmobiliarios respecto de los contratos de arrendamiento a tiempo indeterminado y trasladar su conocimiento y decisión al Poder Judicial. En efecto, es muy claro el artículo 10 *in fine*, cuando establece que “los demás procedimientos jurisdiccionales a que se refiere esta ley, en materia de arrendamientos urbanos y suburbanos, será competencia de la jurisdicción civil ordinaria”. Esos procedimientos jurisdiccionales son los descritos en el artículo 33 LAI, el cual nos dice que “las demandas por desalojo, cumplimiento o resolución de un contrato de arrendamiento, reintegro de sobre alquileres, reintegro de depósitos en garantía, ejecución de garantías, prórroga legal, preferencia ofertiva, retracto legal arrendaticio y cualquier otra acción derivada de una relación arrendaticia sobre inmuebles urbanos o suburbanos, se sustanciarán y sentenciarán conforme a las disposiciones contenidas en el presente Decreto-Ley y al procedimiento breve previsto en el Libro IV, Título XII del Código de Procedimiento Civil, independientemente de su cuantía”. En tal virtud, la única materia de la

competencia de la Administración Pública, es la referente a la regulación inmobiliaria y a la imposición de sanciones que pudieren derivarse de infracciones a la LAI. Todos los procedimientos inquilinarios relacionados con los contratos de arrendamiento a tiempo indeterminado, que antes fueron del conocimiento de la Dirección de Inquilinato y por delegación, de las alcaldías de los respectivos municipios del país, en la presente ley son atribuidos al Poder Judicial.

El artículo 34 LAI, al reglar el desalojo de los inmuebles sujetos a un contrato de arrendamiento a tiempo indeterminado, establece: “Sólo podrá demandarse el desalojo de un inmueble arrendado, bajo contrato de arrendamiento verbal o por escrito a tiempo indeterminado, cuando la acción se fundamente en cualesquiera de las siguientes cláusulas: a) Que el arrendatario haya dejado de pagar el canon de arrendamiento correspondiente a dos (2) mensualidades consecutivas; b) En la necesidad que tenga el propietario de ocupar el inmueble, o alguno de sus parientes consanguíneos dentro del segundo grado, o el hijo adoptivo; c) Que el inmueble vaya a ser objeto de demolición o de reparaciones que ameriten la desocupación; d) En el hecho de que el arrendatario haya destinado el inmueble a usos deshonestos, indebidos o en contravención a la conformidad de uso concedida por las autoridades municipales respectivas o por quien haga sus veces, o por el hecho de que el arrendatario haya cambiado el uso o destino que para el inmueble se pactó en el contrato de arrendamiento, sin el consentimiento previo y por escrito del arrendador; e) Que el arrendatario haya ocasionado al inmueble deterioros mayores que los provenientes del uso normal del inmueble, o realizado reformas no autorizadas por el arrendador; f) Que el arrendatario haya incurrido en la violación o incumplimiento de las disposiciones del Reglamento Interno del inmueble. En los inmuebles sometidos al régimen de propiedad horizontal, el respectivo Documento de Condominio y el Reglamento de Condominio previstos en el artículo 26 de la Ley de Propiedad Horizontal, se considerarán a los fines de este literal, como Reglamento Interno; g) Que el arrendatario haya cedido el contrato de arrendamiento o subarrendado total o parcialmente el inmueble, sin el consentimiento previo y por escrito del arrendador. Parágrafo Primero: Cuando se declare con lugar la demanda de desalojo de un inmueble

ble, con fundamento en las causales señaladas en los b) y c) de este artículo, deberá concederse al arrendatario un plazo improrrogable de seis (6) meses para la entrega material del mismo, contado a partir de la notificación que se le haga de la sentencia definitivamente firme. Parágrafo Segundo: Queda a salvo el ejercicio de las acciones judiciales que correspondan por otras causales distintas a las previstas en el presente artículo”.

Por su parte, las reglas aplicables como siempre al contrato de arrendamiento a tiempo determinado, en cuanto a su resolución, serán las contenidas, por una parte, en el artículo 1.167 del Código Civil; y por la otra, en el artículo 1.616 de dicho código.

7. LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO

Como antes expresamos, se recoge en LAI la muy antigua tradición de someter el contrato de arrendamiento en cuanto a su resolución, en forma totalmente distinta en función de la duración de dicho contrato. En efecto, en el contrato a tiempo indeterminado se aplicarían las causales contempladas en el artículo 34 LAI y en el celebrado a tiempo determinado las reglas respectivas nos las aporta el CC.

El interés esencial de este estudio es destacar los efectos de la resolución judicial del contrato de arrendamiento a tiempo determinado, con respecto al cobro de las pensiones de arrendamiento insolutas causantes de la pretensión resolutoria y las que se siguieren venciendo hasta la terminación natural del contrato o hasta tanto el arrendador pueda dar en arrendamiento de nuevo el inmueble, conforme al artículo 1.616 del CC; y también los efectos de la resolución (desalojo) en el contrato de arrendamiento a tiempo indeterminado, sólo que tales efectos tendrían que limitarse a las pensiones de arrendamiento insolutas para la fecha en que el fallo que ordena el desalojo haya quedado definitivamente firme, pues no es aplicable en este contexto, el artículo 1.616 del CC.

En el contrato de arrendamiento a tiempo indeterminado, la pretensión de la parte actora debería fundamentarse en una cualquiera de las

causales contempladas en el referido artículo 34 LAI. En el anteproyecto de la ley que en trabajo conjunto y fecundo elaboramos el abogado Joel Bracho Franco y quien esto escribe, quisimos hacer un traslado de las causales de desalojo del Decreto Legislativo sobre Desalojo de Viviendas, con algunas importantes modificaciones derivadas de la experiencia adquirida durante el tiempo transcurrido entre la promulgación del DDV (1947) y la formulación del anteproyecto (1979), pues evidentemente la realidad social había sufrido profundas transformaciones, las cuales debían ser tomadas en cuenta en un trabajo que aspiraba convertirse en ley, como a la postre ocurrió. Ello nos autoriza a decir que, en la estructura dogmática del Anteproyecto, se conservó el carácter taxativo (*numerus clausus*) de las causales fundantes de la pretensión de desalojo inmobiliario en un contrato a tiempo indeterminado. Sin embargo, la inclusión del Parágrafo Segundo en el artículo 34 LAI, conforme al cual “queda a salvo el ejercicio de las acciones judiciales que correspondan por otras causales distintas a las previstas en el presente artículo” y no obstante lo que se dice en el encabezamiento de la norma “sólo podrá demandarse el desalojo... cuando la acción se fundamente en cualesquiera de las siguientes causales”, nos conduce directamente al abandono de la idea del *numerus clausus* y por tanto, en la misma medida en que podamos hacer uso de “otras causales”, caemos en el terreno del “*numerus apertus*”; en este contexto, el accionante tendrá la posibilidad de alegar una gama infinita de causales, derivadas todas del incumplimiento del arrendatario de las obligaciones a su cargo en el respectivo contrato de arrendamiento, más allá de las señaladas en el tantas veces mencionado artículo 34 LAI. A nuestro modo de ver, este añadido al artículo 34 LAI coloca el problema de la resolución del contrato de arrendamiento a tiempo indeterminado en la misma situación de la resolución del contrato de arrendamiento a tiempo determinado, llegando incluso a desaparecer virtualmente el rol de la norma, cuyo objetivo inicial fue delimitar restrictivamente los específicos motivos del desalojo inmobiliario, *desideratum* que marcó la característica del anteproyecto y de allí el tratamiento *sui generis* contemplado en su estructura normativa.

Ciertamente que valdría la pena profundizar en estos aspectos, con miras a establecer orientaciones válidas para nuestra jurisprudencia, pero lamentablemente el propósito de estas reflexiones está muy distante de

este tema, pues nuestro esencial interés radica en el examen y análisis de los efectos de la resolución judicial del contrato de arrendamiento, independientemente de su naturaleza de contrato a tiempo determinado o indeterminado.

8. LOS EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN JUDICIAL DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO

Legislación, Doctrina y Jurisprudencia Venezolanas.

Dentro de la teoría general de los contratos, es casi unánime la tendencia a considerar que, pronunciada judicialmente la resolución de un contrato bilateral, las cosas vuelven al mismo estado en que se encontraban antes de la celebración de dicho contrato, como si éste jamás hubiera existido (Laurent, Lepeltier, Planiol, Melich). Las consecuencias que normalmente se desprenden del fallo resolutorio, están constituidas por las llamadas eficacia liberatoria y eficacia recuperatoria de dicho fallo. La eficacia o efecto liberatorio al decir de Arturo Dalmartello se refiere “a las prestaciones todavía no cumplidas, que no deberán ejecutarse más por ninguna de las dos partes (siendo pacífico y del resto obvio, que la resolución libera también al incumpliente); y el efecto recuperatorio, relativo a las prestaciones ya ejecutadas que, en principio, deben ser todas restituidas: tanto de parte del incumpliente, como de parte de aquel que ha cumplido”.⁸

Es importante destacar que la expresada tendencia es inobjetable en los llamados contratos de ejecución instantánea o tracto instantáneo, pero en los contratos de ejecución continuada o tracto sucesivo, tal postura sufre relevantes excepciones, frente a la cuales es pacífica la gran mayoría de la doctrina. En consecuencia, siendo nuestro arrendamiento un ejemplo típico de contrato de ejecución continuada o tracto sucesivo, no pueden ser aplicados a éste los efectos anteriormente enunciados en toda su intensidad. Para Laurent el efecto recuperatorio no se aplica al arrendamiento, en el cual el fallo sólo tendría efectos hacia el futuro; en

⁸ Dalmartello, Arturo: citado por Melich: *La Resolución del Contrato por Incumplimiento*. p. 306. Editorial Temis-Bogotá-Caracas. 1979.

cuanto al tiempo transcurrido, durante el cual el arrendatario ha tenido el goce de la cosa arrendada, es evidente que el contrato produce sus efectos; es un hecho consumado que la resolución no puede afectar.⁹

La doctrina francesa se ha debatido entre los términos “*résolution* o *résiliation*” a la hora de examinar los efectos del fallo que pone fin al contrato de arrendamiento por incumplimiento de sus respectivas obligaciones por alguna de las partes contratantes. Dentro de la primera tendencia (*résolution*) se encuentran, entre otros, Guillouard y Baudry-Lacantinerie y Wahl y en la segunda (*résiliation*) existe un crecido número de juristas, como Laurent, Aubry et Rau, Planiol Ripert Pèrreau, Colin et Capitant, Josserand.

Para los juristas partidarios de la aplicación de los criterios de resolución al contrato de arrendamiento, el arrendador debería devolver al arrendatario todos los alquileres percibidos hasta el momento de la resolución del contrato; pero a la hora de la devolución de las prestaciones del arrendador, es decir, del goce de la cosa por parte del arrendatario, se ven compelidos a la necesidad de solucionar el problema con base a compensaciones pecuniarias, habida cuenta de la imposibilidad de revertir hechos materiales consumados de manera absoluta. Para estos juristas el efecto *ex tunc* que atribuyen al fallo resolutorio no resiste la prueba de la irreversibilidad de los hechos consumados, que en este caso es el disfrute, irrecuperable, de la cosa arrendada. De allí la tendencia que ha privilegiado el criterio de la resiliación, a cuyos fines y con el objeto de hacer expresiva la fuerza de esta tendencia nos permitimos transcribir las elocuentes frases de Planiol: “Efectos de la resiliación: A diferencia de la resolución propiamente dicha, que produce efectos retroactivos, la resiliación surte efectos únicamente para lo futuro. Las obligaciones que el arrendamiento creaba quedan en lo adelante extinguidas, pero han existido; cada una de las partes puede, por tanto, respecto a lo pasado, exigir su cumplimiento. La resiliación constituye en el fondo, no tanto la resolución del arrendamiento, como su disolución. Y

⁹ Laurent, Francois: *Principes de Droit Civil*. Tomo 25. p. 422. París. 1887.

no cabe otra cosa, ya que el disfrute del arrendatario es un hecho material que no puede borrarse: *factum infectum fieri non potest...* El arrendador puede, por tanto, exigir el pago de los alquileres vencidos con anterioridad al día en que el arrendamiento dejó de existir; a la inversa tendrá que restituir al arrendatario los que haya cobrado por adelantado y por un período posterior a la resolución”.¹⁰

En la doctrina nacional es imprescindible en estos temas la cita de nuestro distinguido civilista José Mélich Orsini. En este particular contexto de los efectos de la resolución del contrato, específicamente en los contratos de tracto sucesivo, como el arrendamiento, son singularmente expresivas sus afirmaciones: “Se está generalmente de acuerdo en sostener que en los contratos de ejecución continuada o de tracto sucesivo, si bien se produce el efecto liberatorio de la resolución, no hay en cambio, lugar al efecto recuperatorio. Mientras que ambas partes quedarán liberadas de continuar cumpliendo sus prestaciones para lo porvenir, aquellas prestaciones cumplidas por una de las partes hasta el momento de intentarse la acción no serían objeto de repetición y la parte en cuyo favor ellas se hubieran efectuado sólo estaría obligada a cumplir con el correspondiente pactado en el contrato a cambio de las prestaciones así cumplidas. Se niega, pues, eficacia retroactiva, aun entre las partes, a la sentencia de resolución”.¹¹

Como consecuencia de todo lo antes expuesto, podemos afirmar que la sentencia resolutoria de los contratos de ejecución instantánea tiene efectos *ex tunc*; mientras que las sentencias de resolución de los contratos de ejecución continuada o de tracto sucesivo, sólo tiene efectos *ex nunc*, es decir, únicamente hacia el futuro. De allí la preferencia de la mayoría de la doctrina francesa por el concepto de resiliación, para destacar la eficacia solamente hacia el futuro de la sentencia que pronuncia la terminación del contrato de ejecución continuada, por incum-

¹⁰ *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*. Tomo 10. p. 805. Traducción española de Mario Díaz Cruz. La Habana. 1946.

¹¹ José Mélich Orsini: *La Resolución del Contrato por incumplimiento*. Edit. Temis. Caracas-Bogotá. p. 355.

plimiento de alguna de las partes contratantes, a sus correspondientes obligaciones. Por cierto que la eficacia *ex nunc* de los fallos resolutorios de contratos de tracto sucesivo, según afirma Melich, ha tenido acogida en nuestra jurisprudencia y cita como ejemplo la decisión de la Sala Federal de la Corte Federal y de Casación de fecha 05 de diciembre de 1944, bajo la ponencia del Magistrado Pedro Arismendi Lairer. Nos permitimos transcribir de la obra mencionada de nuestro civilista los párrafos de la sentencia que aparecen en la página 359, cuyo texto es el siguiente: “Puesto que la retroactividad de la resolución tiene por objeto suprimir los efectos que el contrato ha producido en el pasado, es obvio que en el contrato sinalagmático tal retroactividad tiene que ser bilateral o recíproca: si el vendedor restituye el precio, el comprador debe restituir la cosa comprada; de donde se deduce que no procede el efecto retroactivo, porque conduciría a una injusta desigualdad cuando las prestaciones de una de las partes contratantes han consistido en cosas de naturaleza irrestituible, como servicios, el trabajo en su más alta acepción, el uso o el goce de algunos bienes, etc. Por ejemplo, no puede ser retroactiva la resolución en el arrendamiento de cosas, porque a la restitución que el propietario hiciera de los alquileres ya recibidos no podría corresponder el inquilino, para restablecer el equilibrio anterior al contrato, pues él no podría restituir el goce y uso que ya hizo de la cosa durante los meses vencidos y ya pagados. En el contrato de obra sucede lo mismo, ya que no se le podría restituir al arquitecto o empresario su tiempo y su trabajo ya desempeñado, si por la resolución se obligase a restituir el dinero invertido en la obra. En este caso, como en otros, la devolución de lo gastado, como consecuencia de la demolición, se justificaría, no ya por la resolución, sino a título de indemnización aunque el arquitecto perdiese su trabajo y su tiempo, si la obra o la parte ya ejecutada de ésta ha resultado inservible o defectuosa; nunca por cualquier otra clase de incumplimiento del cual no se desprenda como consecuencia, la demolición o el desistimiento de la obra. Basándose en estas y otras consideraciones del mismo orden, la doctrina y la jurisprudencia universales siempre han sostenido que en los contratos de prestaciones periódicas o sucesivas o bien de ejecución progresiva o gradual, que van cumpliéndose por partes, como sucede, según ya se explicó, en el contrato de alquiler, en los contratos de servicios, contratos de obras o empresas de construcción (contrato de empresas), no

tiene aplicación el efecto retroactivo de la resolución; que el incumplimiento, salvo una causa específica que afecte a la obra misma, a su desempeño, no acarrea en estos contratos una verdadera y propia resolución, con supresión de los efectos pasados, sino tan sólo una resiliación, o sea, mera extinción del contrato para lo sucesivo, dejando subsistir los efectos ya realizados”.

La sentencia antes transcrita no sólo confirma la eficacia exclusivamente *ex nunc* de la sentencia resolutoria en materia arrendaticia, sino que también da plena acogida a la teoría de la resiliación en este tipo de contratos, excluyendo de manera expresa la idea de resolución. A este respecto nos resulta obligante hacer referencia a la opinión de Lepeltier sobre la teoría de la resiliación en la doctrina francesa. He aquí en forma sucinta sus reflexiones sobre la materia: “Resolución o resiliación del arrendamiento... tales son los dos términos de la alternativa en presencia de la cual nos encontramos. Ciertos autores han adoptado el primero, mientras que otros han dado su preferencia al segundo ... La ruptura del equilibrio entre las prestaciones recíprocas de las partes, la ausencia de equivalente, he allí la razón de ser de la resolución. En tanto que el contrato de arrendamiento ha sido cumplido regularmente, este equivalente ha existido. Cada una de las partes ha obtenido enteramente las prestaciones con las cuales ella podía contar y que le habían decidido a contratar. La inejecución ulterior del contrato no puede destruir este equilibrio: el arrendador que deja de percibir el pago del arrendatario, no tiene ya la contrapartida a su obligación de hacer gozar al arrendatario de la cosa arrendada, obligación que él continúa cumpliendo... Pero el incumplimiento de una de las obligaciones sinalagmáticas no rompe el equilibrio que existe entre ellas, sino desde el preciso instante en que él se produce. El incumplimiento no afecta los equilibrios anteriores: para éstos, cada una de las obligaciones cumplidas tenía una contraprestación que le servía de equivalente. La conclusión se impone por sí misma: Si la inejecución de una de las obligaciones del contrato no rompe el equilibrio contractual sino hacia el futuro, justamente hasta que el juez pronuncia la resolución –digamos más exactamente la resiliación–, el contrato ha producido sus efectos normales...”.

Como se puede apreciar, Lepeltier centra su atención en la ruptura del equilibrio entre las prestaciones recíprocas de las partes que se deriva del incumplimiento de alguna de ellas de sus correspondientes obligaciones en el contrato sinalagmático. Esa ruptura constituye para este jurista la causa fundante de la pretensión resolutoria del contrato, resolución que tratándose de contratos sinalagmáticos de ejecución instantánea, cumple obviamente su doble eficacia liberatoria y recuperatoria (efecto *ex tunc*). Respecto de los contratos de ejecución continuada o tracto sucesivo, tal eficacia es solamente liberatoria a futuro de las obligaciones derivadas del contrato, a partir del fallo resolutorio (*ex nunc*), pues las prestaciones consumadas en el transcurso del tiempo contractual es obvio que deben quedar incólumes, pues en ese transcurso temporal el contrato conservó su equilibrio entre las prestaciones recíprocas de las partes contratantes.

La doctrina según la cual la resolución tendría eficacia puramente *ex nunc* en los contratos de ejecución continuada o de tracto sucesivo ha sido acogida sin reservas entre nosotros, afirma Mélich y entre otros, señala los criterios favorables de Alejandro Pietri y Maduro Luyando, y agregaríamos, del propio Mélich. Sin embargo, Mélich hace la muy acertada acotación en el sentido de que estas conclusiones valen exclusivamente para los contratos que efectivamente hacen surgir para ambas partes obligaciones en las cuales la duración o periodicidad entra en la causa del contrato, de modo que la íntegra ejecución del mismo, tanto para una parte como para la otra, deba ocurrir de modo continuado o periódico, a través de “parejas de prestaciones” que se realizan corresponsivamente en el tiempo. **Sólo bajo este presupuesto, la irretroactividad de la resolución puede operar siempre sin lesionar el equilibrio sinalagmático entre las partes.**¹²

Nuestro contrato de arrendamiento responde integralmente a las hipótesis planteadas por el eminente jurista venezolano, pues las parejas de prestaciones corresponsivas se realizan o deben realizarse periódicamente en

¹² Mélich: *Ob. Cit.* p. 358.

el tiempo: garantía pacífica y útil de la cosa arrendada, a cargo del arrendador, durante toda la vida del contrato; y pago de la pensión de arrendamiento y cuidado de la cosa arrendada como un buen padre de familia, a cargo del arrendatario. En tal virtud, en el arrendamiento, la resolución contractual no podrá tener en ningún momento eficacia *ex tunc*.

Aun cuando la materia procesal es ajena al tema que nos ocupa, se hace imprescindible señalar que el artículo 33 LAI establece que las demandas por desalojo, cumplimiento o resolución de un contrato de arrendamiento, reintegro sobre alquileres, reintegro de depósito en garantía, ejecución de garantías, prórroga legal, preferencia ofertiva, retracto legal arrendaticio y cualquier otra acción derivada de una relación arrendaticia sobre inmuebles urbanos o suburbanos, se sustanciarán y sentenciarán conforme a las disposiciones establecidas en la propia LAI y al procedimiento breve previsto en el Libro IV, Título XII del Código de Procedimiento Civil (en adelante CPC), independientemente de su cuantía. La pretensión resolutoria en los contratos a tiempo indeterminado, contemplada en LAI como pretensión de desalojo inmobiliario, está reglada por el artículo 34 LAI, respecto de lo cual reiteramos lo antes dicho a propósito del pretendido carácter taxativo de las causales en él previstas, que sí tuvieron en el anteproyecto tal carácter, pero que fueron desnaturalizadas con el añadido del Parágrafo Segundo del mencionado artículo 34. La pretensión resolutoria en materia de contratos a tiempo determinado viene predeterminada por lo dispuesto en el artículo 1.167 del Código Civil, conforme al cual, en el contrato bilateral, si una de las partes no ejecuta su obligación, la otra puede a su elección reclamar judicialmente la ejecución del contrato o la resolución del mismo, con los daños y perjuicios en ambos casos, si hubiere lugar a ello.

Entendemos que tanto la pretensión de desalojo como la pretensión resolutoria propiamente dicha conducen a la resolución del contrato. Se trata de una mera cuestión de terminología, por cuanto la sentencia de desalojo no declara otra cosa que la resolución del contrato a tiempo indeterminado y su consecuencia inmediata, el desalojo del inmueble arrendado. En la misma forma, la sentencia resolutoria en los contratos a tiempo determinado debe necesariamente comenzar en su dispositivo

por declarar resuelto el contrato y su consecuencia inmediata, la entrega del inmueble arrendado.

Sentado lo anterior, es necesario precisar en ambos tipos de contrato de arrendamiento, el efecto *ex nunc* de la sentencia resolutoria y definir desde qué momento la eficacia liberatoria de las obligaciones que se derivan de la resolución tiene vigencia en la realidad. A este respecto, debemos comenzar por traer a colación la opinión de Mélich y examinar sus consecuencias. En efecto, para este autor “debe quedar claro que, aun cuando se admita el principio de la eficacia *ex nunc*, tal eficacia debe referirse al momento del incumplimiento de la obligación que sirve de fundamento a la resolución y no a aquel en que quede firme y se ejecute la sentencia de resolución, pues no sería justo obligar al acreedor demandante a calcular la indemnización que debe satisfacerle el incumplidor conforme al equivalente del valor de su propia prestación que la sentencia le reconoce no haber estado obligado a suministrar (al justificar su demanda de resolución), según la estimación que por ella se pactó en el contrato que se resuelve, sino que dicho acreedor debe tener el derecho a que tal valor se calcule según criterios objetivos y subjetivos con referencia a la fecha del incumplimiento de su deudor (o al menos desde el momento de la demanda de resolución), oportunidad desde la cual no estaba obligado por el contrato a suministrarla y podía haber dispuesto libremente de su propia prestación, en forma aún más ventajosa que el mínimo que le garantizaba en todo caso el contrato resuelto (lucro cesante)...”.¹³

Data Venia del ilustre Maestro, debemos decir que esta opinión no es pacífica en doctrina, por lo que respecta al contrato de arrendamiento y a título de ejemplo citaremos algunos autores, quienes sostienen precisamente lo contrario: Lepeltier sostiene que el contrato en estos casos produce sus efectos normales hasta el día del fallo y el arrendador retiene los alquileres vencidos que le habían sido pagados y él puede actuar en ejecución por los alquileres vencidos que no le hubieran sido

¹³ Mélich Orsini, José: *Ob. Cit.* p. 361.

pagados.¹⁴ Laurent, por su parte, nos dice: “El arrendatario debe pagar los alquileres vencidos hasta el propio momento de la resolución, sin que sea necesario distinguir si el contrato ha sido resuelto por falta del arrendador o del arrendatario”.¹⁵ Planiol afirma: El arrendador puede, por tanto, exigir el pago de los alquileres vencidos con anterioridad al día en que el arrendamiento dejó de existir; a la inversa, tendrá que restituir al arrendatario los que haya cobrado por adelantado y por un período posterior a la resolución.¹⁶

Por otra parte, en nuestro CC, el artículo 1.616 establece que si se resolviera el contrato celebrado por tiempo determinado, por falta del arrendatario, tiene éste la obligación de pagar el precio del arrendamiento por todo el tiempo que medie hasta que se pueda celebrar otro o por el que falte para la expiración natural del contrato, si este tiempo no excede de aquél, además de los daños y perjuicios que se hayan irrogado al propietario. La raíz remota de esta disposición la encontramos en el artículo 1.760 del Código Civil francés, si bien un tanto mejorado respecto al viejo texto. Esta disposición (Art. 1.616) extiende, por así decirlo, el efecto del contrato cuya resolución se demande con fundamento en la falta del arrendatario, más allá de la firmeza del fallo, pues el juez deberá contemplar en el dispositivo de la sentencia la obligación a cargo del arrendatario de pagar los cánones de arrendamiento hasta la expiración natural del contrato o hasta que pueda dar nuevamente el inmueble en arrendamiento y condenarlo al cumplimiento de tal obligación. Es verdad que esta disposición incurre en notoria ambigüedad, como su antecedente remoto y entonces quedará en las manos del Juez hacer las precisiones pertinentes, tal como lo predicaba Laurent respecto al artículo 1.760 del Código Civil francés. En este caso, el arrendador demandante deberá elegir una de las dos opciones que le proporciona la norma y pedir al juez que en la sentencia de la causa condene al arrendatario incumpliente, a pagar el canon de arrendamiento por el lapso que falte para la expiración natural del contrato (si esta

¹⁴ Lepeltier, Eugène: *Résolution Judiciaire des Contrats pour Inexécution des Obligations*. Librairie Dalloz. París. 1934. p. 346.

¹⁵ Laurent. *Ob. Cit.* p. 422 del Tomo 25.

¹⁶ Planiol: *Ob. Cit.* p. 895.

fuere la opción elegida) o hasta que pueda ser arrendado nuevamente el inmueble (la otra opción), en cuyo caso deberá solicitar del Juez la fijación de un plazo preciso, a fin de que el fallo no incurra en el vicio de indeterminación objetiva, lo cual acarrearía su nulidad en los términos previstos en el artículo 244 del CPC. El Juez, por su parte, tendrá que evaluar las circunstancias del mercado inmobiliario de alquileres y fundar su decisión a este respecto, en los conocimientos de hecho que pueda brindarle su experiencia.

En tales circunstancias, siendo congruentes con la tendencia mayoritaria en la doctrina, llegaremos a las siguientes conclusiones: i) En los contratos a tiempo indeterminado, al demandante le asiste pleno derecho para invocar como fundamento de la acción de desalojo la falta de pago de las pensiones de arrendamiento vencidas e impagadas y además puede, al mismo tiempo, demandar el pago de las pensiones de arrendamiento insolutas y las que siguieren venciendo hasta la fecha del fallo definitivamente firme. No habrá en este caso inepta acumulación de pretensiones, por las razones que más adelante expondremos; ii) En los contratos de arrendamiento a tiempo determinado, cuando el arrendatario incurriere en incumplimiento de sus obligaciones, el demandante tiene derecho a solicitar la resolución del contrato de arrendamiento y el pago de las pensiones insolutas que han fundamentado la acción resolutoria, así como también el pago de las pensiones de arrendamiento que se siguieren venciendo hasta la sentencia definitiva y firme del proceso. También le asiste el derecho de reclamar el pago de todas aquellas pensiones de arrendamiento que faltaren hasta la extinción natural del contrato de arrendamiento o hasta que pueda darse nuevamente en arrendamiento el inmueble, a opción del demandante. Tampoco habrá desde el punto de vista procesal, inepta acumulación en este caso; iii) Los daños y perjuicios, por el menoscabo patrimonial que pueda sufrir el demandante, por la conducta del arrendatario incumpliente.

Es necesario observar que ha venido siendo práctica común en nuestros tribunales el alegato de la cuestión previa contemplada en el ordinal sexto del artículo 346 del CPC, esto es, el defecto de forma del libelo de la demanda, por no haberse llenado en el libelo los requisitos que indica el artículo 340 o **por haberse hecho la acumulación prohibida en el**

artículo 78, cada vez que a la pretensión resolutoria del contrato de arrendamiento se acumula la pretensión de cobro de las pensiones de arrendamiento insolutas hasta el día de la presentación de la demanda, así como las que se siguieren venciendo hasta el fallo definitivamente firme de la causa y aun aquellas contempladas en el artículo 1.616 del CC. La cuestión previa se centra en el alegato de inepta acumulación de pretensiones, pues en criterio de quienes sostienen esta tesis, el cobro de las pensiones insolutas y de las demás pensiones antes indicadas, convierte el libelo en un instrumento contentivo de una pretensión de resolución, y a la vez de una pretensión de cumplimiento del contrato de arrendamiento, lo cual sería (en la óptica de los sostenedores de la tesis) legalmente improcedente, habida cuenta de lo dispuesto en el artículo 1.167 del CC.

El mencionado artículo 78 del CPC establece que no podrán acumularse en el mismo libelo pretensiones que se excluyan mutuamente o que sean contrarias entre sí; ni las que por razón de la materia no correspondan al conocimiento del mismo tribunal; ni aquellas cuyos procedimientos sean incompatibles entre sí. Sin embargo, podrán acumularse en un mismo libelo dos o más pretensiones incompatibles para que sean resueltas una como subsidiaria de otra, siempre que sus respectivos procedimientos no sean incompatibles entre sí. Es necesario, entonces, examinar, a la luz de la doctrina antes expuesta, si la acumulación de la pretensión resolutoria con la pretensión de cobro de las pensiones de arrendamiento vencidas e impagadas y las que siguieren venciendo hasta el día de la firmeza del fallo resolutorio y aún más, en los contratos de arrendamiento a tiempo determinado, las pensiones de arrendamiento a que hace mención el artículo 1.616 del Código Civil, cae dentro de los supuestos de indebida acumulación contemplados en el referido artículo 78 CPC. Estos supuestos serían concretamente los relativos a pretensiones que se excluyan mutuamente o sean contrarias entre sí, pues los demás no tendrían obviamente influencia alguna en el tema. En consecuencia, nos corresponde dilucidar en primer lugar si las referidas pretensiones de resolución del arrendamiento y de cobro de las pensiones de arrendamiento insolutas y aun de las previstas en el artículo 1.616 del CC, en la forma antes indicada, se excluyen mutuamente y por tanto habría inepta acumulación de pretensiones. La respuesta debe ser ne-

cesariamente negativa y es más, debemos decir enfáticamente que dichas pretensiones en ningún momento pueden excluirse mutuamente, pues el carácter de tracto sucesivo del contrato de arrendamiento, no sólo no hace viable tal mutua exclusión sino que precisamente posibilita la solución contraria. Piénsese por un momento, *gratia argüendi*, en un contrato de compraventa cuya resolución demanda el vendedor por falta de pago total o parcial del precio, y a la vez demanda el pago de dicho precio: por tratarse de un contrato de ejecución instantánea, en el cual la resolución surte la plenitud de sus efectos (liberatorio y recuperatorio), resulta evidente que el vendedor estaría obligado a devolver la parte de precio recibida (si tal fuere el caso) y el vendedor a devolver la cosa adquirida. En tales circunstancias, por la propia naturaleza del contrato de compraventa, resulta que la acumulación de la pretensión resolutoria y de pago del precio se excluyen mutuamente, porque, entre otras cosas, el accionante debe ser quien devuelva alguna parte de dicho precio antes cobrada; y por otro lado, declarada judicialmente la resolución, es inmediato el efecto liberatorio de ésta en cuanto al pago del precio por parte del comprador; en consecuencia, en este caso se pone de relieve la mutua exclusión de las pretensiones, toda vez que la sola pretensión de cobro del precio es naturalmente contraria a la idea de resolución. Si quien teóricamente está obligado a devolver el precio o parte de él, en lugar de adoptar esta conducta, exige su pago judicialmente, no puede al mismo tiempo proponer la pretensión resolutoria que involucraría la devolución de la cosa vendida: no puede el vendedor reclamar al mismo tiempo, so pena de incurrir en incongruencia absoluta, el precio y la devolución de la cosa al mismo tiempo. En efecto, si el Juez pronuncia la resolución, el comprador no sólo no debe pagar el precio, sino que tiene legítimo derecho a que se devuelva la parte que él hubiera pagado. Lo que sí debe hacer es devolver la cosa adquirida. Resulta claro, pues, que el vendedor debe elegir una u otra vía, pues elegir las dos al mismo tiempo conduciría a la insostenible situación de dos pretensiones que en su contenido lleven cada una el germen de destrucción de la otra, es decir, que se excluyen mutuamente. El efecto liberatorio de la resolución respecto de la obligación a cargo del comprador, de pago del precio, surge como argumento excluyente de ambas pretensiones, tanto en el plano sustancial como en el procesal y el efecto recuperatorio de la resolución judicial debe situarse en la oportunidad

precisa del incumplimiento de la obligación del comprador, que dio lugar a la resolución.

En cambio, en el contrato de arrendamiento, sus efectos jurídicos en el tiempo quedan incólumes hasta la fecha de firmeza del fallo definitivo pronunciado en la causa, lo cual significa que el arrendatario continúa obligado al pago de las pensiones de arrendamiento durante todo el transcurrir del iter procesal y en el caso particular de los contratos de arrendamiento a tiempo determinado, hasta la terminación natural del contrato de arrendamiento cuya resolución se demanda o hasta que pueda ser nuevamente arrendado el inmueble objeto de dicho contrato. En otras palabras, al no tener el fallo en materia arrendaticia la eficacia recuperatoria (*ex tunc*) pregonada por la doctrina y la jurisprudencia y al ser solamente viable la eficacia liberatoria de la resolución, a partir del fallo definitivamente firme de la causa, resulta a nuestro modo ver, completamente evidente que no se pueden excluir mutuamente las referidas pretensiones. Los anteriores argumentos son también perfectamente aplicables al otro supuesto de la norma del artículo 78 CPC, relativo a pretensiones contrarias entre sí. Debemos agregar que el arrendador tiene pleno derecho a cobrar sus pensiones de arrendamiento, en la forma antes expresada, pues durante toda la duración del proceso y hasta la entrega voluntaria o forzada del inmueble objeto del contrato resuelto, como acto de ejecución de la sentencia resolutoria firme, el arrendatario ha venido disfrutando del goce de la cosa objeto de dicho contrato. Interpretar las normas involucradas de otra manera, sería tanto como sostener que el artículo 78 del CPC en este caso atentaría contra la economía procesal, obligando al accionante a esperar el largo tiempo necesario para lograr que el respectivo fallo acceda al estadio de la cosa juzgada formal, para luego reclamar judicialmente, en un nuevo proceso, todas las pensiones de arrendamiento, inclusive las contempladas en el artículo 1.616 del CC, lo cual real y evidentemente pudo haber hecho dentro del proceso resolutorio. En efecto, no se requeriría un gran esfuerzo hermenéutico para considerar que si el artículo 1.616 del CC otorga el mandato al Juez para que condene al arrendatario al cumplimiento de las obligaciones relativas al pago de las pensiones de arrendamiento por todo el tiempo que medie hasta que se pueda celebrar otro o por el que falte para la expiración natural del contrato, si este tiempo

no excede de aquél; con mayor razón el juzgador deberá condenar al arrendatario al pago de todas las pensiones de arrendamiento impagadas hasta la fecha de la propia sentencia y aún más, hasta la terminación natural del contrato o hasta que pueda arrendarse nuevamente el inmueble, si se trata de un contrato a tiempo indeterminado.

En virtud de todas las razones precedentemente expuestas, resulta obligado disenter de la opinión del Maestro Mélich, en el sentido de que las pensiones de arrendamiento que puede reclamar el accionante en la resolución del contrato de arrendamiento por falta de pago del precio del arrendamiento, serían aquellas generadas hasta la fecha del incumplimiento. En efecto, la aceptación de este punto de vista no sería congruente con la posición que hemos adoptado sobre los efectos de la resolución judicial del contrato de arrendamiento, tal como ha quedado antes plasmado. Por otra parte, sería completamente injusto que mientras aun dentro del curso del proceso el arrendador sigue cumpliendo su prestación, toda vez que el arrendatario sigue en el goce de la cosa arrendada, el arrendatario reciba el efecto liberatorio de su prestación y tenga el arrendador que demandar por vía de indemnización de daños y perjuicios, las pensiones de arrendamiento insolutas, con posterioridad al fallo y una vez que éste quede definitivamente firme. Todo ello constituiría y es más, cohonestaría un grave desequilibrio de las prestaciones, pues mientras una permanece vigente, la del arrendador (sin real efecto liberatorio), la otra disfrutaría del efecto liberatorio de la resolución aun antes de producirse ésta y después de ella, toda vez que la única pretensión reservada al arrendador en estas circunstancias sería la de indemnización de los daños y perjuicios. Es evidente, pues, que esta posición se hace insostenible, lo cual nos permitimos afirmar, con todo respeto frente al consagrado Maestro. A mayor abundamiento, es necesario indicar que tanto el artículo 1.167, como el 1.616, ambos del CC, se refieren a la posibilidad de demandar daños y perjuicios, con lo cual hacen una clara diferencia en lo referente al pago de los cánones de arrendamiento y a los daños y perjuicios propiamente dichos; en otras palabras, en el caso del arrendador, puede éste reclamar además del pago de las pensiones de arrendamiento, también los daños y perjuicios que haya podido ocasionarle la conducta del arrendatario incumpliente.

El distinguido jurista venezolano Gilberto Guerrero Quintero sostuvo hace algunos años la tesis antes expuesta, al decir: “Existe un único caso en que las acciones de resolución y cumplimiento pueden intentarse conjuntamente, esto es, acumuladas en la misma demanda, cual es: cuando se trata de un contrato de tracto sucesivo, el cumpliente puede demandar la resolución del contrato y al mismo tiempo el cumplimiento o ejecución de las obligaciones incumplidas, que es distinto al cumplimiento del contrato. Por ejemplo, un contrato de arrendamiento a tiempo determinado, si el arrendatario deja de pagar las pensiones arrendaticias, el arrendador puede solicitar la resolución de ese contrato y al mismo tiempo puede pedir el pago de tales mensualidades”.¹⁷

Sin embargo, este prolífico autor cambia de opinión en su más reciente obra, cuando ahora nos dice: “Las acciones por cumplimiento de contrato y resolución del mismo no pueden acumularse en la misma demanda del actor, debido a ser las mismas pretensiones excluyentes e incompatibles (Art. 78 CPC), no obstante que puedan acumularse al mismo libelo, para ser resueltas una como subsidiaria de la otra, siempre que sus respectivos procedimientos no sean incompatibles entre sí”.¹⁸

Por su parte, la jurisprudencia venezolana nos aporta importantes decisiones, tales como las que en su parte pertinente nos permitimos resumir a continuación: i) Sentencia de fecha 13 de enero de 1964. Corte Superior Segunda en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, cuyo texto reza: “Respecto a los pedimentos de la actora, relativos a la resolución del contrato por una parte y el pago de los cánones vencidos y que se sigan venciendo hasta la oportunidad en que tenga lugar la desocupación del inmueble, se observa: aun cuando aparentemente pudieran ser considerados contradictorios, ya que se demanda la resolución y el monto de los cánones, que viene a ser el cumplimiento de las obligaciones del contrato mismo, no

¹⁷ Guerrero Quintero, Gilberto: *La Resolución del Contrato*. Grafindustrial Aragua. Maracay. 1980. p. 318.

¹⁸ Guerrero Quintero. *Tratado de Derecho Arrendaticio Inmobiliario*. Vol. I. p. 134. Ediciones UCAB. 2003.

hay tal oposición en el *petitum*, dada la naturaleza del contrato de arrendamiento. En efecto, la consecuencia de la resolución de un contrato cuyas prestaciones recíprocas se efectúan de una sola vez, como la compraventa, es la de regresar a la situación anterior a la celebración del contrato: devolución del bien vendido por parte del adquirente y del precio por el vendedor, aparte de los daños y perjuicios si éstos fueren reclamados; pero la situación cambia radicalmente si se trata de contratos de tracto sucesivo, como es el caso que nos ocupa. En ellos, si bien es cierto que la resolución remonta sus efectos hasta la oportunidad en que fue requerida judicialmente, y de allí que una vez introducido el libelo en este sentido no le sea posible al demandado cumplir válidamente la prestación convenida, también es indudable que mientras dure la relación el demandado está obligado a continuar cumpliendo sus obligaciones;¹⁹ ii) Sentencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de fecha 21 de marzo de 1968, en la cual podemos leer: “Ahora bien: Es cierto que al tenor del artículo 1.616 del Código Civil, cuando un contrato de arrendamiento celebrado por tiempo determinado se resuelve por falta del arrendatario, éste tiene la obligación de pagar el precio del arrendamiento, bien por todo el tiempo que medie hasta que se pueda celebrar otro, o por el que falte para la expiración natural del mismo contrato. Pero si el arrendador al pedir la resolución del contrato se limita a demandar “el pago de los arrendamientos caídos y los que se venzan hasta que se le entregue desocupado el inmueble”, como es el caso de autos, es indudable que ese arrendador ha modificado, en provecho del arrendatario, los dos períodos que a elección del primero establece el artículo citado para el pago de los arrendamientos a que está obligado el segundo como consecuencia de la resolución del contrato por su incumplimiento. Y ello, porque dejando así en manos del arrendatario la entrega del inmueble arrendado, la obligación de éste de pagar el precio del arrendamiento ya no sería por alguno de los dos períodos indicados, sino por el período que el propio arrendador, renunciando al derecho que le asistía, le fijó en su libelo de demanda, al pedirle el pago de esos arrendamientos “solamente hasta que le entregue desocupado

¹⁹ Ver: Ramírez y Garay. 1964. Tomo 9. p. 168.

el inmueble” y no “hasta que se pueda celebrar otro contrato” o “hasta la expiración natural del contrato resuelto”. A esos términos, pues, del petitorio del libelo, debía ajustarse la condenatoria contenida en la parte dispositiva del fallo”;²⁰ iii) Sentencia de fecha 28 de febrero de 2003 de la Sala Constitucional del TSJ, cuyo texto en su parte pertinente dice: “La presente acción de amparo constitucional fue ejercida por la accionante porque, según su entender, el Juzgado Sexto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, con la sentencia dictada el 23 de mayo de 2001, le violentó sus derechos constitucionales a la defensa y a un debido proceso, establecidos en el artículo 49.1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, ya que ordenó revocar la decisión del 25 de septiembre de 2000, dictada por el Juzgado Vigésimo Tercero de Municipio de la misma Circunscripción Judicial, fundamentándose en el hecho de que el hoy accionante acumuló, en el procedimiento iniciado ante el citado Juzgado de Municipio, pretensiones excluyentes al demandar la resolución del contrato de arrendamiento y, al mismo tiempo, solicitar el pago de los cánones de alquiler vencidos. Con vista en los alegatos en que se fundamenta la presente acción de amparo constitucional, esta Sala considera necesario destacar que la acción resolutoria ha sido definida por la doctrina como la facultad que tiene cualquiera de las partes intervinientes en la celebración de un contrato bilateral, de pedir la terminación del mismo y, en consecuencia, ser liberado de su obligación si la otra parte no cumple la suya. Fundamentándose en la definición antes dada, cuando D-Todo... demandó ante el Juzgado Décimo Tercero de Municipio... la resolución del contrato de arrendamiento celebrado con el ciudadano..., nada le impedía exigir al mismo tiempo el pago de los cánones de arrendamiento vencidos –los cuales comprenden los daños y perjuicios, los cuales pueden demandarse con la acción resolutoria– pues con este proceder, se proponía poner fin al contrato celebrado y lograr que, al mismo tiempo, el arrendatario cumpliera con las obligaciones contraídas, dado que, en caso contrario, se estaría enriqueciendo sin causa. Por lo antes expuesto esta Sala concluye que el fundamento de la decisión dictada por el Juzgado Superior

²⁰ Ramírez y Garay: *Jurisprudencia Inmobiliaria de la Corte Suprema. 1960-1969*. Tomo I. pp. 155-156. Caracas. 1981.

Tercero en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, el 17 de diciembre de 2001, que declaró con lugar la acción de amparo constitucional intentada por D-Todo.. está ajustada a derecho, pues el hoy accionante podía perfectamente en la misma pretensión demandar la resolución del contrato celebrado y el pago de los cánones de arrendamiento vencidos; en consecuencia, se confirma la mencionada decisión”.²¹

Hemos hecho mención a las sentencias que respaldan el parecer expuesto en estas reflexiones, pero es necesario señalar que todavía se dictan, con harta frecuencia en nuestros tribunales, sentencias que recogen un parecer contrario. En efecto, ha sido bastante cuesta arriba convencer a nuestros jueces del tratamiento especial que debe darse a la resolución judicial de los contratos de ejecución continuada o tracto sucesivo. Sin embargo, estamos confiados en que la jurisprudencia nacional se inclinará a la postre por superar el escollo que hoy representa la aplicación de los criterios de resolución a los contratos de ejecución instantánea, a los contratos de tracto sucesivo. Con esta firme creencia, damos por concluidas estas breves reflexiones sobre materia tan importante para el acontecer jurídico venezolano.

²¹ Ver: Ramírez y Garay. Tomo CXCVI. Ene-Feb. 2003. pp. 423-424.

La responsabilidad colectiva y su tratamiento en el derecho argentino

Silvia Y. TANZI*
Ethel HUMPHREYS**

SUMARIO:

Introducción.

- 1. Código Civil Argentino: 1.1** *La obligación de reparar.* **1.2**
Proyectos de reformas al Código Civil.

Conclusiones

* **Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales y Universidad Nacional de la Patagonia** (Argentina), Profesora Titular. **Universidad de Santiago del Estero** (Argentina), Profesora Asociada. **Museo Social Argentino**, Profesora Adjunta. **Universidad de Belgrano** (Argentina), Profesora Invitada. **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala “F”**, Oficial Mayor. Dirección electrónica: silviatanzi@yahoo.com.ar

** **Universidad Nacional de Buenos Aires**, Jefe de Trabajos Prácticos de *Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual y Elementos de Derechos Reales*. **Comisión de Selección del Magistrados y Consejo de la Magistratura de la Nación**, *Escuela Judicial*, Oficial Mayor. Dirección electrónica: ethel_hump@yahoo.com.ar

INTRODUCCIÓN

Durante los últimos años se ha profundizado el estudio de la denominada “responsabilidad colectiva”, quizás como respuesta a los diferentes fenómenos sociales, concentradores de grupos de personas en grandes aglomeraciones de las que pueden devenir actividades dañosas o en las variadas situaciones en las que la víctima de un daño debe enfrentarse a responsables no individualizados.

En el plano de la intervención plural se distinguen varios supuestos:

a) Causalidad conjunta o común: se presenta en todos aquellos casos que varias personas cooperan al mismo resultado. Se plantea ante los coautores de un delito (Art. 1081, Cód. Civ. Arg.) o los cointervinientes de un cuasidelito (Art. 1109, Cód. Civ. Arg.) y responden solidariamente, es decir, por el todo.

b) Causalidad acumulativa o concurrente: en determinadas situaciones varios intervinientes actúan de tal manera que sus actos, independientes entre sí, habrían producido el mismo daño de no haberse operado aislados pero tiene el alcance de atribuir a todos y cada uno de ellos el resultado final.

c) Causalidad disyunta o alternativa: la consecuencia final se atribuye a una u otra persona de manera excluyente. Así se imposibilita probar la relación causal debido a la falta de elementos probatorios que permitan determinar cuál de varios sujetos es el autor del daño que justifica su reparación.¹

Contrariamente, no se suman responsables cuando cada uno de los que intervienen provoca una parte determinada del daño, perfectamente separable.

¹ Conf. Alterini, Atilio A. - Ameal, Oscar - López Cabana, Roberto M., *Derecho de Obligaciones*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, nro. 512, ítem 3 y 1920, pp. 813 y ss.

Las V Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Rosario, Argentina, 1971) en el tema V, punto 13) sostuvieron que “cuando el daño es causado por un miembro no identificado de un grupo determinado, todos sus integrantes están obligados *in solidum* a la reparación de la acción si la acción del conjunto es imputable a culpabilidad o riesgo”.²

En el ámbito de la responsabilidad colectiva la concentración de las dificultades se ubica en la legitimación pasiva³ y el factor de atribución.

Con respecto a la primera problemática se plantearon dos concepciones:⁴ la que se formula desde el damnificado y admite dicha responsabilidad y, la que preconiza la eximición para evitar la injusticia de que nazca la obligación de reparar a quienes no fueron sus autores aunque se hayan vinculado en forma circunstancial con el hecho generador.

Al analizar el derecho comparado se diferencian dos líneas:

a) Los sistemas que contienen una normativa general contemplativa de la responsabilidad colectiva. Así, el artículo 830 del Código Civil alemán (BGB) expresa que: “Si varios han causado un daño por un acto ilícito en común, cada uno de ellos es responsable del daño. Lo mismo vale si no se puede saber quién entre varios participantes ha causado el daño con su acto...”.

El derecho japonés (Art. 719) afirma que: “cuando varias personas han causado un daño a otra por un acto ilícito cometido en común, están obligadas solidariamente a la reparación del daño. Lo mismo ocurre cuando es imposible reconocer cuál de los coautores del acto ha causado el daño”. El artículo 137 del Código Civil polaco presenta una solución similar a la expuesta.⁵

² Alterini, Atilio A., *Responsabilidad Civil. Límites de la Reparación Civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, pp. 165 y ss.

³ Lorenzetti, Ricardo, *Responsabilidad colectiva, grupos y bienes colectivos*, LL, 8-VIII-1996, año LX, N° 150, p. 1.

⁴ López Cabana, Roberto M. - Lloveras, Néstor, *La responsabilidad colectiva. Pautas para su aplicación en el derecho civil argentino*, E.D., 48-799.

⁵ Mosset Iturraspe, Jorge, *Responsabilidad por Daños*, T. I, Buenos Aires, 1971, nota 48, p. 206.

b) En otro orden, sólo se la acepta en distintos supuestos concretos. Así, el Código Civil chileno (Art. 2.328) establece que: “El daño causado por una cosa que cae o se arroja de la parte superior de un edificio, es imputable a todas las personas que habitan la misma parte del edificio y la indemnización se dividirá entre todas ellas, a menos que se pruebe que el hecho se debe a la culpa o mala intención de alguna persona exclusivamente, en cuyo caso será responsable ésta sola ...”. Similares artículos se hallan en los códigos de Uruguay (Art. 1330), del Salvador (Art. 2.079) y Colombia (Art. 2.355).

La legislación argentina (Art. 1119, Cód. Civil) contempla una situación tomada de la sistémica posclásica del Derecho Romano⁶ en tanto incorporó la acción romana de *effusis et defectis* que se interponía contra el habitante de una casa desde la cual se hubiere arrojado o vertido algo sobre una vía pública: en igual sentido la adoptaron o vertido la normativa española (Art. 1910) y la brasileña (Art. 1529).

En Francia, el desarrollo de la responsabilidad colectiva ha transitado varias etapas:

En una primera se mantuvo la responsabilidad individual para evitar injusticias ante la condena de un inocente.

Hacia 1955 se trató de lograr un camino para asegurar la reparación y así se plantearon diferentes situaciones que abarcaban desde la acción directa del damnificado contra la compañía de seguros en el caso de que los miembros estuviesen cubiertos por dicha compañía o culpa del organizador o de quien inició la actividad dañosa.⁷

En una etapa posterior en la evolución de la jurisprudencia francesa, se admitió la responsabilidad colectiva indirectamente en la culpa común

⁶ López Cabana, Roberto M., *Responsabilidad Civil Objetiva*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, cap. CI, pp. 1.777 y ss.

⁷ Garrido Cordobera, Lidia M. R., *La reparación de daños colectivos*, Cuadernos de Investigación del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja”, Facultad de Derecho (U.B.A.), N° 3, pp. 20 y ss.

del grupo. En algunos casos esa culpa se asentaba en el hecho de haberse agrupado dadas las circunstancias en que se ejecutó (Art. 1382, Cód. Civ. Francés) o bien se basaba la culpa en la guarda común de la cosa originadora del daño (Art. 1384, 1er. párr., Cód. Civ. Francés).⁸

En la “acción con finalidad de subsidio” prevista en el artículo 342 del Código francés, según ley 72-3 del 3 de enero de 1972, complementada por ley 77-1456 del 29 de diciembre de 1977, es suficiente demostrar haber tenido el demandado relaciones íntimas –durante la época de la concepción– sean ocasionales o temporarias, con la madre del que reclama, sin tener en cuenta la probanza de que varios también las hayan mantenido. En el ámbito del derecho francés se presentaron diversas situaciones, en particular cuando se ocasionaban daños a un importante número de damnificados sin que puedan ser identificados el o los autores. Así se aplican soluciones típicas de la responsabilidad colectiva porque se atribuye a los que pudieran ser causantes en la proporción que hayan contribuido a ello.⁹

1. CÓDIGO CIVIL ARGENTINO

Vélez Sarsfield se enroló en el sistema de la culpa al tratar los fundamentos de la responsabilidad civil. Sin embargo, al legislar el artículo 1119 se inclinó hacia un criterio alternativo frente al subjetivo tradicional.¹⁰

La mencionada norma civil se vincula con el artículo 95 de la legislación penal¹¹ que sostiene: “Cuando en riña o agresión en que tomaren parte más de dos personas, resultare muerte o lesiones de las determi-

⁸ Bustamante Alsina, Jorge H., *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, 4ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983, pp. 548 y ss.

⁹ Lambert-Faivre, Ivonne, *La evolución de la responsabilidad civil de una deuda de responsabilidad a un crédito de indemnización*, en Alterini, Atilio A. - López Cabana, Roberto M., *Derecho de Daños*, La Ley, Buenos Aires, 1992, exordio con traducción de Eliana A. Núñez, p. XIV.

¹⁰ Las leyes 25 y 26, Título XV, P. Art. 7º que el codificador invocó en la nota al artículo 1119 constituyen las fuentes de la norma referida.

¹¹ Kemelmajer de Carlucci, Aída, en Belluscio, Augusto C. - Zannoni, Eduardo A., *Código Civil y Leyes Complementarias. Comentado, Anotado y Concordado*. T. V, Astrea, Buenos Aires, 1984, p. 657.

nadas en los artículos 90 y 91, sin que constare quiénes las causaron, se tendrá por autores a todos los que ejercieron violencia sobre la persona del ofendido”.

La sentencia recaída en sede penal hace cosa juzgada en el fuero civil conforme lo establece el artículo 1102 del Código Civil, de modo tal que implica la atribución de responsabilidad a los que participaron en el hecho sobre “bases totalmente alejadas de las tradicionalmente exigidas para que surja la obligación de resarcir”.¹²

Sólo con relación a alguno de los participantes podrán configurarse los presupuestos de la responsabilidad civil, es decir, del incumplimiento antijurídico,¹³ la imputabilidad (dolo) y la relación causal entre el hecho y los perjuicios. Los restantes inculpatos sólo tendrán el elemento “daño” y estarán obligados a reparar quizás en ausencia de dolo o culpa y de la causalidad entre la violencia ejercida entre la víctima y las lesiones o muerte sobreviniente.¹⁴

El artículo 1119 del Código Civil establece concretamente la responsabilidad colectiva y se aparta del sistema tradicional construido por el codificador para admitir la posibilidad de una responsabilidad sobre temas diferentes.¹⁵

El problema que se suscita es:

- a) La posibilidad de su extensión a todos aquellos casos de imposible identificación del autor de un hecho por haberse ocasionado un daño por un grupo individualizado, y
- b) El factor de atribución por el que corresponde responsabilizar a “todos del daño causado” si son “dos o más los que habi-

¹² López Cabana, Roberto M., *Responsabilidad Civil Objetiva*, cit., p. 189.

¹³ Alterini, Atilio A., *El Incumplimiento Considerado en sí Propio*, Buenos Aires, 1963.

¹⁴ Zannoni, Eduardo A., *El Daño en la Responsabilidad Civil*, Astrea, Buenos Aires, 1981, pp. 3 y ss.

¹⁵ López Cabana, Roberto M., *Responsabilidad ...*, cit., p. 191.

tan la casa, y se ignora la habitación de donde procede” la cosa generadora del perjuicio.

López Cabana¹⁶ señala que este tema se enlaza con otro fundamental: averiguar si cualquiera fuere aquel factor, es factible extenderlo con el objeto de responsabilizar al conjunto, a todas las situaciones en que, ante la falta de determinación de su autor y la presencia de un daño, aparecen varios sujetos vinculados en forma circunstancial a su producción.

Esmein¹⁷ enunció la teoría según la cual el fundamento de la responsabilidad colectiva estaría dado por una “dispensa probatoria” a favor de quien sufrió el daño acerca de la identificación del autor, cuando han sido acreditados los presupuestos de la responsabilidad individual respecto de un miembro ideal del grupo. Se traslada el *onus probandi* a los que integran el conjunto, o sea, a todos los autores posibles quienes, sino logran acreditar su no vinculación, serán considerados responsables en su totalidad.¹⁸ La teoría de Esmein ha sido plasmada por la jurisprudencia civil en el caso de los accidentes de tránsito causados por más de un automotor. En tal sentido, se sostiene que tanto el damnificado como sus causahabientes no tienen por qué investigar la mecánica del hecho y determinar el causante del perjuicio, pudiendo dirigir su acción contra todos los que participaron en él.¹⁹

El tema de la “dispensa de pruebas” se relaciona directamente con un criterio procesal pero no supone que se trata de un fundamento jurídico para la responsabilidad colectiva.²⁰

¹⁶ López Cabana, Roberto M., *Responsabilidad colectiva. Régimen legal en Argentina y Latinoamérica*, en *Cuestiones Modernas de la Responsabilidad Civil*, La Ley, Buenos Aires, 1988, pp. 225 y ss.

¹⁷ Esmein, nota en J.C.P., 1964, N° 1364, cit. por Bustamante Alsina, Jorge H., en *Responsabilidad Civil y Otros Estudios*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1984, p. 550.

¹⁸ López Cabana, Roberto M., *Responsabilidad Colectiva. Régimen Legal en Argentina y Latinoamérica*, cit., p. 233.

¹⁹ Consultar Boletines de Jurisprudencia de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil - Secretaría de Jurisprudencia: Doctora Adriana Luján de Pildain, años 1990 a 1996.

²⁰ López Cabana, Roberto M., *Responsabilidad ...*, cit. p. 193.

El artículo 1119 del Código Civil establece que: “si se supiera cuál fue el que arrojó la cosa, él solo será el responsable”. Así, los restantes individuos vinculados con el hecho dañoso se liberan de responsabilidad por destrucción de la presunción de causalidad a nivel de autoría establecida por la normativa civil. De la misma forma, la presunción de desvirtúa si se comprueba que sólo alguno de los individuos es el dueño o guardián de la cosa que ocasionó el daño (*Conf.* Art. 1113, Cód. Civ.) ya que en este caso la responsabilidad se le adjudica exclusivamente.

La problemática se ubica en todas aquellas situaciones en que no puede determinarse quién ha sido el autor del hecho provocador del daño. Ninguno de los integrantes del grupo prueba su irresponsabilidad, todos serán condenados a la reparación, aun en el supuesto de que no exista relación causal entre sus acciones u omisiones y el consecuente resultado; por consiguiente, debe establecerse el factor de atribución que permita el encuadramiento del tema.

Hubo varios planteos para justificar la responsabilidad. Por un lado, la teoría de la responsabilidad moral,²¹ por la que el grupo estaría obligado como una persona de hecho por tratarse de una formalidad que el Derecho no puede evadir y, por ende, desconocer su impacto sociológico. Llambías²² señaló el bajo grado de convencimiento de la postura que atribuye la responsabilidad al que participa en un grupo por el hecho de ser causante no culpable de la desaparición de los medios de prueba que el damnificado hubiese tenido a su disposición e impiden la posibilidad de identificar al autor del hecho.²³

En otro sentido se sostuvo²⁴ que la actitud del grupo implicaría un ejercicio abusivo del derecho a agruparse y se le atribuiría responsabilidad en base a la normativa del artículo 1171 del Código Civil.

²¹ Aberkane, H. *Du dommage causé par une personne indéterminée dans un groupe déterminé de personnes*, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Sirey, París, 1958, pp. 516 y ss.

²² Llambías, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, T. I, 2° ed., Buenos Aires, 1973, p. 289.

²³ Postacioglu, Ilhan, *Fait simultanes et le probleme de la responsabilité collective*, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1954, p. 438.

²⁴ Bosso, Carlos M., *La Responsabilidad Civil en el Deporte y en el Espectáculo Deportivo*, Buenos Aires, 1984, p. 188.

Frente a un grupo de personas vinculadas por el hecho dañoso por habitar el edificio desde el cual cayó o fue arrojada la cosa productora del daño, el artículo 1119 los responsabiliza sobre la base de presumirlos a todos causantes del perjuicio prescindiendo de toda investigación acerca de la culpa. El esquema se centra en el ámbito de la responsabilidad objetiva.²⁵

La presunción de culpa no corresponde, ya que ni siquiera se haya acreditada la relación causal entre acción alguna del conjunto de individuos y el daño.

Los habitantes del edificio, para eximirse del deber de responder, deben quebrantar la presunción de responsabilidad que alcanza al conjunto.

Bustamante Alsina²⁶ considera a la responsabilidad colectiva como un supuesto en que la reparación a favor del damnificado tiene fundamento en el riesgo creado por el grupo relacionado a la producción del daño. Admitir la existencia de una culpa inmediatamente anterior a la producción del daño y no contemporánea, implicaría forzar tal concepto. El riesgo es el basamento de la presunción de causalidad señalada; sin embargo, se plantea una situación peculiar dentro del grupo responsabilizado por la ley, ya que, para algunos de los integrantes, su responsabilidad se encuadra en el ámbito de la derivada del hecho ajeno porque se ven obligados a reparar el daño producido por uno de ellos obviamente no identificado. En tanto que, en el cuadro del conjunto hay un sujeto que fue efectivamente autor del hecho o dueño o guardián de la cosa productora del riesgo cuya responsabilidad se atribuiría al hecho propio. Sin embargo, la ley prescinde de la situación interna y tiene presente el interés del damnificado consagrando la presunción de causalidad.²⁷

El sistema de la responsabilidad civil establecido en el artículo 1119 del Código Civil puede ser ampliado pero será necesaria la comprobación

²⁵ Alterini, Atilio A. - Ameal, Oscar - López Cabana, Roberto M., *op. cit.*, N° 1923, p. 815.

²⁶ Ver *op. cit.*, pp. 327 y ss.

²⁷ López Cabana, Roberto M., *Responsabilidad Colectiva. Régimen Legal en Argentina y Latinoamérica, cit.*, p. 239.

de que ha existido un riesgo que, al configurarse los señalados como responsables, se hallan relacionados por circunstancias de máxima relevancia a nivel temporal o local sin que haya dudas de su participación en el marco del conjunto.

Sin perjuicio de lo expuesto, en el ámbito del riesgo corresponde la adopción de límites, a fin de evitar desbordes en su aplicación.

Atilio Alterini²⁸ planteó la necesidad de poner un triple freno a la operatividad de la teoría del riesgo.²⁹

Sus requisitos son:

- a) debe regir para cosas o actividades peligrosas o con gran virtualidad para la producción de daños;
- b) la determinación de un tope cuantitativo;³⁰
- c) establecer la atribución del daño en razón del riesgo en tanto no haya una concausa que desvíe o desplace la relación de los sucesos.

1.1 LA OBLIGACIÓN DE REPARAR

El artículo 1121 del Código Civil –en la redacción de Vélez Sarsfield– rechazó la solidaridad al sostener que “Cuando el hotel o casa pública de hospedaje perteneciere a dos o más dueños, o si el buque tuviese dos

²⁸ Alterini, A. A., *Mora. Enriquecimiento sin Causa. Responsabilidad*, Buenos Aires, 1971, p. 63.

²⁹ En razón de constituir el soporte fundamental de la atribución objetiva del deber de reparar, consultar –entre otros– Bueres, Alberto J., *Responsabilidad contractual objetiva*, J.A., 1989-II-977; Gesualdi, Dora M., *Responsabilidad Civil. Factores Objetivos de Atribución. Relación de Causalidad*, Buenos Aires, 1987; Goldenberg, Isidoro H., *Indemnización por Daños y Perjuicios. Nuevos Perfiles desde la Óptica de la Reparación*, Buenos Aires, 1993; Kemelmajer de Carlucci, Aída (dir.) - Parellada, Carlos A. (coord.), *Derecho de Daños*, Segunda parte, Homenaje a Félix A. Trigo Represas, Buenos Aires, 1993.

³⁰ Para un mayor desarrollo del tema, ver López Cabana, Roberto M., *La atribución objetiva del deber de reparar con indemnización limitada*, en *Cuestiones Modernas de la Responsabilidad Civil*, p. 339.

capitanes o patrones, o fuesen dos o más los padres de familia, o inquilinos de la casa, no serán solidariamente obligados a la indemnización del daño; sino que cada uno de ellos responderá en proporción a la parte que tuviere, a no ser que se probare que el hecho fue ocasionado por culpa de uno de ellos exclusivamente, y en tal caso sólo el culpado responderá del daño”. La normativa precedente es aplicable a los casos de responsabilidad civil conforme el artículo 1119 y el agregado que efectuó la ley 17711 al artículo 1109 no modificó tal conclusión porque no derogó los artículos 1119, 1121 y 1135.

La reforma de 1968 al artículo 1109 se halla referida a los “coautores”, entendido como pluralidad de autores en tanto que en la responsabilidad colectiva se presenta el caso de un autor material o dueño o guardián de la cosa con la que se ocasionó el daño y de otros responsables que no adquieren tal carácter.

Conforme surge del artículo 1121 no se puede hablar de solidaridad, ya que cada uno debe responder en la proporción a la parte que tuvieron.³¹

La solución adoptada es –a nuestro criterio– la que resulta justa para las particularidades que presente el tema a estudio. Aplicar la tesis de la solidaridad a quienes deben soportar la obligación de indemnizar por no haberse identificado al autor o dueño o guardián de la cosa, implicaría excederse del marco adecuado.

Mosset Iturraspe³² afirma que el argumento de *lege lata* extraído del artículo 1121 no parece decisivo porque no resuelve específicamente el daño colectivo del artículo 1119 del Código Civil y del artículo 95 del Código Penal en relación con el artículo 31 del mismo cuerpo legal, se desprende el carácter solidario de la obligación. De *lege ferenda* se

³¹ En tal sentido ver Llambías, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, cit., N° 2964, p. 293; Kemelmajer de Carlucci, Aída, en Belluscio, Augusto C. - Zannoni, Eduardo A., *Código...*, cit., T. 5, p. 651.

³² Ver su trabajo de *Responsabilidad colectiva*, en *Daño y Protección a la Persona Humana*, La Rocca, Buenos Aires, 1993, pp. 102 y ss.

refiere a la preferencia por el carácter *in solidum* conforme el Proyecto de Unificación Legislativa Civil y Comercial, las recomendaciones de las V Jornadas de Derecho Civil y la solución acogida en el derecho comparado.

1.2 PROYECTOS DE REFORMAS AL CÓDIGO CIVIL

a) Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de 1987.³³ Promulgado por ley 24032 y vetado en su totalidad por decreto 2719/91, se refirió en el artículo 1119 al daño proveniente de la actividad de un grupo de individuos que sea riesgosa para terceros responsabilizándolos solidariamente y eximiendo a quien demostrara su no participación en la causación del daño.

b) Proyecto del Poder Ejecutivo de 1993.³⁴ En su artículo 1594 trata del “daño proveniente de la actividad de un grupo de personas que sea peligrosa para terceros” y responsabiliza indistintamente a todos sus integrantes. Adopta igual solución que el anterior proyecto –al que reconoce como fuente– en lo referente a la liberación de aquel que demuestre su no intervención.

c) Proyecto de la Cámara de Diputados de 1993. Propicia la reforma del artículo 1119: “cuando el daño es causado por un miembro anónimo de un grupo determinado, el riesgo derivado de tal circunstancia autoriza a la víctima a accionar contra cualquiera de los integrantes del grupo por el total del perjuicio padecido. Constituiría eximente de responsabilidad la prueba

³³ Alterini, Atilio A., *Presentación del Proyecto de Código Único Civil y Comercial*, en *Cuestiones Modernas de la Responsabilidad Civil*, cit., pp. 309 y ss.; López Cabana, Roberto M., *El proyecto de unificación legislativa civil y comercial (su coordinación con recomendaciones de congresos jurídicos y soluciones del derecho comparado)*, L.L., 1987-D-845.

³⁴ Belluscio, Augusto C. - Bergel, Salvador D. - Kemelmajer de Carlucci, Aída - Le Pera, Sergio - Rivera, Julio C. - Videla Escalada, Federico N. - Zannoni, Eduardo A., en *Reformas al Código Civil. Proyecto y Nota de la Comisión Designada por Decreto 468/92*, Astrea, Buenos Aires, 1993, p. 385.

de que el agente no integró el grupo o la identificación del causante del daño”.

d) Proyecto de Reforma del Código Civil unificado con el Código de Comercio de 1998. El artículo 1672 estipula: “Cosas suspendidas o arrojadas. Si de una parte de un edificio cae una cosa suspendida, o es arrojada una cosa, todos los propietarios y ocupantes de esa parte del edificio responden solidariamente del daño que ella causa. Sólo se libera quien demuestra que no participó en su causación. Según las circunstancias, la responsabilidad puede ser extendida a otros sujetos y ocupantes del edificio”. Y el 1673 dice: “Actividad peligrosa de un grupo. Si un grupo realiza una actividad mediante la cual se crea un peligro extraordinario para la persona o para los bienes de terceros, todos sus integrantes responden solidariamente del daño causado por uno o más de sus miembros. Sólo se libera quien demuestra que no participó en su causación”.

CONCLUSIONES

El fenómeno de la responsabilidad colectiva adquiere mayor relevancia en el vasto campo del derecho de daños debido a la intervención de grupos en espectáculos o manifestaciones deportivas, musicales, teatrales, cinematográficas; en el ámbito de la praxis médica ante la intervención separada pero simultánea de diferentes profesionales sin que conformen un equipo y se torna imposible determinar el origen de la atención médica que ocasionó el daño, situaciones extensivas a sanatorios o clínicas en las que haya permanecido el paciente;³⁵ de todas aquellas situaciones provenientes de la actividad de grupos riesgosa para terceros, conforme lo calificaba el Proyecto de Unificación, o no riesgosa o peligrosa para terceros pero causante de un daño.

³⁵ Bueres, Alberto J., *Responsabilidad Civil de las Clínicas y Establecimientos Médicos*, Ábaco, Buenos Aires, 1981, p. 256.

En la actualidad, al abrirse el camino del reconocimiento de toda víctima a su derecho a ser indemnizada, la doctrina y jurisprudencia nacional han dejado de lado fundamentaciones eufemísticas y admiten la responsabilidad colectiva desde la óptica del damnificado,³⁶ aunque sería aconsejable y necesaria su previsión legislativa debido a los acontecimientos que, a diario, se plantean por la multiplicación de actividades grupales ante los cuales el derecho no puede permanecer indiferente.³⁷

³⁶ Lambert-Faivre, Yvonne, *op. cit.*, p. XXI; ver Kemelmajer de Carlucci, Aída, en *La responsabilidad colectiva y los daños producidos por los productos elaborados*, *Revista Jurídica de San Isidro*, pp. 24-135.

³⁷ Conclusiones de Congresos y Jornadas de Derecho Civil de los últimos treinta años publicadas por la Universidad Notarial Argentina en septiembre de 1991.

El retracto convencional, según el Código Civil venezolano

Enrique URDANETA FONTIVEROS*

SUMARIO:

Introducción

1. **Retracto convencional y retracto legal.**
2. **Denominación.**
3. **Concepto y caracteres del retracto convencional:** 3.1 *El pacto de retracto hace de la venta un contrato sometido a condición resolutoria.* 3.2 *El retracto convencional es una condición resolutoria expresa de la venta.* 3.3 *El retracto es una condición potestativa.* 3.4 *La declaración de retracto es unilateral y recepticia.* 3.5 *El vendedor tiene el derecho, pero no la obliga-*

* **Universidad Católica Andrés Bello**, Abogado *summa cum laude*, Escuela de Derecho, Profesor de Derecho Civil III (“Obligaciones”), Centro de Estudios de Postgrado, Profesor de Mercado de Capitales. **Universidad de Nueva York**, Master en Jurisprudencia Comparada (M.C.J.). **Universidad de Harvard**, Master en Leyes (LL.M.). **Instituto Interamericano de Mercado de Capitales**, Presidente (1985-1989). Autor de varias obras y numerosos artículos publicados en revistas especializadas. Ejerce su profesión de abogado.

ción de rescatar la cosa. 3.6 El vendedor tiene el derecho real de recuperar la cosa vendida.

- 4. Apreciación crítica. Utilidad y peligros.**
- 5. Retracto convencional y pacto de retroventa.**
- 6. El retracto convencional es un pacto de la venta.**
- 7. Plazo para ejercer el derecho de retracto. Prórroga.**
- 8. ¿Quiénes pueden ejercer el derecho de retracto?** **8.1** *Sujetos activos del retracto.* **8.2** *Pluralidad de vendedores.* **8.2.1** *Venta de un fundo indiviso realizada por sus copropietarios conjuntamente y en un solo contrato.* **8.2.2** *Ventas separadas de partes de un fundo indiviso por sus copropietarios.* **8.3** *Ejercicio del derecho de retracto por los acreedores del vendedor.*
- 9. Capacidad para ejercer el derecho de retracto.**
- 10. ¿Contra quiénes puede ejercerse el derecho de retracto?** **10.1** *Sujetos pasivos del retracto.* **10.2** *Compra con pacto de retracto de parte de un fundo indiviso.* **10.3** *Pluralidad de herederos del comprador.* **10.4** *Adquirente que haya transmitido la cosa a un tercero.*
- 11. Forma de ejercer el derecho de retracto convencional.**
- 12. Retracto convencional e inscripción registral**
- 13. Efectos del retracto convencional:** **13.1** *Efectos del pacto de retracto pendiente conditione.* **13.1.1** *Efectos respecto del comprador.* **13.1.2** *Efectos respecto del vendedor.* **13.1.2.1** *¿Qué derechos tiene el vendedor pendiente conditione?* **13.1.2.2** *Protección especial del vendedor arrendatario.* **13.2** *Efectos del retracto, fallida la condición.* **13.3** *Efectos del retracto, cumplida la condición.* **13.3.1** *Obligaciones del vendedor.* **13.3.1.1** *Prestaciones a cargo del vendedor.* **13.3.1.1.1** *Reembolso del precio.* **13.3.1.1.2** *Gastos y costos de la venta.* **13.3.1.1.3** *Reparaciones necesarias y mejoras.* **13.3.1.2** *Derecho de retención del comprador.* **13.3.2** *Obligaciones del comprador.* **13.3.2.1** *Restitución de la cosa con sus accesorios.* **13.3.2.2** *Pérdida y deterioro de la cosa.* **13.3.2.3** *Frutos.* **13.3.3** *Efectos respecto de los terceros.* **13.3.3.1** *Derechos adquiridos por los terceros mediante actos realizados con el comprador sub-retro.* **13.3.3.2** *Derechos adquiridos por los terceros mediante actos realizados con el vendedor sub-retro.*
- 14. Extinción del derecho de retracto.**

INTRODUCCIÓN

De acuerdo con el derecho común, la venta puede resolverse por inejecución de las obligaciones del comprador o del vendedor (Código Civil, artículo 1.167). Además, la ley prevé casos especiales de resolución del contrato de compraventa (por ejemplo, véanse los artículos 1.496, 1.497, 1.498, 1.500, 1.513, 1.515, 1.521 y 1.531 del Código Civil). Por otra parte, en razón del principio de la autonomía de la voluntad, las partes pueden contemplar causas particulares de resolución de la venta (resolución convencional).

Pero, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.533 del Código Civil, además de los modos comunes y especiales de resolución de la venta (y de los que puedan convenir las partes), ésta puede resolverse por el ejercicio del derecho de retracto, sea porque el vendedor se haya reservado el derecho de recuperar la cosa vendida, sea porque la ley quiera favorecer a un tercero para sustituir al comprador, ocupando su lugar. Lo primero da lugar al retracto convencional; y lo segundo, al retracto legal.

1. RETRACTO CONVENCIONAL Y RETRACTO LEGAL

Si bien tanto el retracto convencional como el legal son objeto de regulación especial en el Código Civil, existen diferencias importantes entre uno y otro, a saber:

- 1.- El retracto convencional, como indica su nombre, nace de un convenio entre el vendedor y el comprador; en cambio, el retracto legal lo concede la ley a determinadas personas.
- 2.- El retracto convencional lo pactan las partes en el momento de la venta; el legal es el derecho que tiene en virtud de la ley el comunero de subrogarse al extraño que adquiriera un derecho en la comunidad por compra o dación en pago, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato y solamente

puede ejercerse en caso de que las cosa no pueda dividirse cómodamente o sin menoscabo (Código Civil, artículo 1.546).¹

3.- El ejercicio del derecho de retracto convencional determina que su titular vuelve a traer para sí una cosa que fue suya; mientras que en el retracto legal, el tercero que lo ejercita no vuelve a traer nada para sí, puesto que la cosa retraída nunca estuvo en su poder.

4.- El retracto convencional puede ejercerse en cualquier momento dentro del plazo convenido o del fijado por la ley para el caso de que los interesados no hayan pactado otro más reducido; en tanto que, el retracto legal sólo procede cuando se presenta la oportunidad de que el propietario de una cosa la ha vendido y existe otra persona distinta del comprador a quien la ley concede preferencia para adquirirla.

5.- El retracto convencional se estipula libremente en interés de las partes de la venta; en cambio, el legal lo concede la ley por razones de interés social.

6.- Por último, en el retracto convencional sólo intervienen dos personas: el vendedor y el comprador; mientras que en el legal intervienen tres: el comprador, el vendedor y un tercero, que es el retrayente

2. DENOMINACIÓN

En el derecho comparado, el retracto convencional recibe diversas denominaciones.

¹ La ley no consagra el retracto legal que antiguamente reconocía a favor del concedente cuando el enfiteuta enajena su derecho sobre la cosa dada en enfiteusis ni a favor del enfiteuta cuando el concedente enajena o dispone de su derecho. Pero, se admite que el retracto legal procede no solamente en el caso de venta o dación en pago, sino igualmente en caso de cualquier otro acto de enajenación a título oneroso de derechos sobre bienes comunes, siempre que no se trate de la permuta por otro bien concreto y específico, puesto que en tal caso el subrogante no podría nunca igualar la oferta del tercero extraño.

Así, en Francia se lo denomina “pacte de réméré” o “faculté de rachat”. En Italia, se conoce como “riscatto convenzionale” o “patto di riscatto”. En Alemania, el B.G.B. lo llama el “retracto” o “Wiederkauf ou Rückkauf vertrag”. En España se conoce como “retracto convencional” y en los países latinoamericanos, se lo denomina “retroventa” salvo en Brasil, donde se lo llama indistintamente “a retroventa” o “cláusula de retracto” y en Venezuela donde se lo denomina “retracto convencional”.

La expresión retroventa para denominar a la figura jurídica objeto de nuestro estudio es incorrecta, puesto que la misma traduce la idea de que **el vendedor compra de nuevo al comprador sub-retro vendedor la cosa que le** había vendido devolviéndole el precio, lo que no ocurre desde el punto de vista jurídico, puesto que en el caso concreto no se trata de una segunda venta sino de una resolución retroactiva de la venta anterior, la cual queda destruida como si nunca se hubiese celebrado. El primitivo vendedor retoma la propiedad de la cosa vendida restituyendo el precio recibido al comprador, tal como si nunca hubiese dejado de ser propietario de la cosa. No hay pues, una nueva venta, sino que se considera que nunca hubo venta.² Por ello, nos parece más acertada la denominación *retracto* que significa acción y efecto de retraer, esto es, de traer otra vez, de reintegrar al antiguo vendedor en la propiedad de la cosa vendida, como si nunca hubiera dejado de serlo.³

3. CONCEPTO Y CARACTERES DEL RETRACTO CONVENCIONAL

El retracto convencional es un pacto por el cual el vendedor se reserva recuperar la cosa vendida mediante la restitución del precio y el reembolso de los gastos y costos de la venta, los de las reparaciones necesarias y los de las mejoras que hayan aumentado el valor del fundo hasta concurrencia del mayor valor que éste tenga (Código Civil, artículos 1.534 y 1.544).

² En esto están de acuerdo todos los autores. Al respecto, por todos, en la doctrina extranjera, véase, Colin, Ambrosio y Capitant, Henri: *Curso Elemental de Derecho Civil*. Vol. IV. Traducción castellana. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1955. pp. 233-234. En la doctrina nacional, véase, Acosta, Cecilio: Cuestión Jurídica sobre Retracto Convencional en *Obras*. Vol. IV. Empresa El Cojo. Caracas, 1909. p. 347.

³ Cfr. Rubio Torrano, Enrique: *El Pacto de Retroventa*. Editorial Tecnos. Madrid, 1990. p. 142.

El retracto convencional permite al vendedor que ha transmitido la propiedad de la cosa desistir de la venta y recuperarla, devolviendo el precio y reembolsando al comprador los gastos estipulados en la ley.

Degni, define al retracto convencional en los siguientes términos: “es el pacto añadido a la venta con el cual el vendedor se reserva la facultad de adquirir la cosa vendida, mediante la restitución del precio principal y el reembolso de los gastos y de cualquier otro pago legítimo hecho para la venta, por las reparaciones necesarias y por aquellas que han aumentado el valor de la cosa hasta el importe del aumento”.⁴

En fin, el retracto convencional es un pacto de la venta en virtud del cual el vendedor que ha transferido la propiedad de la cosa puede recuperarla devolviendo el precio y demás rubros estipulados.

De esta definición del retracto convencional, podemos deducir sus caracteres principales.

3.1 *EL PACTO DE RETRACTO HACE DE LA VENTA UN CONTRATO SOMETIDO A CONDICIÓN RESOLUTORIA*

Si el vendedor ejerce el derecho de retracto, la venta queda resuelta; no existe una venta seguida de otra en sentido inverso puesto que se ha celebrado una sola venta. El vendedor no vuelve a comprar la cosa sino que se produce la resolución de la venta la cual desaparece retroactivamente, como si jamás se hubiera celebrado. La venta con pacto de retracto es, por consiguiente, una venta sometida a condición resolutoria. El artículo 1.533 del Código Civil, en este sentido, expresa que “el contrato de venta puede resolverse por el ejercicio del derecho de retracto”. Es decir, el retracto determina la resolución de la venta.

Este carácter de la venta con pacto de retracto produce las siguientes consecuencias: 1) producido el rescate, por el efecto retroactivo de la resolución, se considera que la cosa no ha salido nunca del patrimonio

⁴ Degni, Francisco: *La Compraventa*. Versión castellana. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1957. pp. 206-207.

del vendedor; se la restituye al mismo estado en que se encontraba antes de celebrarse la venta. Esto es una aplicación del principio según el cual la condición resolutoria cumplida repone las cosas al estado que tenían, como si la obligación no se hubiese jamás contraído (Código Civil, artículo 1.198, aparte único); 2) por ello, los actos de disposición sobre la cosa que hubiere celebrado el comprador quedan sin efecto. Los derechos reales constituidos sobre la cosa, *medio tempore*, por el comprador desaparecen, de conformidad con la regla *resoluto iure dantis, resolvitur ius accipientis*; y 3) como se trata de una venta resuelta, no es necesario un nuevo acto traslativo de propiedad a favor del vendedor aunque, para evitar problemas e inconvenientes, es aconsejable formalizar el ejercicio del derecho de retracto y, en su caso, inscribir en el Registro Inmobiliario la respectiva manifestación de la voluntad del retrayente (*infra*, N° 12).

3.2 EL RETRACTO CONVENCIONAL ES UNA CONDICIÓN RESOLUTORIA EXPRESA DE LA VENTA

Es un pacto de la venta. Solamente existe el derecho de retracto si las partes lo han estipulado expresamente en el contrato de compraventa. No constituye, desde luego, un elemento natural ni mucho menos un elemento esencial de la venta; su existencia no se presume. Para que tenga vida legal, los contratantes tienen que incluirlo expresamente en la venta que celebren (*infra*, N° 6). Esto se explica fácilmente si se tiene en cuenta que al propietario de una cosa corresponde la facultad de disponer de ella; por consiguiente, el vendedor no puede retraerla sino cuando las partes así lo han previsto expresamente. Es, pues, una condición resolutoria expresa de la venta.

3.3 EL RETRACTO ES UNA CONDICIÓN POTESTATIVA

El retracto convencional es una condición resolutoria de la venta cuyo cumplimiento queda al arbitrio del vendedor.⁵ Depende exclusivamente

⁵ La gran mayoría de los autores admite que el retracto convencional constituye una condición potestativa de la venta. En tal sentido, véase, Laurent, F.: *Principios de Derecho Civil*. Traducción castellana. Vol. XXIV. Habana, 1917. p. 418. En contra, Fuenteseca, Cristina: *La Condición Potestativa*. Editorial Dykinson. Madrid, 1999. pp. 104-105.

de la voluntad del vendedor ejercer o no el derecho de retracto. Es, pues, una condición puramente potestativa cuya validez no se discute.⁶

3.4 LA DECLARACIÓN DE RETRACTO ES UNILATERAL Y RECEPTICIA

El ejercicio del derecho de retracto se materializa a través de un acto unilateral del vendedor de dar por resuelta la venta, sin que en ello influya para nada la voluntad contraria del comprador. Éste no puede impedir que el vendedor rescate la cosa. Empero, si bien el vendedor rescata la cosa mediante una manifestación unilateral de voluntad la misma tiene que comunicarse al comprador para que adquiera existencia jurídica. Por lo cual, la declaración de voluntad de retraer es recepticia.⁷ Solamente se perfecciona cuando el comprador adquiere conocimiento de ella; por tanto, para ser eficaz requiere ser notificada al comprador.⁸

3.5 EL VENDEDOR TIENE EL DERECHO, PERO NO LA OBLIGACIÓN DE RESCATAR LA COSA

El derecho de rescate es una facultad del vendedor a quien corresponde, por tanto, determinar si la ejerce o no. La obligación de rescatar que se imponga al vendedor es nula (Código Civil, artículo 1.534, aparte único). Por consiguiente, es nula la cláusula por la cual el vendedor, en

⁶ El artículo 1.202 del Código Civil establece que la obligación contraída bajo una condición que la hace depender de la sola voluntad de aquel que se ha obligado, es nula. Esta disposición legal se aplica cuando la condición puramente potestativa es *suspensiva* y su cumplimiento depende enteramente de la voluntad del deudor. En cambio, cuando la condición puramente potestativa es *resolutoria*, como es el caso de la venta con pacto de retracto, no acarrea la nulidad de la obligación; ésta, por el contrario, es válida y produce sus efectos hasta el momento de la verificación de la condición. Cfr. Maduro Luyando, Eloy: *Curso de Obligaciones. Derecho Civil III*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 1972. p. 238.

⁷ Cfr. Enneccerus, Ludwig, Kipp, Theodor y Wolf, Martín: *Tratado de Derecho Civil*. Versión española. Tomo II. Vol. II. (Derecho de Obligaciones). Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1966. p. 159.

⁸ Mélich-Orsini afirma que los negocios jurídicos unilaterales o las meras declaraciones unilaterales de voluntad son recepticias cuando están dirigidas a un destinatario determinado y, por tanto, sólo tienen existencia jurídica cuando llegan al conocimiento del destinatario. (Mélich-Orsini: José: *Doctrina General del Contrato*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas y Marcial Pons, Librero-Editor. Madrid, 1997. p. 25).

lugar de reservarse el derecho de recuperar la cosa, contrae la obligación de devolver dentro de cierto tiempo la cantidad recibida para recuperar la cosa que se supone vendida.⁹

La ley prohíbe la cláusula mediante la cual se obliga al vendedor a ejercer el retracto estipulado para prevenir la usura y el agiotismo que afectan gravemente el orden público. De admitirse la validez de esta cláusula, muchos pactos usurarios podrían concluirse bajo la apariencia de un contrato lícito. Por consiguiente, dicha cláusula es absolutamente nula. Pero, tal nulidad no afecta todo el contrato, sino sólo a la cláusula ilícita.¹⁰

3.6 EL VENDEDOR TIENE EL DERECHO REAL DE RECUPERAR LA COSA VENDIDA

El retracto convencional es un pacto de la venta que atribuye al vendedor el derecho de recuperar la cosa vendida. El titular del derecho de retracto tiene la facultad de readquirir el dominio de una cosa que pertenece a otro. Esta facultad tiene un alcance real, *erga-omnes*, puesto que puede hacerse valer *directamente* no solamente contra el comprador sino también contra los terceros adquirentes, aun cuando en los respectivos contratos de éstos no se haya hecho mención del retracto convenido (Código Civil, artículo 1.538). El vendedor tiene acción directa contra dichos terceros, quienes pueden ser sujetos pasivos del rescate y soportan los efectos de la resolución de la venta que el ejerci-

⁹ En el siglo XIX era práctica usual añadir al contrato de venta *sub-retro* una cláusula de acuerdo con la cual el derecho de rescate del vendedor se convertía en una obligación a su cargo de reintegrar el precio recibido al expirar el término estipulado para el retracto. De esta forma, el contrato cambiaba absolutamente de naturaleza y, aunque se le denominase venta bajo condición resolutoria, no era en realidad sino un préstamo a interés con garantía de la propiedad de la cosa objeto del contrato. Al respecto, véase, Dominici, Anibal: *Comentarios al Código Civil Venezolano*. Tomo III. Tipografía Universal. Caracas, 1905. p. 384. Por esta razón, en el Código Civil de 1896 se incluyó una norma de acuerdo con la cual “si se impusiere al vendedor la obligación de rescatar, se considerará entonces el contrato sólo como préstamo a interés con garantía del dominio de la cosa que se dice vendida” (artículo 1.479). Esta norma se sustituyó en el Código Civil de 1904 por la norma según la cual la obligación de rescatar que se imponga al vendedor es nula, la cual no fue objeto de modificación en los Códigos Civiles de 1916, 1922 y 1942 ni en la Ley de Reforma Parcial del Código Civil de 1982.

¹⁰ Cfr. López Herrera, Francisco: *La Nulidad de los Contratos en la Legislación Civil Venezolana*. Empresa “El Cojo” S.A. Caracas, 1952. p. 188.

cio del retracto conlleva. Además, en virtud del retracto el retrayente recupera la propiedad de la cosa libre de todas las cargas e hipotecas que le haya impuesto el comprador (Código Civil, artículo 1.544, aparte único). Por lo cual, no dudamos en incluir al retracto convencional dentro de la categoría de los *derechos reales de adquisición*.¹¹

4. APRECIACIÓN CRÍTICA. UTILIDAD Y PELIGROS

El retracto convencional permite, sin duda, al propietario de un bien que requiere momentáneamente fondos y que no quiere desprenderse definitivamente de su propiedad, obtener dichos fondos sin perder la esperanza de recuperar dicha propiedad. En efecto, quien necesita dinero y tiene un bien mueble o inmueble pero no encuentra quién le dé su justo precio de venta ni quién se lo reciba en garantía, o no quiere por razones afectivas, o por cualquier otra circunstancia, desprenderse de él puede perfectamente optar por vender el bien en cuestión reservándose la facultad de recuperarlo dentro de un cierto tiempo restituyendo al adquirente el precio recibido y los costos y gastos de la venta. La venta con pacto de retracto permite así al propietario de una cosa procurarse el dinero que requiere mediante su enajenación, pero reservándose la posibilidad de readquirir la cosa vendida si así lo desea.

Al pacto de retracto se le formulan las siguientes objeciones de carácter general:

¹¹ Los derechos reales de adquisición han sido objeto de estudio por la doctrina civil española que señala como notas que caracterizan a esta categoría de derechos reales las siguientes: 1) facultan a su titular para adquirir la propiedad de una cosa de manera incondicional; 2) atribuyen a su titular una acción real, *erga omnes*; 3) son limitativas del dominio, ya que privan de la facultad de disponer al sujeto gravado, o la condicionan otorgando una preferencia frente a terceros adquirentes; y 4) son derechos limitados, puesto que no atribuyen la plenitud de facultades sobre una cosa, sino que posibilitan el nacimiento del derecho real pleno, ya que su ejercicio convierte a su titular en propietario. Al respecto, véase. García Cantero, A.: *Teoría General de los Derechos Reales de Adquisición en Jornadas de Derecho Civil de Zaragoza de 1962*. Zaragoza, 1962. pp. 126 y ss. En la doctrina nacional, Kummerow considera el retracto como un *derecho real restringido de adquisición*. (Kummerow, Gert: *Compendio de Bienes y Derechos Reales. Derecho Civil II*. Ediciones Magón. Caracas, 1980. pp. 104-105). Aguilar califica al retracto convencional como un *derecho real limitado de adquisición*. (Aguilar Gorronzona, José Luis: *Cosas Bienes y Derechos Reales. Derecho Civil II*. Universidad Católica Andrés Bello, 1999. pp. 119, 123-124). Egaña, por su parte, niega la naturaleza real del derecho de retracto. (Egaña, Manuel Simón: *Bienes y Derechos Reales*. Editorial Criterio. Caracas, 1964. pp. 128-129).

- 1.- Corresponde a una etapa primitiva del crédito, puesto que se entrega una cosa en propiedad —como en la antigua *mancipatio fiduciaria* del derecho romano— a manera de garantía material;
- 2.- Existe el peligro de que una persona utilice esta figura para prestar dinero a quien considera que difícilmente se lo devolverá, con lo cual adquirirá a bajo precio la propiedad de una cosa en forma más ventajosa que si hubiere prestado el dinero con garantía hipotecaria;
- 3.- Entraba la libre circulación de los bienes y las aplicaciones racionales del crédito. En el caso de que el bien sea un predio rural, el pacto de retracto es un obstáculo para el desarrollo de la agricultura, puesto que el comprador procurará esquilmar la cosa vendida en lugar de cultivarla con esmero;
- 4.- Es fuente de litigios y fácil instrumento de engaños y fraudes; y
- 5.- Hace incierta la propiedad, por el carácter revocable del dominio que se transmite al comprador *sub-retro*.¹²

Desde el punto de vista jurídico, se le critica que la venta con pacto de retracto encubre muchas veces un préstamo usurario a cuyo efecto “la venta” se fija por un precio muy inferior al valor real de la “cosa vendida”. El “comprador”, en este caso, está seguro que el vendedor no podrá rescatar la cosa y que, por tanto, se convertirá en propietario de un bien cuyo valor es muy superior al que pagó por su adquisición, constituyendo la diferencia entre ambos valores el interés del capital prestado. Alternativamente, se dice, la venta puede pactarse conviniendo el “comprador” que el “vendedor” pagará como precio de rescate un precio muy superior al de la venta, constituyendo esta diferencia, el interés que el “comprador” percibirá por la operación.

De esta forma, el vendedor con pacto de retracto es un prestatario, y el comprador, un prestamista. El vendedor se desprende de la propiedad

¹² Cfr. Rezzónico, Juan Carlos: *Contrato de Venta con Pacto de Retroventa*. Editora Platense. La Plata, 1970. pp. 27 y ss.

de la cosa vendida, de manera que el prestamista se encuentra en una posición contractual particularmente fuerte, puesto que ya no tiene solamente una garantía (por ejemplo, una hipoteca), sino la propiedad; no tiene tan sólo un derecho accesorio sino que es titular de un derecho real, principal e independiente.

Además, la venta con pacto de retracto presenta una serie de peligros porque las partes pueden utilizarla para eludir la aplicación de normas de orden público. Así, mediante su estipulación puede fácilmente burlarse la norma que prohíbe el pacto comisorio, esto es, el pacto en virtud del cual el acreedor a la fecha de vencimiento de la obligación tiene el derecho de apropiarse de la cosa recibida en prenda o de disponer de ella, o de hacerse propietario de la cosa hipotecada, sin hacerla vender o ejecutar judicialmente (Código Civil, artículos 1.844 y 1.878), con el agravante de que el prestamista no se convierte en propietario al vencimiento, porque la ley se lo prohíbe; pero se convierte en propietario con anterioridad, esto es, desde el día del préstamo encubierto mediante una venta con pacto de retracto.¹³

Por otra parte, se critica que el pacto de retracto permite eludir las limitaciones legales a la tasa de interés convencional. Así, las partes pueden convenir en vender un bien, reservándose el vendedor la facultad de recuperar su propiedad por el doble de su valor, dentro del año siguiente a la venta. La operación, en tal caso, encubrirá un préstamo usurario a una tasa de interés del ciento por ciento (100%).

A nuestro modo de ver, estos argumentos ponen de manifiesto que las críticas a la venta con pacto de retracto tienen que ver no tanto con la bondad o maldad intrínseca de esta figura, sino más bien con los abusos a que puede prestarse su utilización, lo cual no constituye un modelo de criterio para la crítica jurídica.

¹³ Josserand, Louis: *Derecho Civil* Tomo II. Vol. II. Traducción castellana de Santiago Cunchillos y Manterola. Bosch y Cía. Editores Buenos Aires, 1951. pp. 108-109. En el mismo sentido, Laurent expresa: "El agiotista es hábil para defraudar a la ley no pudiendo hacer abiertamente un contrato pignoraticio, los usureros lo hacen disfrazado bajo la apariencia de una venta con facultad de recompra" (Laurent, F.: *Op. Cit.* Vol. XXIV. p. 417).

Ciertamente, en algunas ocasiones la venta con pacto de retracto se ha utilizado para encubrir operaciones de préstamo con intereses usurarios. Ahora bien, si en un caso concreto se simula una compraventa *sub-retro* para disimular un contrato de préstamo, habrá que dejar de lado el acto simulado, puesto que no corresponde a la intención real de las partes y será necesario comprobar la validez y eficacia del negocio disimulado. Si a través de él se persiguió obtener intereses en exceso de los límites legales, el mismo adolecerá de causa ilícita o de objeto ilícito, lo que determinará la ineficacia del negocio disimulado *ex* artículos 1.155 y 1.157 del Código Civil. En tal caso, por tratarse de una simulación fraudulenta, el acto cae por completo y no produce efecto alguno. El acto simulado no producirá ningún efecto por cuanto no responde a la voluntad real y el acto disimulado tampoco tendrá eficacia por adolecer de causa ilícita u objeto ilícito. Así, la compraventa con pacto de retracto que encubra un verdadero contrato de préstamo producirá la nulidad de este último si mediante esta operación se persiguió obtener intereses usurarios.

Pero, si el propietario de una cosa la utiliza con el propósito de desprenderse por un tiempo de ella por apremios circunstanciales y transitorios y con la esperanza de recuperarla una vez superada la crisis que le obliga a venderla, nada tiene de reprochable la venta con pacto de retracto, puesto que la misma responde a la legítima finalidad de no perder para siempre algún bien inmueble u otro objeto de su patrimonio del cual se ve en la necesidad de desprenderse.¹⁴

¹⁴ Como expresa De Gregorio: “En otras palabras, si la persona a quien otra le solicite dinero en préstamo le respondiera: ‘Para mi mayor seguridad prefiero concederte el dinero a título de precio de compra de un bien; precio éste que acordemos fijar por una cantidad tal que a ti –o, a cualquier otro en tu lugar– le convenga repagar para rescatar la cosa y a mí pagar para conservar su propiedad a falta de rescate’, la ley no se infringe por el hecho de que las partes sustituyan un contrato por otro –en el caso concreto, por una venta– que ellas efectivamente desean celebrar con todas sus ventajas y desventajas. Si en lugar de esto, el comprador conviniera en que se le paguen unos intereses excesivos por la suma pagada a título de precio; o estipule el pacto de rescate en términos tales que no pueda ser ejercitado sin un grave perjuicio para el vendedor, se podría entonces admitir la prueba de que, en realidad, la intención de las partes fue celebrar un contrato de préstamo bajo la forma de otro contrato, con el objeto de eludir la aplicación de normas dictadas en protección del deudor.” (De Gregorio, Alfredo: Voz “Vendita” en *Nuovo Digesto Italiano* T. XII. p. 2ª. Torino UTET, 1940. N° 150. p. 980).

Observación: Esta cita, al igual que las otras de fragmentos en idiomas extranjeros que recojo en este trabajo, son traducidas por mí en forma libre.

Corresponderá, en definitiva, a los jueces apreciar el verdadero sentido del negocio realizado por las partes según las circunstancias y efectuar la calificación correspondiente. La calificación jurídica de la operación dependerá fundamentalmente de la verdadera intención de las partes, tomándose en cuenta, en especial, los hechos que la demuestren o la hagan presumir.¹⁵

5. RETRACTO CONVENCIONAL Y PACTO DE RETROVENTA

Aun cuando en la práctica se utilizan indistintamente ambas expresiones para aludir a la misma figura, desde el punto de vista jurídico el retracto convencional es una institución diferente del pacto de retroventa, tanto por lo que respecta a su estructura como en cuanto a los efectos que determina.

Así, el pacto de retroventa es un convenio en virtud del cual el comprador se obliga a vender al vendedor dentro de un plazo determinado, la misma cosa en determinadas condiciones; en realidad, el comprador ahora convertido en propietario promete revender la cosa y el vendedor acepta esta oferta. Requiere, pues, de una manifestación posterior de voluntad. Constituye una obligación personal del comprador que requiere del consentimiento del vendedor de volver a adquirir la cosa. La retroventa es, pues, una segunda venta en la cual el primitivo vendedor hace el papel de comprador y que envuelve un nuevo negocio traslativo de la propiedad. Por lo cual, el vendedor, ahora convertido en comprador, es causahabiente del primitivo comprador, ahora convertido en vendedor; y, por tanto, en tal carácter, está obligado a respetar los derechos constituidos por su causante sobre la cosa vendida (tales como, las servidumbres y las hipotecas) los cuales subsisten, puesto que la cosa se revende en el estado en que se encuentra.

¹⁵ La doctrina señala como características de las operaciones ficticias de retroventa las siguientes: a) el precio vil en relación al valor real de la cosa; con ello se busca la constitución de una garantía que procure en caso de falta de pago, la transmisión irregular de una propiedad de precio muy superior al pagado; b) el inmediato arrendamiento de la cosa al vendedor, generalmente a un precio elevado y que seguramente constituye, el interés del préstamo; c) la frecuencia de compras bajo esta modalidad efectuadas por una misma persona, lo que hace presumir que se trata de un usurero que oculta sus operaciones ilegales. Al respecto: Colin, Ambrosio y Capitant, Henri: *Op. Cit.* Vol. IV. pp. 236-237. Planiol, Marcelo y Ripert, Jorge: *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*. Tomo X. Traducción castellana de Mario Díaz Cruz. Cultural S.A. Habana, 1946. pp. 204-205.

Nada de esto ocurre en la venta con pacto de retracto. Aquí no hay nueva venta, sino la destrucción retroactiva de la venta anterior para lo cual, como indicamos poco antes, basta con la declaración unilateral del vendedor con pacto de retracto quien puede retraer incluso contra la voluntad del comprador. En razón del efecto resolutorio que determina el ejercicio del retracto, no hay nueva adquisición y los derechos constituidos sobre la cosa por el comprador *medio tempore* caen. Por su eficacia real, el retracto puede hacerse valer contra los terceros y el retrayente toma la cosa libre de gravámenes.

En razón de lo antes expuesto, podemos anotar las siguientes diferencias entre el retracto convencional y el pacto de retroventa.

- 1.- El retracto convencional es una causa de resolución de la venta. En el pacto de retroventa, el comprador se obliga a volver a vender al vendedor, dentro de un término, la misma cosa en determinadas condiciones;
- 2.- El retracto convencional establece sólo una “*facultad*” de recuperar la cosa a favor del vendedor. El pacto de retroventa engendra una “*obligación de hacer*” para el comprador.
- 3.- Si el vendedor no ejerce el retracto, la propiedad queda irrevocablemente adquirida por el comprador a la expiración del término. El incumplimiento del pacto de retroventa por parte del comprador se resuelve en una acción de daños y perjuicios a favor del vendedor.
- 4.- El retracto convencional debe ser estipulado en el acto de la venta, ya que es una cláusula especial de la misma. En caso de ser posterior se considerará como un pacto de retroventa. El pacto de retroventa puede ser estipulado con posterioridad a la venta, por acto privado.
- 5.- En el retracto convencional basta la declaración unilateral del vendedor de ejercer el derecho de retracto y puede verificarse incluso contra la voluntad del comprador; tiene eficacia

real y opera *ex tunc*. La retroventa obliga al comprador a volver a vender, siendo necesaria la voluntad del comprador en tal sentido; carece de eficacia real y produce efectos *ex nunc*.

6.- El retracto convencional es una condición resolutoria potestativa, cuyo cumplimiento depende de la voluntad del vendedor y produce la resolución de la venta. En la retroventa no existe sometimiento a condición alguna.

7.- El plazo para ejercer el retracto no puede exceder de cinco (5) años, salvo el caso de prórroga. En la retroventa, el término por el cual el comprador se obliga a revender la cosa al vendedor no tiene limitación legal.

8.- La acción para ejercer el retracto convencional prescribe a los cinco (5) años. El plazo corre sin interrupción, aun en contra de los incapaces, salvo el recurso de éstos contra su representante legal. La retroventa prescribe conforme a las reglas de la prescripción ordinaria; y

9.- El retracto convencional hace surgir acciones reales. La retroventa engendra acciones personales.¹⁶

6. EL RETRACTO CONVENCIONAL ES UN PACTO DE LA VENTA

Constituye un requisito de existencia y validez del retracto convencional su estipulación en el mismo acto de la venta, esto es, debe pactarse al perfeccionarse el contrato de compraventa y no mediante acto posterior.

El Código Civil, en tal sentido, se refiere al retracto convencional como el pacto de la venta en virtud del cual el vendedor se *reserva* el derecho de recuperar la cosa vendida, etc. (artículo, 1.534). Esta expresión “se

¹⁶ Cfr. Ferrari, Oscar María: *Pacto de Retroventa*. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1971. pp. 63 y ss.

reserva” no puede tener otro sentido que significar que el pacto de retracto debe estipularse en el momento en que se perfecciona el contrato de compraventa, puesto que de lo contrario no cabe la reserva que alude el artículo 1.534 del Código Civil. El término “reserva” implica, pues, la idea de contemporaneidad. Para que el retracto sea una condición resolutoria de la venta es indispensable que constituya un pacto de la venta y que sea contemporáneo a ésta. La estipulación posterior a la venta no sería un pacto de retracto propiamente dicho, sino un nuevo contrato, una promesa de venta con efectos puramente obligacionales, puesto que la venta, por ser pura y simple, habría transmitido irrevocablemente la propiedad al comprador.¹⁷

Precisamente porque el retracto convencional es una condición resolutoria que forma parte de la venta se tiene que, al retraer el vendedor, todos los derechos constituidos sobre la cosa *medio tempore* por el comprador caen, puesto que los mismos, al igual que la venta, estaban sujetos a la condición de que la propiedad se consolidase en manos del comprador, lo que no ocurre cuando el vendedor retrae.

En cambio, si el “retracto” es objeto de un pacto posterior a la venta, los derechos constituidos a favor de terceros por el vendedor *medio tempore* subsisten. No quedan —ni pueden quedar— sometidos a condición resolutoria alguna, puesto que, como toda promesa de retroventa consentida por el comprador en favor del vendedor, solamente surte sus efectos entre las partes contratantes y no frente a los terceros. Desde luego, las partes podrían convenir expresamente, en virtud de un pacto posterior a la venta, que el vendedor readquiera la propiedad con eficacia retroactiva. Pero,

¹⁷ Cfr. Baudry-Lacantinerie, G.: *Précis de Droit Civil*. Tome II. Librairie Recueil Sirey. París, 1921. p. 458; Colin Ambrosio y Capitant, Henri.: *Op. Cit.* Vol. IV. p. 237; De Ruggiero, Roberto: *Instituciones de Derecho Civil*. Tomo II. Vol. I. Versión castellana de Ramón Serrano Suñer y José Santa Cruz Tejeiro. Instituto Editorial Reus. Madrid, s.d. p. 329; Degni, Francisco: *Op. Cit.* p. 210. En contra, Messineo, para quien “el pacto de rescate puede ser simultáneo a la venta, o también posterior en cuyo caso, el mismo constituye acto autónomo” (Messineo, Francesco: *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Tomo V. Traducción castellana de Santiago Sentis Melendo. p. 68).

esta estipulación no sería oponible a terceros ni podría afectar los derechos adquiridos en el ínterin sobre la cosa vendida.¹⁸

7. PLAZO PARA EJERCER EL DERECHO DE RETRACTO. PRÓRROGA

Por las malas consecuencias económicas que trae la incertidumbre de la propiedad que determina el retracto convencional, el legislador no ve con buenos ojos que el titular del derecho de rescate pueda ejercerlo durante un plazo excesivamente largo.¹⁹ Por ello, se hace necesario limitar el término durante el cual este derecho puede ser ejercido. Se explica así la regla del artículo 1.535 del Código Civil según la cual el derecho de retracto no puede estipularse por un plazo que exceda de cinco (5) años. En otros ordenamientos se reconoce que se trata de un principio de orden público.

Si las partes hubieran estipulado un término mayor, el plazo debe considerarse reducido a cinco (5) años, siendo absolutamente nulo de entonces en adelante (Código Civil, artículo 1.535, primer aparte).

Si las partes se limitan a establecer el derecho de rescate sin estipular plazo para su ejercicio debe considerarse que, tácitamente, han adoptado el término legal de cinco (5) años. El silencio de las partes en este caso hace presumir que fue su intención aceptar el ejercicio de este derecho durante todo el tiempo permitido por la ley. Por ello, se establece que si no se ha fijado tiempo para ejercer el derecho de retracto, la acción para intentarlo prescribe a los cinco (5) años contados desde la fecha del contrato (Código Civil, artículo 1.535, segundo aparte).

Los interesados pueden prorrogar el plazo del retracto cuantas veces lo deseen, aunque el plazo fijado y esas prórrogas excedan de cinco (5)

¹⁸ Cfr. Aguilar Gorrondona, José Luis: *Contratos y Garantías. Derecho Civil IV*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2000. p. 279.

¹⁹ Portalis expresaba que era necesario que las propiedades no quedasen por largo tiempo “inciertas y flotantes”. Por lo cual, no debían estar sometidas por mucho tiempo a condiciones resolutorias de esta índole. (Portalis citado por Huc, T.: *Comentaire Théorique et Pratique du Code Civil*. París, 1.897. Vol. 10. p. 224).

años (Código Civil, artículo 1.535, último aparte).²⁰ Este acuerdo es, por tanto, perfectamente válido, pero lo es sin perjuicio de terceros. Por lo cual, la prórroga del plazo es válida *inter-partes*, pero inoponible a los terceros que hubiesen adquirido derechos con anterioridad a la prórroga. Los derechos de los terceros tienen que ser respetados. Así, por ejemplo, si el comprador con pacto de retracto constituyó una hipoteca a favor de un tercero antes de la prórroga del plazo originalmente pactado en el contrato de compraventa, el acreedor hipotecario ha debido contar con que esta hipoteca resultaría definitiva al expirar el plazo originalmente fijado para el retracto en el contrato de compraventa sin que el vendedor hubiese ejercido su facultad de retraer. La prórroga convenida por el comprador y el vendedor no podría despojar a los acreedores hipotecarios del comprador de sus derechos adquiridos con anterioridad a dicha prórroga.²¹

Si el plazo pactado para el ejercicio del derecho de retracto ha expirado, ya no es posible prorrogarlo, porque no se puede prorrogar lo que se ha extinguido o terminado.²² Además, esta prórroga es legalmente imposible, puesto que fallida la condición al no haberse ejercido el retracto durante el plazo estipulado, el derecho del comprador se ha vuelto irrevocable (Código Civil, artículo 1.536).

Desde luego, el comprador después de transcurrido el plazo estipulado para el rescate, podría retransferir la propiedad de la cosa al vendedor por medio de un nuevo contrato o en cumplimiento de una promesa de venta. Pero esta reventa no tendrá los efectos resolutorios del retracto,

²⁰ No entendemos la razón de ser de esta previsión legal. A nuestro modo de ver, es lógico y razonable que la prórroga sea válida si sumada al plazo originalmente fijado no se superan los cinco (5) años que la ley fija como límite. Pero, permitir, como lo hace el último aparte del artículo 1.535, que el plazo originalmente fijado y la prórroga exceda de cinco (5) años es abrir las puertas a burlar la ley y, por ende, constituye un claro despropósito. De *lege ferenda* debería preverse que la prórroga sólo será válida si sumada al plazo original no se exceda el límite de cinco (5) años; si lo excede la validez del plazo quedará reducida al quinquenio y será absolutamente nula de entonces en adelante.

²¹ Cfr: Planiol, Marcelo y Ripert, Jorge: *Op. Cit.*, Tomo X. p. 459; Laurent, F.: *Op. Cit.* Vol. XXIV. p. 424; Duranton: *Cours du Droit Français*. Vol. 16. París, 1.844. pp. 429 y ss.; Rezzónico, Juan Carlos: *Op. Cit.* p. 55; Sanojo, Luis: *Instituciones de Derecho Civil Venezolano*. Tomo III. Imprenta Nacional. Caracas, 1873. p. 322.

²² Cfr: Degni, Francisco: *Op. Cit.* p. 213; Gorla, Gino: *Compravendita*. Torino, 1937. p. 311.

puesto que la primera venta habría quedado firme, sino que provocará una nueva transferencia en lugar de la destrucción retroactiva de la venta anterior.

El plazo para el rescate se cuenta desde el día de la venta. Si la venta ha sido sometida a una condición suspensiva, el plazo comienza a correr el día en que se cumpla la condición. Se admite que las partes pueden convenir en que el plazo comience a correr a partir de una fecha diferente, siempre y cuando entre el día del contrato y el fijado para la expiración del plazo no exista un intervalo superior a cinco (5) años.²³

En cuanto a la manera de contar el plazo para el rescate, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 12 del Código Civil, se debe excluir del cómputo del plazo el primer día (*dies a quo*), pero para que el plazo sea completo, se comprende en él el último día (*dies a quem*), durante el cual, por tanto, el vendedor puede manifestar su voluntad de rescatar la cosa.

El plazo se presume establecido a favor del vendedor, quien puede efectuar el rescate en cualquier día del término fijado, a menos que del contrato mismo o de otras circunstancias resultare habérselo puesto en beneficio del comprador o de ambas partes (Código Civil, artículo 1.214). Así, por ejemplo, si se previó en el contrato que el comprador había adquirido el inmueble sujeto a rescate para instalar allí una industria.

El plazo corre contra toda persona, aun contra los menores (Código Civil, artículo 1.537). Esta regla constituye una aplicación particular para el caso del retracto convencional, del régimen general de las prescripciones breves las cuales corren aun contra los menores y los entredichos (Código Civil, artículo 1.985). Por lo cual, si el vendedor muere dejando un hijo menor de edad o entredicho, el plazo de prescripción no se suspende como ocurre con la prescripción ordinaria, sino que continúa corriendo, a pesar de la situación especial en que se encuentran estas personas. Sin embargo, la ley deja a salvo el recurso del incapaz

²³ Troplong, M.: *De la Vente*. Vol. II, París, 1845. p. 203; De Page, Henri: *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*. Vol. IV. Bruselas, 1938. p. 308.

contra su representante. Por tanto, si la pérdida del derecho del rescate es perjudicial al incapaz, éste tendrá recurso contra su representante. Para la procedencia del recurso, el interesado deberá demostrar: a) que ha habido negligencia de su representante, para lo cual tendrá que probar que existía una ventaja en recuperar la cosa vendida; b) que el representante contaba con recursos suficientes en el activo del menor, con anterioridad a la expiración del plazo para rescatar la cosa.²⁴

El vencimiento del plazo opera de pleno derecho, sin que sea necesario notificar o interpelar al titular del derecho de rescate. Por lo cual, una vez vencido el término queda extinguida de pleno derecho la facultad del vendedor de rescatar la cosa vendida.

La doctrina extranjera admite, casi sin discrepancias, que el plazo fijado para el rescate es de caducidad y no de prescripción.²⁵ Sin embargo, conviene tener en cuenta que, a diferencia de los textos legales extranjeros, la ley venezolana, para referirse al plazo de rescate, utiliza la expresión “se prescribe” (Código Civil, artículo 1.535, segundo aparte). Aun cuando se admite que no es posible determinar, en cada caso, si se está ante un término de caducidad o prescripción con sólo atenderse al tenor literal de la norma, la doctrina nacional incluye el plazo para el ejercicio del derecho de rescate dentro de las prescripciones breves.²⁶

8. ¿QUIÉNES PUEDEN EJERCER EL DERECHO DE RETRACTO?

8.1 SUJETOS ACTIVOS DEL RETRACTO

El derecho de retracto puede ejercerlo el vendedor. Además, pueden hacerlo valer sus cesionarios, sus herederos y sus acreedores.

²⁴ Cfr. Baudry-Lacantinerie, G.: *Op. Cit.* Tome II. p. 459.

²⁵ Por todos, véase, Rubino, Doménico: *La compravendita*. Milán, 1962. p. 1.044.

²⁶ Cfr. Mélich-Orsini, José: *La caducidad y la prescripción*. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios. Caracas. 2002. p. 69. En cambio, la doctrina y la jurisprudencia nacional admiten pacíficamente que los plazos que contempla el artículo 1.547 del Código Civil para ejercer el *retracto legal* son plazos de caducidad (*Ibidem*. p. 170); Sentencia del 28-04-82 en Ramírez & Garay, T. 78. pp. 396-398; Sentencia del 07-08-74 en Ramírez & Garay, T. 44. pp. 374-375; Sentencia del 20-03-70 en Ramírez & Garay, T. 25. pp. 121-122; Sentencia del 03-03-60 en Ramírez & Garay, T. 1. pp. 206-207.

Desde luego, el derecho de retracto puede ser ejercido por el vendedor. Por su carácter esencialmente patrimonial, este derecho puede ser cedido salvo pacto en contrario y, por consiguiente, los cesionarios del vendedor están, igualmente, legitimados para ejercerlo. Lo mismo cabe decir respecto de los herederos del vendedor, pues el derecho de retracto forma parte del caudal hereditario y se transmite a aquéllos, quienes están en condiciones de ejercerlo como hubiera podido hacerlo el *de cuius*. Por último, a través de la acción oblicua, los acreedores del vendedor pueden ocupar su lugar y ejercer el derecho de retracto, en resguardo de sus propios intereses.

8.2 PLURALIDAD DE VENDEDORES

En caso de *pluralidad de vendedores o de herederos del vendedor*, pueden presentarse dos supuestos:

- 1.- Que el bien perteneciente a varias personas haya sido vendido con pacto de retracto, conjuntamente por todos los interesados y por un solo contrato. A este supuesto hay que equiparar la situación que se presenta cuando al vendedor lo suceden varios herederos.
- 2.- Que el bien vendido con pacto de retracto pertenezca a varias personas, y cada una de ellas haya vendido su parte, sin actuar conjuntamente.

Pasamos a referirnos a cada uno de estos supuestos.

8.2.1 *Venta de un fundo indiviso realizada por sus copropietarios conjuntamente y en un solo contrato*

A esta situación se refiere el artículo 1.541 del Código Civil según el cual:

Cuando varias personas han vendido conjuntamente y por un solo contrato un fundo común, o cuando un solo vendedor ha dejado varios herederos, el comprador no puede ser obligado a consentir rescates parciales. En este caso, si no hay acuerdo

entre los vendedores o los herederos, puede cualquiera de ellos verificarlo en totalidad y por su propia cuenta.

Estima el legislador que cuando el comprador adquiere un fundo indiviso con pacto de retracto, de varios propietarios conjuntamente y mediante un solo contrato, la intención del comprador es adquirir la totalidad del fundo vendido y no partes indivisas del mismo. Por consiguiente, es razonable suponer en este caso que el comprador cree que el fundo en cuestión le quedará, en definitiva, en propiedad exclusiva o que será rescatado íntegramente. Por tanto, no sería justo obligar al comprador a consentir luego en rescates parciales. En efecto, si el rescate pudiera ejercerse parcialmente contra la voluntad del comprador, éste conservará solamente las participaciones en el fundo vendido correspondientes a los vendedores no retrayentes y pasará a ser copropietario del fundo conjuntamente con los retrayentes. Probablemente esta situación no revista ninguna utilidad para el comprador quien, por lo demás, es muy posible que no habría consentido en adquirir solamente partes del fundo vendido.

Para salvaguardar los intereses del comprador y evitar situaciones de indivisión contrarias al interés social, la ley le concede el derecho de oponerse al rescate parcial y de exigir que todos los vendedores se pongan de acuerdo para proceder conjuntamente al rescate. En caso de oposición, los vendedores tendrán que ponerse de acuerdo para rescatar la totalidad del fundo. De no mediar acuerdo, la ley faculta a cualquiera de ellos para que por su cuenta efectúe el rescate total. Tratándose de rescate total, que no perjudica al comprador, éste no podría oponerse a su ejercicio. Por lo cual, si uno de los vendedores quiere rescatar todo el fundo, puede perfectamente hacerlo cuando los demás no quieran.

Conviene tener en cuenta que el artículo 1.541 del Código Civil consagra una *facultad* del comprador de oponerse al rescate parcial. Por lo cual, éste puede perfectamente consentir en que el rescate sea ejercido parcialmente, en cuyo caso conservará la porción indivisa correspondiente a los no retrayentes.

Como se desprende del texto de la precitada disposición legal, este mismo régimen jurídico se aplica al caso en el cual la *pluralidad de titulares del derecho de rescate* sobre la cosa sobreviene como consecuencia de la muerte del vendedor sub-retro.

Por último, se admite que este régimen se debe aplicar, por analogía, al supuesto de *sucesión a título particular y pro indiviso de una pluralidad de titulares en el derecho de retracto del vendedor*.²⁷

8.2.2 Ventas separadas de partes de un fundo indiviso por sus copropietarios

Esta situación está prevista en el artículo 1.542 del Código Civil según el cual:

Si los copropietarios de un fundo no lo han vendido conjuntamente y en totalidad, sino que cada uno ha vendido sólo su parte, pueden ejercer el derecho de retracto separadamente, cada uno por la porción que le corresponda. El comprador no puede obligar al que ejerce la acción de esa manera a que rescate el fundo entero.

El supuesto de la previsión legal es que cada uno de los copropietarios haya vendido su cuota indivisa en el fundo común, sin actuar conjuntamente con los demás. En este caso presume la ley que no fue la intención de las partes convenir en la venta de la totalidad del fundo, sino en la de las distintas partes que tenía cada vendedor. No hay, pues, en realidad, una sola venta sino tantas ventas cuantas partes tenía cada uno de los vendedores. Por consiguiente, la ley faculta a cada vendedor a ejercer el rescate por su parte en la venta sin que pueda el comprador oponerse a los rescates parciales puesto que –repetimos– no ha sido su intención comprar la cosa como un todo.

La doctrina admite que hay venta de partes cuando las distintas ventas se hacen por contratos sucesivos o cuando existiendo un solo contrato

²⁷ Aguilar Gorron dona, José Luis: *Contratos... cit.* p. 281.

la venta sea hecha con designación de partes, indicándose precios distintos para cada una de las partes vendidas, puesto que esto hace presumir la separación de intereses entre los vendedores.²⁸ De manera que es posible que la venta se haga por un solo contrato y que, no obstante, exista venta de partes y no del todo, puesto que nada impide hacer varias ventas distintas mediante un solo documento.²⁹

Por último, nada impide que uno de los vendedores ejerza el rescate sobre la totalidad del fundo vendido, actuando en representación de los demás, en virtud de una solidaridad activa existente entre ellos o en razón de un mandato; pero, no podrá el comprador obligar a uno de los vendedores a ejercer el rescate total. En caso de solidaridad activa entre vendedores, el retrayente deberá distribuir el fundo rescatado *pro quota* entre los distintos vendedores.

8.3 EJERCICIO DEL DERECHO DE RETRACTO POR LOS ACREEDORES DEL VENDEDOR

En atención al carácter patrimonial del derecho de retracto se explica que los acreedores del vendedor pueden ejercerlo actuando en nombre y en lugar de su deudor *ex* artículo 1.278 del Código Civil. Se trata de una manifestación particular de ejercicio de la acción oblicua. En efecto, no siendo el retracto un derecho inherente a la persona del deudor, los acreedores del vendedor pueden perfectamente ejercerlo en nombre de éste, para el cobro de sus créditos. Su ejercicio producirá el regreso de la cosa vendida al patrimonio del vendedor.

Sin embargo, la ley establece una restricción al respecto: El comprador puede oponer el beneficio de excusión a los acreedores del vendedor que pretendan rescatar la cosa (Código Civil, artículo 1.539, último aparte); lo cual es razonable, puesto que mientras éstos puedan cobrarse con el resto del patrimonio del deudor, la ley no quiere privar al compra-

²⁸ *Cfr.* Planiol, Marcelo y Ripert, Jorge: *Op. Cit.*, Tomo X. p. 212; Baudry-Lacantinerie, G.: *Op. Cit.* Tome II. pp. 464-465; Aguilar Gorrondona, José Luis: *Contratos... cit.* pp. 280-281.

²⁹ *Cfr.* Laurent, F.: *Op. Cit.* Vol. XXIV. p. 461; Sanojo, Luis: *Op. Cit.* Tomo III. pp. 327-328.

dor de la propiedad de la cosa. Por tanto, el comprador que ha opuesto el beneficio de excusión, podrá rechazar exitosamente la acción de retracto interpuesta por el acreedor del vendedor mientras no se haga la excusión correspondiente.³⁰

El procedimiento para que el comprador pueda oponer el beneficio de excusión al acreedor del vendedor es el contemplado en el artículo 1.816 del Código Civil, sustituyendo la palabra “fiador” por “comprador”, que prescribe:

La excusión no tendrá efecto si no la exigiere el fiador al contestar la demanda.

El fiador que pida la excusión deberá indicar bienes suficientes del deudor principal, y anticipar la cantidad necesaria para hacer la excusión.

No producirá efecto la designación que haga de bienes del deudor que sean litigiosos o que se hallen fuera del territorio de la República, o de que no esté en posesión el deudor, aunque se hallen hipotecados.

Igualmente, se aplica por analogía el artículo 1.813 del Código Civil (ordinales 1º y 3º) que dispensa al acreedor de la excusión cuando el fiador (comprador) haya renunciado expresamente a ella y en el caso de quiebra o concurso del deudor (vendedor). No cabe aplicar aquí el ordinal 2º del artículo 1.813 que se refiere al caso en el cual el fiador se haya obligado solidariamente con el deudor, puesto que esta hipótesis no puede darse en el caso de retracto.

³⁰ Conviene tener en cuenta que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.900 del Código Civil, el tercer poseedor de la cosa hipotecada no podrá alegar el beneficio de excusión, aunque se haya constituido la hipoteca por un tercero, a menos que haya pacto en contrario. Por tanto, si el acreedor hipotecario cuya hipoteca hubiese sido constituida con anterioridad a la venta persigue el inmueble hipotecado, el comprador *sub-retro* no podrá oponerle el beneficio de excusión. De lo contrario, como expresa Dominici, le sería muy fácil al deudor entorpecer la ejecución del crédito hipotecario vendiendo el inmueble hipotecado con pacto de retracto. (Dominici, Aníbal: *Op. Cit.* Tomo III. p. 393).

Como los acreedores ejercen el rescate en nombre del deudor, tendrán que hacerlo en los mismos términos y condiciones a que estaba sometido el vendedor para su ejercicio. No podrán hacer uso de él fuera del plazo pactado, tendrán que restituir al comprador cantidades iguales y por los mismos conceptos que debía restituir el vendedor y, en fin, tendrán que cumplir con los mismos requisitos y condiciones que habría tenido que cumplir el vendedor *sub-retro* para ejercer el retracto.

Los acreedores del vendedor pueden ejercer el rescate aun cuando sean quirografarios. El artículo 1.539 del Código Civil se refiere en general a los acreedores del vendedor, sean o no privilegiados; y, el artículo 1.278 tampoco establece ninguna restricción al respecto. Por consiguiente, los acreedores del vendedor para el cobro de lo que se les deba pueden rescatar la cosa en nombre de éste, mediante el ejercicio de la acción oblicua, siempre y cuando tengan interés en hacerlo, independientemente de que la ley les conceda o no una causa de preferencia para el cobro de sus créditos.

La ley no impone el ejercicio conjunto del derecho de retracto por todos los acreedores del vendedor; por lo cual, puede cualquiera de ellos retraer la cosa en nombre de su deudor, independientemente de cuál sea el comportamiento de los demás.

Aun cuando el artículo 1.537 del Código Civil se refiere a los *acreedores del vendedor*, se admite que el retracto pueden ejercerlo los *acreedores de cualquier titular actual del derecho de rescate* a quienes puede, igualmente, el comprador (o cualquiera de sus causahabientes a título universal o particular) oponer el beneficio de excusión.³¹

Por otra parte, *los acreedores del vendedor pueden embargar el derecho de retracto* que corresponde a su deudor. El embargo solamente opera como una carga o gravamen que afecta el derecho de retracto *pendente conditione*, sin que faculte al embargante a rescatar la cosa vendida ni impida que el comprador adquiriera irrevocablemente

³¹ Cfr. Rubio Torrano, Enrique: *Op. Cit.* p. 214.

la propiedad de la cosa vendida, cumplida la condición pactada entre comprador y vendedor.

9. CAPACIDAD PARA EJERCER EL DERECHO DE RETRACTO

La doctrina nacional y la jurisprudencia admiten que retraer es, por regla general, un acto de disposición; por lo cual, no basta que el retrayente tenga la capacidad necesaria para realizar actos de simple administración, sino que se requiere que la tenga para realizar actos que excedan de la simple administración. De no exigirse esta capacidad, el retrayente correría el riesgo de recibir, en razón del rescate, una cosa distinta o de dilapidar la que ha recibido. Por lo cual, si el retrayente es menor de edad deberá actuar a través de su representante legal, quien deberá cumplir con *formalidades habilitantes* para rescatar válidamente la cosa en nombre de su representado (Código Civil, artículo 267).³²

10. ¿CONTRA QUIÉNES PUEDE EJERCERSE EL DERECHO DE RETRACTO?

10.1 SUJETOS PASIVOS DEL RETRACTO

El derecho de retracto puede ejercerse, en primer lugar, contra el comprador. Es obvio, que el sujeto pasivo del rescate puede ser el comprador, quien en virtud del pacto de retracto debe restituir la cosa. Pero, también pueden ser sujetos pasivos del rescate los herederos del comprador y los terceros adquirentes de la cosa.

³² La jurisprudencia de nuestros tribunales ha sostenido que: “La capacidad para retraer será, por lo tanto, idéntica a la exigida para la adquisición de bienes inmuebles. En realidad, tal capacidad cuando de compra se trata, no es otra que la que en general se precisa para obligarse, suponiendo por lo tanto capacidad de disposición propiamente dicha que excede de la facultad que otorga la simple administración.” (Sentencia del Juzgado Superior Tercero en lo Civil y Mercantil de la Primera Circunscripción Judicial del 11 de noviembre de 1957 en Jurisprudencia de los Tribunales de la República. Vol. VI. Tomo II. p. 448).

10.2 COMPRA CON PACTO DE RETRACTO DE PARTE DE UN FUNDO INDIVISO

La ley trae una norma especial que regula el ejercicio del derecho de retracto contra el comprador que haya adquirido con pacto de retracto una parte de un fundo indiviso. Si el comprador con pacto de retracto de una parte indivisa de un fundo se ha hecho adjudicatario de la totalidad del fundo por licitación provocada contra él, podrá obligar al vendedor a rescatar todo el fundo, si quisiere hacer uso del retracto (Código Civil, artículo 1.540).

Sabemos que según el artículo 768 del Código Civil a nadie puede obligarse a permanecer en comunidad, salvo pacto de mantener el estado de indivisión que no exceda de cinco (5) años; y siempre puede cualquiera de los comuneros pedir la partición. Además, cuando la cosa no pueda dividirse cómodamente la *actio familiae erciscundae*, puede producir como consecuencia la adjudicación de la cosa común a uno de los comuneros o su venta mediante pública subasta con la consiguiente distribución del precio (Código Civil, artículos 1.071 y 770).

Pues bien, es posible que el comprador con pacto de retracto de parte de un fundo indiviso se convierta en adjudicatario de la totalidad del fundo. En consecuencia, el comprador tendrá el dominio revocable de la parte del fundo que adquirió con pacto de retracto y la propiedad irrevocable de las porciones del fundo que le fueron adjudicadas en la partición. De hecho y de derecho habrá cesado el estado de indivisión, porque la totalidad de la cosa pertenece a un solo propietario. Si en esta situación se permitiera al vendedor rescatar únicamente la parte del fundo vendida con pacto de retracto, sujetándose a los términos del contrato de venta, el comprador volvería a encontrarse en una situación de indivisión que la ley quiere evitar. Por este motivo, la ley concede al comprador el derecho de obligar al vendedor a rescatar la totalidad del fundo si quiere hacer uso del derecho de retracto.

Debe observarse que la ley dice que el comprador *puede* obligar al vendedor a rescatar la totalidad del fundo. Es decir, se trata de un derecho que la ley concede al comprador, del cual puede o no hacer uso. Si

tiene, pues, interés en conservar la porción de la que es adjudicatario puede perfectamente hacerlo sin que el vendedor pueda exigirle que consienta en su rescate, puesto que dicha porción no formó parte del objeto de la venta con pacto de retracto.

Por otra parte, este derecho de obligar al vendedor a rescatar la totalidad del fundo presupone para su ejercicio que se cumplan dos condiciones: 1) que sea el *comprador* con pacto de retracto quien haya resultado adjudicatario de la totalidad del fundo en la partición. Si la adjudicación se realiza a favor de un tercero, el retrayente únicamente podrá rescatar la parte indivisa del fundo vendido que hubiere adquirido el adjudicatario, sin que pueda obligársele a rescatar el resto. En efecto, por cuanto la disposición legal que consagra este derecho a favor del comprador es una norma derogatoria del derecho común, solamente puede aplicarse a la situación especialmente prevista y tiene que ser interpretada restrictivamente; y 2) que el comprador se haya convertido en adjudicatario en virtud de licitación provocada *contra él*, pero no cuando él ha promovido la licitación y dado lugar a la subasta; puesto que, en tal caso, pudiera el comprador haber provocado la licitación para obligar al vendedor que efectúe un rescate total.³³

El Código Civil no indica cuál debe ser el precio de adquisición por el cual el vendedor debe adquirir el resto del fundo, esto es, la parte que él no vendió y que ahora se le obliga adquirir. Para la determinación del valor de reembolso pueden seguirse dos criterios: partir del precio de la parte vendida con pacto de retracto y establecer una proporción entre el valor de la parte de la finca vendida bajo esta modalidad, y la parte o partes alícuotas no sujetas a este pacto; o bien atender al precio de adjudicación.

³³ Cfr. Planiol, Marcelo y Ripert, Jorge: *Op. Cit.* Tomo X. p. 213. Desde luego, el comprador contra quien se ha promovido la partición no está obligado a convertirse en adjudicatario, pero si lo hace es para conservar la cosa; por lo cual, se reconoce se trata de un gasto necesario que debe reembolsarle el vendedor que ejerce el derecho de retracto *ex* artículo 1.544 del Código Civil. (Cfr. Laurent, F.: *Op. Cit.* Vol. XXIV. p. 457).

A nuestro modo de ver, la segunda forma es la más aceptable porque de acogerse la primera, el comprador podría enriquecerse o empobrecerse indebidamente, ya que no es probable que una venta *sub-retro* alcance el mismo precio que otra realizada más tarde sin sujetarla a esta condición resolutoria; por lo cual, el precio fijado en la primera no puede servir de base para señalar el de otra independiente de aquélla.³⁴

10.3 PLURALIDAD DE HEREDEROS DEL COMPRADOR

Como indicamos con anterioridad, el derecho de rescate puede hacerse valer frente a los herederos del comprador *ex* artículo 1.543 del Código Civil. Esta disposición legal reitera el principio general según el cual se presume que una persona ha contratado para sí y para sus herederos y causahabientes, cuando no se ha convenido expresamente en lo contrario o cuando no resulta así de la naturaleza del contrato (Código Civil, artículo 1.163). Por tanto, los herederos del comprador están obligados por el pacto de rescate en los mismos términos en que lo estaba su causante.

Si el comprador deja varios herederos, el rescate no puede ejercerse contra cada uno de ellos sino en proporción a la parte que le corresponda, sea que la cosa vendida se mantenga en estado de indivisión o que se la haya dividido entre ellos. Pero, si la herencia se hubiere dividido y la cosa vendida se hubiere comprendido en la porción de uno de los herederos, el rescate podrá intentarse contra éste por el todo (Código Civil, artículo 1.543, aparte único).

Por consiguiente, de acuerdo con esta disposición legal pueden presentarse tres hipótesis: a) que los herederos no hayan efectuado la partición de la cosa, en cuyo caso cada uno de ellos solamente está obligado en proporción a su cuota en la herencia; b) que se haya efectuado la partición y atribuido la cosa comprada con derecho de retracto, por

³⁴ En el mismo sentido, en la doctrina española, véase, Manresa y Navarro, José María: *Comentarios al Código Civil Español*. Vol. X. Editorial Reus. Madrid, 1931. p. 313. En contra, Borrel y Soler, Antonio: *El Contrato de Compraventa según el Código Civil Español*. Bosch Casa Editorial. Barcelona 1952. p. 250.

partes iguales o desiguales, a los herederos, en cuyo caso cada uno de ellos no está obligado a soportar el rescate sino por la parte que se le haya adjudicado; y c) que se haya efectuado la partición y la cosa vendida se atribuya en propiedad íntegramente a uno de los coherederos, en cuyo caso el rescate puede hacerse valer íntegramente contra él.

Obsérvese que en las dos primeras hipótesis se debe hacer valer el rescate contra todos los herederos; sólo así obtendrá el comprador la restitución íntegra de la cosa vendida. Por consiguiente, si el comprador deja vencer el plazo fijado para el rescate sin ejercerlo ante alguno de los herederos, éste adquirirá irrevocablemente *por quota* la propiedad de la cosa vendida. Pero, si una vez realizada la partición de la herencia la cosa vendida se atribuye en propiedad exclusiva a uno solo de los herederos, el pacto de rescate debe hacerse valer exclusivamente contra él.

Esta previsión legal se explica como una consecuencia del efecto declarativo de la partición: una vez efectuada la partición y adjudicada la cosa a uno de los herederos, el vendedor debe promover el rescate contra él, puesto que se reputa que él la adquirió directamente del comprador y que los restantes coherederos jamás tuvieron derechos sobre la cosa vendida (Código Civil, artículo 1.116).³⁵ Por lo cual, el rescate no les afecta y si fueren demandados por el vendedor, podrán oponer en la contestación de la demanda su falta de cualidad para sostener el juicio *ex* artículo 361 del Código de Procedimiento Civil. Declarada procedente dicha falta de cualidad promovida por los demandados, el juez en la oportunidad de dictar sentencia de fondo desechará la demanda y declarará extinguido el proceso.

Además, el heredero adjudicatario es el propietario exclusivo de la cosa; sólo él puede restituirla por entero y debe hacerlo si así se lo exige el vendedor, puesto que este heredero nunca adquirió el dominio pleno de la cosa por encontrarse ésta sujeta al derecho de retracto del vendedor.

³⁵ En relación con el efecto declarativo de la partición, véase, López Herrera, Francisco: *Derecho de Sucesiones*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 1994. pp. 860 y ss.

Finalmente, la doctrina admite que esta norma se aplica por analogía cuando el fundo ha sido adquirido en comunidad por varios compradores con pacto de retracto.³⁶ En esta eventualidad, por tanto, el rescate no puede hacerse valer contra cada uno de ellos sino en proporción a la parte que le corresponda, salvo que efectuada la partición la cosa vendida le hubiese correspondido íntegramente a uno de los compradores, en cuyo caso podrá el vendedor ejercer el rescate contra éste por la totalidad.

10.4 *ADQUIRENTE QUE HAYA TRANSMITIDO LA COSA A UN TERCERO*

El titular del derecho de rescate puede hacerlo valer contra los terceros que traigan sus derechos del comprador; lo que afecta a todos los causahabientes de éste, incluso a los subadquirentes. A este respecto, el artículo 1.538 del Código Civil establece que el vendedor que ha estipulado el retracto puede intentar su acción contra los terceros adquirentes, “aun cuando en los respectivos contratos de éstos no se haya hecho mención del retracto convenido” (Código Civil, artículo 1.538). Los terceros adquirentes de la cosa están, por tanto, igualmente, obligados a respetar el derecho de retracto.

Al ser el retracto convencional *un pacto de la venta inicial* (*supra*, N° 6), aun cuando no conste en la segunda o sucesiva enajenación, en razón del principio del trato sucesivo que rige en materia de publicidad registral (Ley de Registro Público y del Notariado, artículo 11), el tercer adquirente puede fácilmente conocer la existencia del retracto con sólo estudiar los antecedentes de la titularidad del dominio sobre la cosa que adquiriera. En consecuencia, los terceros subadquirentes no podrán alegar engaño, puesto que debían conocer el carácter resoluble de la propiedad o derecho que ellos estaban adquiriendo.

³⁶ En este sentido, entre otros, véase, Laurent, F.: *Op. Cit.* Vol. XXIV. p. 462; Colin, Ambrosio y Capitant, Henri: *Op. Cit.* Vol. IV. p. 215.

Ahora bien, si la cosa adquirida por el tercero es un bien mueble³⁷ por su naturaleza, el tercer adquirente de buena fe, conforme a lo dispuesto en el artículo 794 del Código Civil, puede oponerse al rescate que contra él pretenda ejercer el vendedor,³⁸ salvo que se trate de una cosa mueble sustraída o perdida que el tercero hubiese adquirido en feria o mercado en una venta pública, o a un comerciante que vendiese públicamente objetos semejantes, en cuyo caso el vendedor podría rescatarla del tercero, reembolsándole la cantidad que le haya costado (Código Civil, artículo 795).

Como indicamos poco antes, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.538 del Código Civil, el vendedor puede intentar su acción contra el tercer adquirente. Obsérvese que el retrayente tiene *acción directa* contra el tercero. Es decir, si el comprador revendió la cosa el vendedor no tiene que dirigirse primero contra el primitivo comprador ni tiene que resolver judicialmente, con carácter previo, la venta que con él celebró ni notificar al primitivo vendedor su voluntad de resca-

³⁷ Algunas legislaciones prohíben expresamente el derecho de retracto sobre bienes muebles (por ejemplo, el Código Civil argentino, artículo 1.380) por los abusos a que se presta esta operación y por las trabas que la misma supone para la libre circulación de los bienes muebles. La violación de la prohibición legal produce no solamente la nulidad de la cláusula del contrato que estipula el derecho de retracto, sino que afecta la totalidad de la venta por tratarse de una condición potestativa prohibida que hace nula la obligación de la cual ha sido causa determinante. (Al respecto, Ferrari, Oscar: *Op. Cit.* pp. 73-74). En Venezuela, el Código Civil no prohíbe la venta con pacto de retracto sobre bienes muebles. Si bien algunas disposiciones del Código sobre retracto convencional se refieren a los inmuebles (artículos, 1.540, 1.541, 1.542, 1.544 y 1.545), otras aluden en general a la cosa vendida (artículos, 1.536 y 1.539); y, el artículo 1.534 que contiene la definición legal del retracto convencional emplea el término “cosa vendida” sin hacer distinción alguna. Por lo demás, nada impide aplicar las disposiciones del Código Civil sobre retracto convencional tanto a los bienes muebles como a los bienes inmuebles. Sin embargo, por cuanto muchas veces la venta *sub-retro* sobre bienes muebles sirve para encubrir un préstamo usurario, algunas ordenanzas municipales prohíben expresamente a las casas de empeño realizar sus operaciones bajo la forma de venta con pacto de retracto sobre bienes muebles. (Véase, en tal sentido, el artículo 2° de la Ordenanza Municipal denominada “Reglamento de Casas de Empeño” originalmente dictada por el Concejo Municipal del Distrito Federal el 24 de febrero de 1910 y publicada en la Gaceta Municipal N° 4.620 del 20 de octubre de 1931, cuya vigencia fue confirmada por la extinta Corte Suprema de Justicia en sentencia de fecha 7 de agosto de 1958. Para un valioso aporte doctrinario sobre este tema, véase, Govea, Luis Guillermo: *La Usura a través del Empeño en Revista de Derecho Mercantil* N° 5. Caracas - Maracaibo, Enero - Junio 1988, pp. 27 y ss.).

³⁸ *Cfr.* Planiol, Marcelo y Ripert, Jorge: *Op. Cit.* Tomo X. p. 214; Baudry-Lacantinerie, G. *Op. Cit.* Tome II. p. 460; Laurent, F.: *Op. Cit.* Vol. XXIV. pp. 456-457; Degni, Francisco: *Op. Cit.* p. 217.

tar. En efecto, el retrayente procede directamente contra el tercero interponiendo la acción reivindicatoria que constituye la manifestación más clara de su voluntad de rescatar. Desde luego, el vendedor, si así lo desea *puede*, también, interponer la acción personal derivada del contrato de venta contra el comprador primitivo, pero *no tiene que hacerlo*. Si el vendedor ejerce su derecho contra el comprador, éste tendrá que hacer citar al juicio al tercero, a fin de que el vendedor pueda obtener la restitución de la cosa.

Si ha habido ventas intermedias, el vendedor no tiene acción contra los vendedores intermedios. No le vincula ningún contrato con ellos por lo que carece de acción personal contra ellos ni puede reivindicar la cosa de ellos, puesto que la misma no se encuentra bajo su posesión.³⁹

Por último, cabe hacer notar que cuando el retracto se ejerce contra un tercer adquirente el vendedor únicamente deberá reembolsarle el precio de la venta inicial, es decir, el precio que el vendedor recibió de su comprador, aun cuando el precio que el tercero hubiere pagado a su causante fuese superior. En tal caso, el tercero, salvo pacto en contrario, podrá dirigirse en saneamiento por la diferencia, contra su vendedor.⁴⁰

11. FORMA DE EJERCER EL DERECHO DE RETRACTO CONVENCIONAL

La ley no regula el procedimiento que debe seguir el vendedor para hacer valer su derecho de rescatar la cosa.

³⁹ El vendedor con derecho de retracto tiene, pues, dos acciones: una *personal* contra su comprador derivada del contrato, y una acción *real* contra los terceros detentadores que no han contratado con él obligación alguna, pero que son tenidos como detentadores de la cosa vendida. Pero, el derecho de retracto no puede ejercerse sino contra el primitivo comprador o el tercero detentador del inmueble; no contra los que hayan sido adquirentes, pero luego hayan vendido dejando de ser detentadores del inmueble.

⁴⁰ La doctrina es conteste sobre el particular. En este sentido, entre otros, *Cfr.* Planiol, Marcelo y Ripert, Jorge: *Op. Cit.* Tomo X. p. 218; Baudry-Lacantinerie, G. *Op. Cit.* Tome II. pp. 461-462; Colin, Ambrosio y Capitant, Henri: *Op. Cit.* Vol. IV. p. 245. En la doctrina nacional, véase, Sanojo, Luis: *Op. Cit.* Tomo III. p. 329.

Surgen entonces las siguientes interrogantes ¿Basta la declaración de voluntad de retraer por parte del vendedor, dentro del plazo establecido, para hacer valer su derecho de rescatar la cosa o se requiere que la misma vaya acompañada del pago del rescate?, ¿debe el vendedor hacer, en tiempo hábil, oferta real y depósito del precio de la venta y demás prestaciones accesorias para que se dé por ejercido el derecho de rescate, en caso de que el comprador rehúse recibir el precio?

La doctrina y la jurisprudencia extranjera se encuentran divididas al respecto.

Algunos autores han sostenido que el retrayente debe efectuar, en tiempo hábil, oferta real y depósito del precio y demás prestaciones accesorias, so pena de perder todo derecho a rescatar la cosa.⁴¹ Según otros tratadistas, la declaración del retrayente, por sí sola, es suficiente para mantener vigente el derecho de rescate, pero la recuperación efectiva de la propiedad de la cosa sólo se logra en el momento del depósito del precio del rescate o desde que esa suma es puesta a disposición del comprador.⁴² De acuerdo con otro sector de la doctrina, basta con que el vendedor manifieste su voluntad de ejercitar el rescate en forma seria, precisa y concluyente, ofreciendo en las formas ordinarias el reembolso del precio y de los accesorios.⁴³ Otros autores sostienen que la declaración del retrayente, para ser válida, debe ir acompañada de la entrega efectiva del precio del rescate y demás prestaciones accesorias.⁴⁴

La jurisprudencia francesa ha resuelto que la declaración del vendedor basta para mantener vivo su derecho a reclamar la resolución, pero ésta no opera hasta tanto no se haya efectuado el depósito del precio y de los costos y gastos de la venta y demás prestaciones accesorias.⁴⁵

⁴¹ Cfr. Aubry C. y Rau, E.: *Cours de Droit Civil Français*. Tome V. Editions Techniques S.A. París, 1946. p. 167.

⁴² Cfr. Josseland, Louis: *Op. Cit.* Tomo II. Vol. II. pp. 110-111

⁴³ Degni, Francisco: *Op. Cit.* p. 216; De Ruggiero, Roberto: *Op. Cit.* Tomo II. Vol. I. p. 230; De Gregorio, Alfredo: *Op. Cit.* N° 151. p. 980.

⁴⁴ Cfr. Borda, Guillermo: *Tratado de Derecho Civil. Contratos*. Vol. I. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1997. pp. 235-236.

⁴⁵ Véase la jurisprudencia citada por Josseland, Louis: *Op. Cit.* Tomo II. Vol. II. p. 111 y por Colin, Ambrosio y Capitán, Henri: *Op. Cit.* Vol. IV. pp. 240-241.

La jurisprudencia italiana, por su parte, ha sido vacilante. Primero sostuvo que bastaba con el ofrecimiento serio del precio de venta para que se produjera la resolución de la venta con pacto de retracto; luego, exigió que la declaración del retracto fuera acompañada con el precio y accesorios; y finalmente, volvió al sistema primitivo.⁴⁶

Por lo que al derecho venezolano concierne, la ley no prescribe formalidad alguna para el ejercicio del derecho de rescate. Por lo cual, al vendedor le basta con declarar su voluntad al comprador para dar por resuelta la venta.⁴⁷ La declaración de voluntad en tal sentido es informal, es decir, puede manifestarse por cualquier medio. Por consiguiente, el derecho de retracto puede ejercerse por documento público o privado, y aun verbalmente, siempre que esta declaración verbal pueda probarse fehacientemente. La manifestación de voluntad de retraer comunicada al comprador es, pues, suficiente para el ejercicio del derecho de rescate por parte del vendedor y para que el mismo surta sus efectos respecto del comprador.⁴⁸

La jurisprudencia de nuestros tribunales ha sostenido que la declaración de voluntad del titular del derecho de rescate es suficiente para la resolución del contrato de compraventa con pacto de retracto, aunque no se haga simultáneamente entrega efectiva del precio.⁴⁹

⁴⁶ Véase la jurisprudencia citada por Degni, Francisco: *Op. Cit.* pp. 216-217.

⁴⁷ Sanojo hace énfasis en la seriedad de la manifestación de voluntad de retraer, esto es, que al expresar su voluntad el retrayente ofrezca seriamente pagarle al comprador, o en su caso al tercero, lo que deba reembolsarle (Sanojo, Luis: *Op. Cit.* Tomo III. p. 330). La Sala de Casación Civil de la antigua Corte Suprema de Justicia dejó establecido que “si bien es cierto que las disposiciones analizadas (Código Civil, artículos 1.534 y 1.544) no imponen la obligación de pago simultánea a la manifestación de ejercer el derecho de retracto, es menester que ésta contenga la oferta de pagar el precio, los gastos y costos de venta (y los que determine la ley), inmediatamente a la entrega de la cosa y de manera pura y simple, y no someter a un acto futuro y lleno de contingencias, como lo es un remate judicial, el pago de esta contraprestación.” (Sentencia del 25-07-84 en Ramírez & Garay, T. 87. pp. 408-409).

⁴⁸ Sentencia de la Corte Superior del Estado Aragua del 31 de enero de 1951 en Jurisprudencia de los Tribunales de la República. Vol. I. p. 262.

⁴⁹ Sentencia del Juzgado Superior 2° en lo Civil y Mercantil de la Primera Circunscripción Judicial del 22 de enero de 1957 en Jurisprudencia de los Tribunales de la República Vol. VI. Tomo II. pp. 450-454.

Nos parece correcto este criterio jurisprudencial. En efecto, al ser el derecho de retracto una condición resolutoria potestativa expresa de la venta, opera de pleno derecho por la sola declaración de voluntad del retrayente comunicada al comprador. Esto basta para que se dé por cumplida la condición resolutoria y, por tanto, para que se produzca la resolución de la venta. El contrato se resuelve, aunque no se haga simultáneamente entrega efectiva del precio y de las demás prestaciones accesorias.

Ahora bien, cumplida la condición, se inicia una nueva etapa en las relaciones entre las partes. En virtud de la resolución de la venta, éstas deben restituirse recíprocamente las prestaciones. Pero, esto no impide que la resolución del contrato opere desde el momento en que se cumpla la condición.⁵⁰

En otras palabras: Hay que distinguir dos cuestiones: 1) el cumplimiento de la condición resolutoria; y 2) el cumplimiento de las prestaciones derivadas de la resolución del contrato. Para que se cumpla la condición resolutoria, basta con la sola declaración de voluntad del vendedor. No hace falta más nada; y, el cumplimiento de la condición resuelve el contrato. Luego, como consecuencia de dicha resolución las partes deben restituirse recíprocamente las prestaciones cumplidas en ejecución del contrato que ha quedado resuelto. Y no se nos diga que esta situación es injusta para el comprador a quien se obliga a devolver la cosa sin recibir nada a cambio. El comprador se encuentra protegido, puesto que le asiste el derecho de retener la cosa hasta tanto el vendedor le reembolse el precio y las demás prestaciones recibidas (Código Civil, artículo

⁵⁰ En el mismo sentido, en la doctrina francesa, véase, Laurent quien examinando la naturaleza de la condición que significa todo pacto de retro y su carácter de potestativa, de resolutoria y de expresa, deduce la consecuencia de que la compraventa se resuelve desde el momento en que el vendedor manifiesta su voluntad de hacer uso del derecho que se reservó. No será preciso, por lo tanto, en opinión de Laurent, ni el pago inmediato, ni su consignación, ni su ofrecimiento; lo que importa es que el vendedor, dentro del plazo, declare de modo indudable su voluntad. La forma de esta declaración no es ninguna determinada, basta con que pueda probarse por alguno de los medios de prueba que la ley establece, a cuyos principios generales está sometido el acto. Una vez hecha la declaración de voluntad, el contrato queda resuelto al cumplirse la condición potestativa, resolutoria y expresa a que estaba sometida la venta; los pagos legales vendrán después. (Laurent, F.: *Op. Cit.* Vol. XXIV. pp. 439-445).

1.544). Por tanto, aunque el vendedor recupera la propiedad por la resolución del contrato, para entrar en posesión de la cosa tiene que restituir efectivamente el precio.

Esta situación determina las siguientes consecuencias:

1.- Para el ejercicio del derecho de retracto no se requiere interponer acción judicial⁵¹ ni efectuar oferta real y depósito del precio de rescate y demás prestaciones accesorias. Así lo admite la doctrina nacional y la jurisprudencia de nuestros tribunales.⁵²

2.- Para que el vendedor recupere la propiedad de la cosa vendida, le basta con manifestar al comprador su voluntad de retraer. Empero, para entrar en posesión de la cosa rescatada deberá efectuar las restituciones que la ley pone a su cargo.

Esta conclusión se apoya en el texto del artículo 1.544 del Código Civil según el cual el vendedor “no puede entrar en *posesión* de la cosa sino después de haber satisfecho todas estas obligaciones”. Es decir, la ley consagra un derecho de retención a favor del comprador que impide al retrayente tomar posesión de la cosa retraída hasta tanto no le haya restituido a aquél el precio de la venta y cumplido con las demás presta-

⁵¹ Aun cuando los artículos 1.542 y 1.543 del Código Civil utilizan la expresión “acción de rescate”, esta expresión debe entenderse como hacer uso de la facultad de rescatar la cosa. Así lo da a entender la propia ley cuando abandona aquella expresión en el artículo 1.544 y la sustituye por la siguiente “el vendedor que hace *uso del derecho de retracto*”. Cfr: Sanojo, Luis: *Op. Cit.* Tomo III. p. 331.

⁵² Cfr: Aguilar, José Luis: *Contratos... cit.* p. 282; GF. N° 34. p. 46; Sentencia del 17-01-79 en Ramírez & Garay, T. 64. pp. 364-366. En contra, véase, Sentencia del 6 de mayo de 1981 en Ramírez & Garay, T. 73. pp. 173-176, en la cual el Juzgado Superior Décimo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda sostuvo erróneamente que el vendedor al ejercer el derecho de retracto “debe en todo caso cumplir con la obligación del reembolso en forma simultánea y conjunta, de acuerdo con las previsiones del artículo 1.544 del Código Civil”. Aun cuando la Sala de Casación Civil de la antigua Corte Suprema de Justicia mediante sentencia de fecha 25-07-84 no casó esta sentencia del Juzgado Superior, dejó claramente establecido que la anterior aseveración que contenía el fallo era incorrecta, puesto que el artículo 1.544 del Código Civil no exige que se haga el reembolso de precio de la venta simultáneamente con la manifestación de voluntad de retraer. (Sentencia del 25-07-84 en Ramírez & Garay, T. 87. pp. 408-409).

ciones que le impone la ley; lo que presupone que el retrayente ha recuperado la propiedad de la cosa retraída al comunicar su voluntad de retraer al comprador. En efecto, el derecho de retención, por definición, se ejerce sobre una cosa ajena, puesto que sobre una cosa propia no tiene explicación. Si el comprador aún fuera el propietario de la cosa retraída, no tendría ningún sentido el derecho de retención que la ley consagra a su favor.

En conclusión, si de acuerdo con el artículo 1.544 del Código Civil, se otorga al comprador (o, en su caso, al tercero) el derecho de retención sobre la cosa, es evidente que a partir de la declaración de voluntad del retrayente la venta se resuelve y recupera éste la propiedad de la cosa vendida *sub-retro*, quedando solamente la posesión a favor del comprador, quien se convierte, así, en acreedor del retrayente por el monto de las cantidades que éste debe reembolsar; concediéndole la ley como garantía, aquel derecho de retención.

12. RETRACTO CONVENCIONAL E INSCRIPCIÓN REGISTRAL

Como indicamos poco antes, *entre las partes* la declaración de voluntad de retraer puede ser hecha en cualquier forma, esto es, mediante documento público o privado o aun en forma verbal, siempre y cuando sea susceptible de prueba. La doctrina y la jurisprudencia admiten, con base en lo dispuesto en el artículo 1.369 del Código Civil, que para ser oponible a terceros, la declaración de voluntad de retraer debe constar en documento de fecha cierta.⁵³ En consecuencia, puede ocurrir que el vendedor haya manifestado al comprador su voluntad de rescatar la cosa y que los terceros, ignorando esta situación contraten con el comprador, lo que puede acarrearles serios problemas.

Entonces, ¿una declaración de voluntad de retraer que recaiga sobre un bien inmueble y que no haya sido inscrita en el Registro Inmobiliario es oponible a terceros?

⁵³ Sentencia de la Corte Superior del Estado Aragua del 31 de enero de 1951 en Jurisprudencia de los Tribunales de la República. Vol. I. p. 262.

Para responder a esta interrogante, conviene recordar que:

- 1.- Por constituir un acto traslativo de la propiedad, la venta con pacto de retracto que recaiga sobre un bien inmueble debe registrarse para los efectos establecidos por la Ley (Código Civil, artículo 1.920, ordinal 1° y LRPN, artículo 43);
- 2.- La prórroga del plazo para ejercer el derecho de rescate está, igualmente, sujeta a registro, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 43 de la LRPN que ordena el registro de los actos jurídicos relativos al dominio que afecten a un bien inmueble. Además, es un principio general que el acto que modifique o prorrogue algún derecho, contrato o acto sujeto a registro debe, asimismo, registrarse; y
- 3.- Por último, el ejercicio del derecho de retracto, cuando se refiere a un bien inmueble está, igualmente, sujeto a la formalidad del registro, puesto que constituye “un acto jurídico relativo al dominio que afecta a un bien inmueble”; y, por ende, debe registrarse de acuerdo con lo dispuesto en el precitado artículo 43 de la LRPN.

Ahora bien, según el artículo 1.924 del Código Civil los actos que la ley sujeta a las formalidades del registro y que no hayan sido registrados, no producen efecto frente a terceros que por cualquier título hayan adquirido y conservado legalmente derechos sobre el inmueble. Por consiguiente:

- 1.- La venta con pacto de retracto que verse sobre un bien inmueble no inscrita en el Registro Inmobiliario no es oponible a los terceros que adquieran derechos sobre el inmueble e inscriban sus adquisiciones en el Registro;
- 2.- La prórroga del plazo de retracto no registrada no es oponible a los terceros que hayan adquirido del comprador derechos sobre el inmueble e inscrito sus adquisiciones en el Registro; y
- 3.- Tampoco es oponible a los terceros que adquieran del comprador derechos sobre el inmueble *después de vencido el pla-*

zo para el ejercicio del derecho de retracto, la manifestación de voluntad de retraer formulada por el vendedor *sub-retro* en tiempo hábil, pero no inscrita en el Registro.

Como dijimos anteriormente, el retracto convencional es un pacto de la venta (*supra*, N° 6). Por lo cual, al constar la venta en el Registro Inmobiliario, si un tercero contrata con el comprador *antes de vencido el plazo establecido para el rescate*, no podrá alegar buena fe ni oponerse al rescate por parte del vendedor. En tal caso, ningún tercero puede desconocer la existencia del retracto. Ahora, si el vendedor comunicó al comprador en tiempo hábil su voluntad de retraer, pero no la registró y el tercero adquirió la cosa del comprador *después del vencimiento del plazo* ignorando esta comunicación, dicha adquisición por parte del tercero prevalecerá sobre la del retrayente. En efecto, en tal caso el tercero habrá contratado con el comprador *sub-retro* en la creencia de que el derecho de rescate se había extinguido. Por lo cual, se tratará de un tercero de buena fe que se encuentra protegido por el principio de la fe pública registral.⁵⁴

En otras palabras, una vez vencido el plazo establecido para el rescate, la resolución de la venta no produce efectos respecto de terceros si no ha sido inscrita en el Registro Inmobiliario. El objetivo de la creación de este

⁵⁴ La fe pública registral protege la “verosimilitud y certeza jurídica” que muestran los asientos de registro (Ley de Registro Público y del Notariado, artículo 13). La “verosimilitud” y “certeza jurídica” que constituyen los atributos de la presunción con que la ley inviste a los asientos registrales denotan la idea de exactitud de los datos que contienen –o que la ley presume que contienen– dichos asientos. Así, el Registro no sólo se presume íntegro, sino verdadero, cierto, esto es, exacto; y si conforme a lo dispuesto en el artículo 23 *ejusdem* la misión de los Registros es garantizar la seguridad jurídica de los actos y de los derechos inscritos, *con respecto a terceros*; se tiene que *el contenido del Registro se considera siempre exacto y completo en beneficio del tercero que adquiera confiado en los datos del Registro*, el cual, en consecuencia, puede estar completamente seguro de su adquisición en los términos que el Registro expresa. En relación con la eficacia positiva y negativa de la fe pública registral en el Código Civil Venezolano, véase Mélich-Orsini, José: La Eficacia de la Impugnación de un Acto Registrado para los Terceros Subadquirentes (El artículo 1922 del Código Civil venezolano) en *Estudios de Derecho Civil*. Editorial Alva. Caracas, 1986. pp. 407 y ss. En relación con la consagración del principio de la fe pública registral en la Ley de Registro Público y del Notariado, véase Urdaneta Fontiveros, Enrique: Los Principios Inmobiliarios Registrales en la Nueva Ley de Registro Público y del Notariado en *Estudios de Derecho Civil*. Vol. II. *Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona*. Colección Libros Homenaje N° 5. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2.002. pp. 785 y ss.

Registro fue, precisamente, evitar las transferencias ocultas y clandestinas de la propiedad y el perjuicio que las mismas acarrearán para los terceros, así como para la seguridad del tráfico inmobiliario. Sostener lo contrario, esto es, que una resolución de la venta no inscrita en el Registro pueda tener efectos respecto de terceros, una vez vencido el plazo para el rescate, significaría una inseguridad para cualquier título de propiedad en cuyos antecedentes figure una venta con pacto de retracto.

Por consiguiente, la manifestación de voluntad de rescatar un bien inmueble para ser oponible a los terceros que contraten con el comprador o sus causahabientes después de vencido el plazo fijado, legal o contractualmente, para el rescate tiene que inscribirse en el Registro Inmobiliario.⁵⁵ De esta forma se concilia lo dispuesto en los artículos 1.538 del Código Civil, 43 de la Ley de Registro Público y del Notariado y 1.924 del Código Civil y se logra la aplicación racional, sistemática y concordada de dichas disposiciones legales.

Por último, si el retrayente ejerce el derecho de rescate judicialmente, la demanda respectiva deberá anotarse en el Registro Inmobiliario *ex* artículo 42 de la LRPN, en cuyo caso la anotación preventiva de la demanda permite enervar la eficacia protectora de la fe pública registral. Por lo cual, quienes adquieran derechos del comprador *sub-retro* sobre el inmueble con posterioridad a la anotación de la demanda lo hacen sin perjuicio del derecho que obtenga a su favor el retrayente en virtud del fallo. La sentencia que declare con lugar la acción de rescate

⁵⁵ En el mismo sentido, en la doctrina argentina, Wayar expresa: “Tanto el derecho de rescate del vendedor como el derecho del tercero que actuó de buena fe merecen protección. ¿A quién se habrá de preferir? Nos parece que el orden jurídico debe acordar protección, en primer lugar, al tercero. En consecuencia: a) antes del vencimiento del plazo de caducidad, el vendedor está plenamente protegido, *pues ningún tercero podrá ignorar la existencia del retracto*; la declaración de voluntad de aquél por la que hace saber al comprador que quiere rescatar la cosa, puede ser *informal* y es indiferente que se la inscriba o no; b) pero después de vencido el plazo de caducidad, el tercero será el protegido. Por ende, la voluntad del vendedor, aunque haya sido emitida antes del vencimiento del plazo, no será oponible al tercero si no ha *sido inscrita* en el registro.” (Wayar, Ernesto, *Compraventa y Permuta*. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1984. p. 478). En contra, también en la doctrina argentina, Ferrari quien sostiene que en todo caso el tercero ha de sufrir el retracto por parte del vendedor, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.388 del Código Civil Argentino, cuyo texto es similar al artículo 1.538 de nuestro Código Civil. (Ferrari, Oscar: *Op. Cit.* pp. 79 y ss.).

deberá registrarse *ex* artículos 1.922 del Código Civil y 43 de la LRPN y los efectos de la indicada decisión se retrotraen a la fecha de la anotación preventiva de la demanda (tal retroacción, pues, no podría producirse de no haberse efectuado dicha anotación).⁵⁶

13. EFECTOS DEL RETRACTO CONVENCIONAL

Los efectos del pacto de retracto pueden referirse a tres periodos distintos: 1) antes del cumplimiento de la condición; 2) fallida la condición; y 3) después del cumplimiento de la condición.

13.1 EFECTOS DEL PACTO DE RETRACTO PENDENTE CONDITIONE

Estos efectos pueden producirse respecto del comprador y respecto del vendedor.

13.1.1 Efectos respecto del comprador

Pendente conditione, la venta con pacto de retracto produce los mismos efectos que una venta pura y simple. El comprador puede actuar como propietario de la cosa vendida, pero su derecho está sujeto a la eventualidad de que el vendedor ejerza su derecho de rescatar la cosa. Puede, por consiguiente, ejercer todas las facultades inherentes al derecho de propiedad: enajenar, hipotecar, constituir usufructos y servidumbres, etc. Pero, estos actos de disposición están sometidos al cumplimiento o incumplimiento de la condición resolutoria con la cual el comprador adquirió, puesto que éste no puede transmitir a terceros derechos más extensos que el suyo propio.

A este respecto el artículo 1.539 del Código Civil establece que:

El comprador con pacto de retracto ejerce todos los derechos de su vendedor.

⁵⁶ Al respecto, véase, mi trabajo La Anotación Preventiva de Demanda en *Estudios de Derecho Inmobiliario-Registral*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2.003. pp. 155 y ss.

La prescripción corre en su favor, tanto contra el verdadero propietario como contra los que pretendan tener hipotecas u otros derechos sobre la cosa vendida.

Puede oponer el beneficio de excusión a los acreedores de su vendedor.

Al decir que el comprador ejerce todos los derechos de su vendedor, la ley lo que quiere significar es que en virtud de la venta con pacto de retracto, el comprador adquiere *el carácter* que tenía el vendedor, aunque siempre sujeto a la condición del retracto.⁵⁷ Así, pues, lo que el comprador adquiere es el carácter del vendedor; si éste era propietario el comprador adquiere el carácter de propietario y, si sólo era poseedor, el comprador adquiere únicamente la posesión.

Por consiguiente, el comprador puede usar, gozar y disfrutar de la cosa, realizar actos de conservación y de administración sobre la cosa y disponer de ella por actos *inter vivos o mortis causa*, en los mismos términos en que podía hacerlo el vendedor, salvo una limitación: el comprador con pacto de rescate no puede usar de la facultad de despedir al arrendatario hasta que, por la expiración del plazo fijado para el rescate, se haga irrevocablemente propietario del inmueble (Código Civil, artículo 1.610). Por lo cual, cuando el contrato de arrendamiento conste en instrumento público o de fecha cierta anterior a la venta y se hubiere reservado en el contrato, en caso de venta, el derecho del adquirente de despedir al arrendatario, el comprador con pacto de retracto no podrá hacerlo (Código Civil, artículo 1.604).⁵⁸ No estima la ley aconsejable

⁵⁷ Cfr: Manresa y Navarro, José María: *Op. Cit.* Vol. X. p. 293.

⁵⁸ La doctrina francesa sostiene que el artículo 1.751 del Código Napoleón (equivalente a nuestro artículo 1.610) no impide que el comprador invoque la inoponibilidad de un contrato de arrendamiento que carezca de fecha cierta anterior a la compraventa bajo pacto de retro. Al respecto, véase, Colin, Ambrosio y Capitant, Henri: *Op. Cit.* Vol. IV. p. 247; Aubry C. y Rau, E.: *Op. Cit.* Tome V. p. 175; Baudry-Lacantinerie, G. *Op. Cit.* Tome II. p. 461. Como quiera que el artículo 1.610 del Código Civil solamente impide que el comprador *sub-retro* haga uso del *derecho* de desahuciar al arrendatario *que hubiese sido objeto de reserva en el contrato de arrendamiento*, a nuestro modo de ver, ello no afecta el derecho que tiene todo tercero de considerar que no le es oponible un contrato de arrendamiento que carezca de fecha cierta; por lo cual, el aludido criterio de la doctrina francesa es correcto y puede ser admitido en Venezuela.

otorgar al comprador *sub-retro*, la facultad de desahuciar al inquilino por cuanto, si se cumple la condición resolutoria será imposible restituir al arrendatario en el disfrute de la cosa arrendada que perdió.⁵⁹

Por otra parte, si el comprador adquirió la cosa de quien no era propietario, tendrá un título que le servirá de base para usucapir contra el verdadero propietario y para invocar, en su caso, la prescripción y liberar la cosa de todas las cargas, servidumbres, hipotecas y demás derechos reales que pesan sobre la misma (Código Civil, artículo 1.539, segundo aparte),⁶⁰ porque el comprador con pacto de retracto posee como verdadero propietario y no a título precario.⁶¹

13.1.2 *Efectos respecto del vendedor*

13.1.2.1 *¿Qué derechos tiene el vendedor *pendente conditione*?*

La doctrina extranjera se encuentra dividida respecto de la naturaleza del derecho del vendedor con pacto de retracto, *pendente conditione*. Se discute si él tiene un derecho real sobre la cosa (*ius in re*), o un simple derecho personal en relación con la cosa (*ius ad rem*).

De un lado, se ha sostenido que el vendedor conserva un derecho de propiedad sobre la cosa sometido a la condición suspensiva de que ejerza su derecho de retraerla en tiempo hábil. En consecuencia, puede vender, permutar, donar la cosa que ha vendido con pacto de retracto,

⁵⁹ Cfr. Planiol, Marcelo y Ripert, Jorge: *Op. Cit.* Tomo X. p. 209.

⁶⁰ Conviene recordar que el artículo 1.908 del Código Civil, por su parte, establece que el derecho real de hipoteca se extingue por prescripción de la hipoteca a favor del tercer poseedor.

⁶¹ En relación con *los actos posesorios del comprador*, si el vendedor no rescata la cosa, resulta claro que el comprador puede adquirirla por prescripción adquisitiva. Pero, si el vendedor recupera la cosa, según la opinión común de los autores, puede valerse de la posesión del comprador para unirla a la suya y adquirir la cosa por prescripción adquisitiva mediante el transcurso del tiempo. No obstante, los autores difieren en cuanto al fundamento de esta unión de posesiones. Unos dicen que el comprador viene a ser el causante del vendedor cuanto éste recupera la cosa. (Borda, Guillermo: *Op. Cit.* Vol. I. p. 245). Otros, como Laurent, niegan que exista tal relación entre el comprador y el vendedor, y señalan que lo que ocurre es que el cumplimiento de la condición resolutoria hace desaparecer por completo el contrato, resultando jurídicamente que el comprador no ha poseído y que el vendedor no ha dejado de poseer (Laurent, F.: *Op. Cit.* Vol. XXIV. p. 427).

gravarla con hipotecas, servidumbres, etc., pero todos estos derechos desaparecerán si no rescata la cosa dentro del plazo legal o convencionalmente establecido; y se volverán definitivos si se cumple la condición suspensiva. Se argumenta, en tal sentido, que este derecho de propiedad bajo condición suspensiva del vendedor con pacto de rescate, corresponde exactamente al mismo derecho que tiene el comprador bajo condición resolutoria, como el anverso y el reverso de una medalla.⁶²

Otras veces, por el contrario, se ha opinado que el vendedor, mientras no ejerza el rescate, solamente goza de un derecho personal o de crédito para exigir del comprador la restitución de la propiedad. En tal sentido, se dice que admitir que el vendedor conserve un derecho de propiedad sobre la cosa sometido a la condición suspensiva del ejercicio de su derecho de retracto y que el comprador adquiera un derecho de propiedad sobre la misma cosa bajo condición resolutoria, es inadmisibles, puesto que no pueden coexistir simultáneamente dos derechos de propiedad sobre el mismo objeto. Por consiguiente, el vendedor no tiene, *pendente conditione*, ningún derecho real sobre la cosa, ningún *ius in re*; sino un simple derecho personal con relación a la cosa, es decir, un *ius ad rem*.⁶³ Por lo cual, no puede realizar actos de disposición sobre la cosa, sino solamente formular meras promesas de disposición que no tendrán otro carácter que el de un compromiso personal supeditado a la previa readquisición de la propiedad sobre la cosa.

Por nuestra parte, nos pronunciamos por la tesis primeramente expuesta. El vendedor con pacto de retracto no tiene simplemente un derecho personal a readquirir la propiedad, sino que tiene sobre la cosa un derecho de propiedad bajo condición suspensiva. Por ello, puede perfectamente realizar actos de disposición sobre la cosa, pero todos ellos, por supuesto, quedarán sujetos al cumplimiento de la condición. Por su par-

⁶² Cfr. Baudry-Lacantinerie, G.: *Op. Cit.*, Tome II. p. 460; HUC, T.: *Op. Cit.* Vol. 2. p. 228; Josserand, Louis: *Op. Cit.* Tomo II. Vol. II. pp. 112-113; Laurent, F.: *Op. Cit.* Vol. XXIV. pp. 431-436; Enneccerus, Ludwig, Kipp, Theodor y Wolf, Martín: *Op. Cit.* Tomo II. Vol. II. p. 158. En Venezuela, Aguilar Gorrondona, José Luis: *Contratos... cit.* p. 284.

⁶³ Cfr. Colin, Ambrosio y Capitant, Henri: *Op. Cit.* Vol. IV. pp. 247-250; Aubry C. y Rau, E.: *Op. Cit.* Tome V. pp. 167 y ss.; Rezzónico, Juan Carlos: *Op. Cit.* p. 89.

te, el comprador también puede realizar actos de disposición sobre la cosa comprada con pacto de retracto, pero los mismos estarán afectados a la condición resolutoria del ejercicio del rescate por parte del vendedor. No vemos en ello ninguna contradicción, puesto que el vendedor y el comprador realizan dichos actos de disposición en razón de derechos diferentes que tienen sobre la cosa.⁶⁴

Del cumplimiento de la condición dependerá cuál de los dos es el propietario. Si el vendedor ejerce el rescate en tiempo hábil, subsisten entonces los actos de disposición que él realizó *pendente conditione*, puesto que él se considera propietario desde la fecha de la venta y aquellos efectuados por el comprador caen, puesto que se reputa que él nunca adquirió la propiedad. A la inversa, si el vendedor no ejerce su derecho a retraer la cosa los actos de enajenación o de gravamen en que consintió antes del cumplimiento de la condición no subsisten y se vuelven definitivos aquellos realizados *pendente conditione* por el comprador, puesto que él se reputa propietario desde la fecha de la venta.

13.1.2.2 *Protección especial del vendedor arrendatario*

Para salvaguardar los intereses del vendedor, la ley establece que si en el contrato de venta con pacto de retracto se ha estipulado que el vendedor quede como arrendatario del fundo, será nula toda cláusula por la

⁶⁴ La doctrina nacional reconoce que la condición suspensiva y la condición resolutoria son el anverso y el reverso de la misma moneda, puesto que la condición suspensiva equivale a una condición resolutoria al revés y viceversa. Por consiguiente, “cuando el enajenante transfiere la propiedad de una cosa bajo condición suspensiva, está en la misma situación de quien adquiere bajo condición resolutoria. Tanto el enajenante que transfiere bajo condición suspensiva, como quien adquiere bajo condición resolutoria, son propietarios de la cosa enajenada mientras está pendiente la condición, y dejarán de serlo al cumplirse la misma”. (Maduro Luyando, Eloy y Pittier Sucre, Emilio: *Curso de Obligaciones Derecho Civil III*. Tomo I. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 1999. p. 312). Como dice Josserand, “si el comprador no tiene más que una faz de la propiedad es que la faz complementaria pertenece a otra persona, la cual no podrá ser evidentemente más que el vendedor”. (Josserand, Louis: *Op. Cit.* Tomo II. Vol. II. p. 113). Por consiguiente, quien tiene sobre un inmueble un derecho de propiedad sometido a condición suspensiva puede hipotecarlo y el gravamen quedará supeditado al cumplimiento de la condición suspensiva; y, por supuesto, quien tiene sobre el mismo inmueble un derecho de propiedad sometido a condición resolutoria puede también hipotecarlo en cuyo caso el gravamen quedará sometido al cumplimiento de la condición resolutoria.

cual se sancione la falta de pago de pensiones de arrendamiento con la pérdida del derecho del rescate. Dichas pensiones podrán cobrarse ante el tribunal competente y podrá pedirse la desocupación del inmueble o, en su caso, que el subarrendatario se entienda directamente con el comprador bajo pacto de retracto, sin que en ninguno de estos casos se menoscabe el derecho de rescate ni el término estipulado para su ejercicio (Código Civil, artículo 1.545).

Estima el legislador que permitir que el vendedor arrendatario pierda el derecho de retracto solamente por no pagar las pensiones de arrendamiento equivale a un pacto comisorio; por consiguiente, en caso de falta de pago del canon de arrendamiento por parte del vendedor *sub-retro*, aun mediando pacto en contrario, el comprador únicamente tiene la posibilidad de reclamar judicialmente lo que se le adeude por este concepto, sin perjuicio de poder solicitar judicialmente la desocupación del inmueble o de entenderse directamente con el subarrendatario, si fuere el caso. Pero, el vendedor continúa disfrutando de su derecho de rescate, aun en el caso de que no pague dichas pensiones de arrendamiento ni desocupe el inmueble.

13.2 EFECTOS DEL RETRACTO, FALLIDA LA CONDICIÓN

Si el vendedor no ejerce el derecho de retracto en el término convenido, el comprador adquiere irrevocablemente la propiedad o derecho (Código Civil, artículo 1.536).

Esta consecuencia deriva de la circunstancia de que la venta con pacto de retracto es una venta condicional. Por consiguiente, si el vendedor no hace valer el retracto convencional en tiempo hábil, la condición no se cumple y la venta se convierte en definitiva quedando, por tanto, el dominio pleno o la titularidad plena del derecho a favor del comprador.⁶⁵

⁶⁵ Esta consecuencia se produce aun cuando pese un embargo sobre el derecho de retracto del vendedor. En efecto, esta medida solamente puede producir el efecto de una caución, mientras se halle pendiente de cumplimiento lo convenido por el comprador y el vendedor. Pero, en ningún caso atribuye al acreedor embargante derecho alguno para retraer la cosa ni puede el embargo decretado desvirtuar las relaciones jurídicas del pacto de retracto existente entre el comprador y el vendedor.

Además, todos los derechos constituidos por el comprador sobre la cosa a favor de terceros (por ejemplo, una hipoteca) quedan consolidados.

Conviene tener en cuenta que la sola circunstancia de expirar el plazo fijado para el rescate sin que el vendedor haya ejercido su derecho, determina la pérdida del derecho de rescate. No es necesario que se dicte una providencia judicial que declare extinguido el derecho. El artículo 1.536, sólo dice “si el vendedor no ejerce el derecho de retracto en el término convenido”, sin exigir ningún otro requisito. Desde luego, para evitar problemas e inconvenientes, es aconsejable que el comprador solicite al registrador que estampe nota marginal de cancelación del derecho de rescate.

Por último, vale la pena destacar que no sólo se extingue el derecho de rescate por el transcurso del plazo legal o convencionalmente fijado, sino también cuando se verifique cualquier otro hecho que determine su extinción, de acuerdo con lo previsto por las partes.

13.3 EFECTOS DEL RETRACTO, CUMPLIDA LA CONDICIÓN

Como hemos indicado en varias oportunidades, la venta con pacto de retracto es una venta bajo condición resolutoria potestativa; por consiguiente, cuando la condición se cumple, es decir, cuando el vendedor ejerce el derecho de retracto, el contrato queda resuelto con eficacia retroactiva a partir de la fecha de su celebración. En virtud de la resolución de la venta, la cosa rescatada regresa al patrimonio del vendedor y ocupa el mismo lugar que tenía, tal como si la venta no se hubiese celebrado. Así, por ejemplo, si el vendedor *sub-retro* es una persona casada bajo el régimen legal de comunidad de gananciales, se hacen propios del respectivo cónyuge retrayente los bienes que éste adquiera durante el matrimonio en virtud del derecho de retracto ejercido sobre bienes propios y con dinero de su patrimonio (Código Civil, artículo 152, ordinal 2°).⁶⁶

⁶⁶ Obsérvese que son necesarios dos requisitos para que opere la subrogación real prevista en la aludida disposición legal: 1) el bien rescatado tiene que haber pertenecido anteriormente como bien propio del respectivo cónyuge retrayente; y 2) el rescate tiene que efectuarse con dinero propio del retrayente. (Cfr. López Herrera, Francisco: *Anotaciones sobre Derecho de Familia*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 1970. p. 453).

La resolución de la venta que tiene lugar cuando la condición se cumple por el ejercicio del derecho de retracto engendra obligaciones para las partes: el vendedor debe restituir el precio recibido y ciertas prestaciones accesorias y el comprador tiene que restituir la cosa y sus accesorios. Además, la resolución retroactiva de la venta determina efectos respecto de los terceros.

A continuación, nos referiremos, en primer lugar, a las obligaciones que el ejercicio del derecho de retracto hace surgir para el vendedor; luego, analizaremos aquellas que surgen para el comprador; y, por último, los efectos que el rescate produce frente a los terceros.

13.3.1 *Obligaciones del vendedor*

En razón del ejercicio del derecho de rescate, el vendedor debe restituir al comprador el precio recibido, los gastos y costos de la venta, los de las reparaciones necesarias y los de las mejoras que hayan aumentado el valor del fundo hasta concurrencia del mayor valor que éste tenga. El retrayente no puede volver a entrar en posesión del fundo, sino después de haber satisfecho todas estas obligaciones (Código Civil, artículo 1.544).

Pasamos a analizar, primeramente, las prestaciones a cargo del vendedor; y, luego, el derecho de retención que tiene el comprador para asegurar el cumplimiento de estas obligaciones.

13.3.1.1 *Prestaciones a cargo del vendedor*

13.3.1.1.1 *Reembolso del precio*

En relación con la restitución del precio, debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que la ley se refiere a la obligación del retrayente de restituir “el precio recibido”. No habla del valor sino del precio. Por consiguiente, se trata de una obligación pecuniaria y no de una deuda de valor que tiene el vendedor que pretende rescatar la cosa. No hay que atender, pues, para reembolsar el precio al valor que la cosa tenga en el momento del rescate. Por lo cual, ni el comprador puede pretender la restitución de un precio mayor alegando que la cosa ha aumentado de

valor ni el vendedor reclamar uno inferior con base en una disminución del valor de la cosa.

Por otra parte, conviene aquí recordar que cuando el retracto se ejerce frente a un tercer adquirente, el retrayente solamente está obligado a restituir el precio que efectivamente recibió del primitivo comprador y no el pagado por aquél a su vendedor (*supra*, N° 10.4).

Ahora bien, se plantea el problema de si las partes pueden válidamente convenir en que el precio de rescate sea superior o inferior al precio de la venta.

La doctrina extranjera se encuentra dividida al respecto.

Algunos autores admiten la validez de la cláusula mediante la cual se estipule que el retrayente restituya un precio superior o inferior al de la venta, siempre y cuando la cláusula de aumento no encubra un préstamo usurario.⁶⁷

Otros tratadistas, por el contrario, sostienen que el precio de rescate tiene que ser idéntico al precio de la venta, puesto que si se estipula uno superior o inferior la cláusula que se pacte no será ya una de retracto con eficacia real en los términos de la ley sino, a lo sumo, una cláusula resolutoria convenida por las partes de alcance y efectos más limitados.⁶⁸

⁶⁷ Cfr. Josseland, Louis: *Op. Cit.* Tomo II. Vol. II. p. 110; Planiol, Marcelo y Ripert, Jorge: *Op. Cit.* Tomo X. p. 218; Baudry-Lacantinerie, G.: *Op. Cit.* Tome II. p. 462; Gorla, Gino: *Op. Cit.* p. 312; Enneccerus, Ludwig, Kipp, Theodor y Wolf, Martin: *Op. Cit.* Tomo II. Vol. II 1ª parte. p. 158.

⁶⁸ Cfr. Laurent, F.: *Op. Cit.* Vol. XXIV. pp. 445-446; Coviello, Nicola: *Della Transcrizione*. Vol. II. Napoli-Torino, 1924. p. 182; De Ruggiero, Roberto: *Op. Cit.* Tomo II. Vol. I. p. 329; Lordi, Luigi: *Patto di Riscatto a prezzo superiore al prezzo di vendita* en *Rivista di Diritto Commerciale*, 1935. Vol. I. p. 245. Degni señala que el punto es objeto de viva controversia y expresa que el rescate “debe ser establecido sin cambio del precio, porque cuando fuese estipulado por un precio mayor o menor, la posición de los contratantes, al verificarse la condición resolutoria, no volvería al idéntico estado anterior, y, sobre todo, la estipulación de un precio mayor podría ocultar pactos usurarios”. (Degni, Francisco: *Op. Cit.* p. 211). En contra de este razonamiento, De Gregorio para quien no existe ninguna razón lógica que impida que se pacte el rescate por un precio superior al de la venta. Tampoco existe un principio jurídico que exija que la resolución de la venta coloque a las partes en una situación idéntica a la que se encontraban antes de contratar. Sin embargo, concluye este autor que de admitirse que el rescate se efectúe por un precio superior al de la venta, sería más fácil camuflar con una venta, un préstamo garantizado con una prenda con pacto comisorio. Por lo cual, los artículos 1.515 y 1.528 del Código Civil italiano de 1865 que establecen a cargo de vendedor *sub-retro* el reembolso del precio (*prezzo capitale*) son normas de orden público que no admiten pacto en contrario. (De Gregorio, Alfredo: *Op. Cit.* N° 151. p. 980).

A nuestro modo de ver, *por lo que al derecho venezolano concierne*, carece de validez el pacto por el cual se obligue al retrayente a restituir un precio diferente del pagado por el comprador. El artículo 1.544 del Código Civil establece que el retrayente debe restituir “*el precio recibido*”.⁶⁹ Por precio recibido, debe entenderse el *precio efectivamente pagado*. Por lo cual, el precio de rescate no puede ser mayor ni menor,⁷⁰ so pena de nulidad. Una tesis más amplia no concuerda con el texto de la ley.

Por otra parte, ya hemos dicho que en Venezuela existe un interés de orden público de evitar la estipulación de intereses usurarios que tendrían fácilmente cabida de admitirse la validez de un pacto de restituir un precio superior al estipulado para la venta y efectivamente recibido por el vendedor. Siendo ésta la *ratio legis*, carece de validez no solamente el pacto que contemple directa y explícitamente la restitución de un precio superior al real y efectivamente recibido por el vendedor, sino también cualquier otra cláusula a través de la cual, por vía indirecta, se llegue al mismo resultado.

Por último, debe tenerse en cuenta que la obligación del vendedor de restituir el precio recibido no comprende *los intereses*, los cuales se compensan con los frutos que la cosa produce (*infra*, N° 13.3.2.3). No tiene pues, legalmente, el comprador derecho a los intereses del precio.

⁶⁹ La redacción del artículo 1.544 de nuestro Código Civil difiere de la de los artículos 1.659 y 1.673 del Código Civil francés y 1.515 y 1.528 del Código Civil Italiano de 1865 que se refieren al reembolso del “*precio principal*” (*prix principal* y *prezzo capitale*, respectivamente). También difiere la redacción de nuestro Código Civil de la del artículo 1.366 del Código Civil argentino que se refiere a la restitución “*del precio recibido con exceso o disminución*”. Es, igualmente, diferente del texto del artículo 1.507 del Código Civil español según el cual: “tendrá lugar el retracto convencional cuando el vendedor se reserve el derecho de recuperar la cosa vendida, con obligación de cumplir lo expresado en el artículo 1.518 y lo demás que se hubiese pactado”. Esta disposición legal permite a las partes fijar un precio de rescate superior al precio de venta, puesto que deja un amplio margen de autonomía a los contratantes para obligarse por encima del mínimo exigido en el artículo 1.518. (Rubio Torrano, Enrique: *Op. Cit.* p. 225). Asimismo, difiere la redacción del artículo 1.544 del Código Civil venezolano de la del artículo 497 del Código Civil alemán BGB, según el cual “El precio en que se realizó la venta es también, *en caso de duda*, el precio del retracto”; lo que da margen para que las partes convengan en precios diferentes para la venta y el rescate. En cambio, el artículo 1.500, numeral 2° del Código Civil italiano de 1942 consagra expresamente la nulidad del pacto de restituir un precio superior al estipulado para la venta.

⁷⁰ La estipulación de un precio de rescate inferior al de la venta es muy poco frecuente. Pero, puede presentarse en casos en que los bienes –sobre todo máquinas– estén sujetos a depreciación por el transcurso del tiempo.

Pero, se admite que las partes pueden regular de manera diferente sus obligaciones en cuanto a los intereses y a los frutos, sobre todo si la cosa no produce frutos.⁷¹ Desde luego, si este pacto encubre una estipulación usuraria es absolutamente nulo.

13.3.1.1.2 *Gastos y costos de la venta*

El vendedor debe reembolsar al comprador los gastos y costos del contrato (Código Civil, artículo 1.544). De acuerdo con el Código Civil, los gastos de escritura y demás accesorios de la venta así como los gastos de transporte corren a cargo del comprador (Código Civil, artículo 1.491); entre estos gastos se encuentran los honorarios profesionales que cause la redacción del contrato, los derechos de autenticación y registro de la venta, los gastos de habilitación y traslado, el papel sellado requerido y cuantos otros se hubieren estipulado expresamente a cargo del comprador. El retrayente debe reembolsar al comprador las cantidades que hubiere pagado por estos conceptos. Desde luego, si los gastos de la venta no fueron sufragados por el comprador porque así se convino, éste no tendrá derecho a percibir cantidad alguna por estos conceptos.

Es perfectamente razonable que si la venta queda sin efecto por voluntad exclusiva del vendedor sea éste quien, en definitiva, deba soportar todos estos gastos.

13.3.1.1.3 *Reparaciones necesarias y mejoras*

El vendedor debe restituir los gastos efectuados por concepto de reparaciones necesarias y por las mejoras que hayan aumentado el valor de la cosa hasta cubrir el importe del aumento (Código Civil, artículo 1.544).

Las reparaciones necesarias, esto es, aquellas que se hacen para conservar la cosa y evitar su perecimiento se reembolsan íntegramente, por razones de equidad y para evitar un enriquecimiento del retrayente a expensas del comprador.

⁷¹ Cfr: Planiol, Marcelo y Ripert, Jorge: *Op. Cit.* Tomo X. p. 217; Laurent, F.: *Op. Cit.* Vol. XXIV. pp. 446-447.

En cambio, el vendedor está obligado a reembolsar *las mejoras*, esto es, los gastos que se realizan para aumentar el valor de la cosa haciéndola más productiva, *por el importe del mayor valor que haya adquirido la cosa*.

Esta regla difiere del régimen general en materia de posesión, donde el poseedor de buena o mala fe solamente puede reclamar por mejoras, la suma menor entre el monto de las impensas y el mayor valor dado a la cosa (Código Civil, artículo 792). A los efectos del reembolso de las mejoras cuando se ejercita el retracto convencional, poco importa que el monto del gasto sea superior o inferior al incremento de valor. El vendedor está obligado a restituir solamente el aumento de valor, independientemente de que el mismo coincida o no con las cantidades desembolsadas por el comprador para realizar dichas mejoras. Si el vendedor encuentra que el monto de la restitución es demasiado oneroso, sencillamente con no ejercer el rescate tiene.

La restitución de los gastos por concepto de mejoras no comprende los *gastos suntuarios o voluptuarios* que son los que tienen por objeto adornar o embellecer la cosa, y aunque puedan aumentar su valor, no incrementan sus cualidades productivas. Nada puede reclamar el comprador con pacto de rescate por este concepto, pero puede llevarse los objetos en que se hayan efectuado dichos gastos, siempre y cuando la cosa no sufra deterioro.

Se admite que la restitución de las mejoras tiene un límite: el comprador no tiene derecho al reembolso de las mejoras llevadas a cabo dolosamente, esto es, con el fin de colocar al retrayente en la imposibilidad o dificultad extrema de rescatar (por ejemplo, si un terreno yermo el comprador construye un edificio de gran importancia).⁷² El comportamiento

⁷² Cfr. Degni, Francisco: *Op. Cit.* p. 224 La doctrina francesa sostiene que constituye presunción de mala fe del comprador, la exageración de las mejoras en relación con el valor del inmueble. (Baudry-Lacantinerie, G.: *Op. Cit.* Tome II. p. 224). Troplong, por su parte, sostiene que cuando se habla de mejoras reembolsables se alude a aquellas que entran en los cálculos prudentes de un buen padre de familia. (Troplong, M.: *Op. Cit.* Vol. II. pp. 255 y ss. A nuestro modo de ver, esta es una cuestión de hecho que apreciarán, en cada caso, los jueces de instancia y que escapa a la censura de casación.

doloso del comprador que impida el derecho de rescate no puede recibir protección legal en virtud de los principios *malitiis non est indulgendum* y *fraus omnia corrumpit*. En tal caso, el comprador solamente podrá separar dichas mejoras cuando esto pueda hacerse en su provecho y sin daño de la cosa rescatada (*ius tollendi*), por aplicación analógica de lo dispuesto en el último aparte del artículo 600 del Código Civil.

13.3.1.2 Derecho de retención del comprador

Solamente cuando el vendedor haya satisfecho todas las obligaciones de restitución antes indicadas, puede entrar en posesión del fundo rescatado (Código Civil, artículo 1544). El comprador tiene, pues, el derecho de retener la cosa hasta tanto le sea devuelto el precio y reembolsado el importe de los gastos y mejoras de acuerdo con lo que hemos indicado con anterioridad (*supra*, N° 13.3.1). La ley concede este derecho de retención al comprador para garantizar el cumplimiento de las obligaciones de reembolso a cargo del retrayente.⁷³

⁷³ Burgos Villasmil no incluye entre los casos de derecho de retención expresamente reconocidos por la ley el derecho que le concede al comprador el artículo 1.544 del Código Civil de negarse a restituir la cosa rescatada hasta tanto el retrayente no le reembolse el precio de la venta y demás prestaciones accesorias. En efecto, solamente incluye este autor entre los casos de derecho de retención expresamente reconocidos por el Código Civil los siguientes: el derecho de retención al favor del poseedor condenado a restituir la cosa reivindicada (Art. 793); el que corresponde al coheredero obligado a restituir al caudal hereditario (Art. 1.105); el que acuerda la ley al mandatario (Art. 1.707) y al depositario (Art. 1.741); el derecho de retención a favor del acreedor prendario (Art. 1.857) y el que consagra la ley a favor del acreedor anticrético (Art. 1.861). (Burgos Villasmil, José Ramón: *El Derecho de Retención en el Código Civil Venezolano*. Caracas, 1966. pp. 115 y ss.) No obstante, a nuestro modo de ver, en el supuesto bajo examen concurren las condiciones necesarias para que pueda ejercitarse el derecho de retención, a saber: 1. La posesión de una cosa que el acreedor debe restituir al deudor; 2. Un crédito contra quien demanda la restitución, y 3. La conexidad entre el crédito y la cosa cuya restitución se demanda (*Ibidem*: pp. 22 y ss.). Por tanto, al indicar el artículo 1.544 que “el comprador no puede entrar en posesión (de la cosa rescatada) sino después de haber satisfecho todas estas obligaciones”, está consagrando un verdadero derecho de retención a favor del comprador. En esto están de acuerdo casi todos los autores. Por todos, en la doctrina francesa, véase, Planiol, Marcelo y Ripert, Jorge: *Op. Cit.* Tomo X p. 219. En la doctrina belga, véase, Laurent, F.: *Op. Cit.* Tomo XXIV. pp. 449 y ss. En la doctrina italiana, véase, De Ruggiero, Roberto: *Op. Cit.* Tomo II. Vol. I. p. 330; De Gregorio, Alfredo: *Op. Cit.* N° 155. p. 981. En la doctrina nacional, Sanojo expresa que “El comprador tiene el derecho de retener la cosa a título de prenda” (*Op. Cit.* Tomo III. p. 329). La jurisprudencia de nuestros tribunales admite que el comprador *sub-retro* tiene un derecho de retención sobre la cosa hasta tanto el vendedor cumpla con las obligaciones de restitución que la ley pone a su cargo. (J.T.R. Vol. VI. Tomo II. p. 451; Sentencia del 17-01-79 en Ramírez & Garay, T. 64. pp. 364-366).

Por tanto, el comprador está facultado para conservar la posesión de la cosa rescatada y rehusar su entrega mientras subsista su crédito por estos conceptos. Poco importa que las cantidades que le adeude el vendedor sean o no líquidas. En caso de que no lo sean, el comprador tiene derecho a retener la cosa hasta que dichas cantidades sean liquidadas y le sean efectivamente reembolsadas.

En razón del derecho de retención que la ley le concede, si el comprador fuere desposeído de la cosa contra su voluntad por el retrayente o por un tercero, podrá hacer valer las acciones posesorias que la ley pone a s

u alcance para recuperarla.

El comprador está obligado a conservar la cosa rescatada que retiene con la diligencia propia de un buen padre de familia (Código Civil, ar

⁷⁴ *Cfr.* Baudry-Lacantinerie, G: *Op. Cit.* Tome II. p. 462; Planiol, Marcelo y Ripert, Jorge: *Op. Cit.* Tomo X. p. 220; Aubry C. y Rau, E.: *Op. Cit.* Tome V. p. 174; Laurent, F.: *Op. Cit.* Vol. XXIV. p. 451-452; DE PAGE, Henri: *Op. Cit.* Vol. IV. p. 320; Rezzónico, Juan Carlos: *Op. Cit.* pp. 98-100.

⁷⁵ En la doctrina nacional, véase a Sanojo quien sostiene correctamente que el tesoro no constituye un fruto de la cosa que corresponda al comprador. En efecto “el tesoro no puede considerarse como fruto, y prueba de ello es que el usufructuario en su calidad de tal no tiene derecho a él: el tesoro es una ventaja que la ley le da al propietario *jure soli*, salvo la porción que se atribuye por derecho de ocupación al inventor. El comprador no se ha aprovechado del tesoro sino como propietario; pero si la propiedad se resuelve, es natural que queden destruidos todos sus efectos.” (Sanojo, Luis: *Op. Cit.*, Tomo III. p. 332).

⁷⁶ Cfr. Aubry C. y Rau, E.: *Op. Cit.* Tome V. p. 169; Colin, Ambrosio y Capitant, Henri: *Op. Cit.* Vol. IV. p. 244; Baudry-Lacantinerie, G.: *Op. Cit.* Tomo II. pp. 462-463; Planiol, Marcelo y Ripert, Jorge: *Op. Cit.* Tomo X. p. 220; Laurent, F.: *Op. Cit.* Vol. XXIV. pp. 451-452; Borda, Guillermo: *Op. Cit.* Vol. I. p. 243; Wayar, Ernesto: *Op. Cit.* pp. 481-482. En la doctrina nacional, Aguilar se pronuncia correctamente en contra un sector de la doctrina que aplica analógicamente a las relaciones entre el vendedor con pacto de rescate y el comprador, el régimen previsto en el artículo 586 del Código Civil para los frutos pendientes de recolección al tiempo de la terminación del usufructo, atribuyendo al comprador únicamente aquellos percibidos mientras la cosa estuvo en su poder por cuanto “no existe analogía entre estos casos porque en la venta con pacto de retro, el momento de la resolución queda al arbitrio del vendedor, a diferencia de lo que ocurre con la extinción del usufructo”. (Aguilar Gorrondona, José Luis: *Contratos... cit.* p. 285).

⁷⁷ *Cfr.* Ferrari, Oscar: *Op. Cit.* pp. 77-78.

⁷⁸ *Infra*, N° 10.4 y, especialmente, la nota 38.

⁷⁹ Véanse los artículos 1.673 del Código Civil francés, 1.528 del Código Civil italiano de 1.865, 1.505 del Código Civil italiano de 1942, 1.520 del Código Civil español y 2.670 del Código Civil argentino.

⁸⁰ Por todos, Josserand, Louis: *Op. Cit.* Tomo II. Vol. II. p. 114. En contra, Laurent, F.: *Op. Cit.* Vol. XXIV. pp. 463-464.

⁸¹ La doctrina nacional admite que el efecto retroactivo de la condición resolutoria cumplida no alcanza los actos de administración ejecutados por el adquirente pendiente la condición. (Maduro Luyando, Eloy y Pittier Sucre, Emilio: *Op. Cit.* Tomo I. p. 323).

tículos 1.265 y 1.270). No podrá usar, disfrutar ni disponer de la misma y deberá restituirla al retrayente una vez que éste le efectúe las restituciones que le ordena la ley, conforme a lo antes indicado.

Una vez que el retrayente haya reembolsado al comprador el precio y las demás prestaciones indicadas en el artículo 1.544 del Código Civil, podrá entrar en posesión de la cosa rescatada sin que el vendedor pueda impedirlo alegando incumplimiento de otras obligaciones que acuerda la expropiación, y los terceros que tuvieran derechos sobre la cosa sólo podrán hacerlos valer sobre el precio de la expropiación.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública, no impedirá la entrada en posesión de la cosa rescatada el cumplimiento de otras obligaciones que acuerda la expropiación, y los terceros que tuvieran derechos sobre la cosa sólo podrán hacerlos valer sobre el precio de la expropiación.

aquel hubiera asumido en razón de otros contratos celebrados con el comprador, por ejemplo, por falta de pago de cánones de arrendamiento adeudados en razón de contratos de arrendamiento sobre la cosa rescatada. En tal sentido, el artículo 1.545 del Código Civil prohí-

Procedencia en el derecho venezolano del ejercicio abusivo de los derechos humanos o fundamentales en su eficacia horizontal

Carlos Alberto URDANETA SANDOVAL*

SUMARIO:

Introducción

- 1. El concepto jurídico de persona.**
- 2. La teoría general de los derechos humanos o fundamentales de la persona en el derecho constitucional: 2.1 *La cuestión terminológica*. 2.2 *Definición*. 2.3 *Naturaleza jurídica*. 2.4 *Características*. 2.5 *Valor y función*. 2.6 *Clasificación*. 2.7 *Eficacia*. 2.8 *Límites internos y externos*.**

* **La Universidad del Zulia**, Abogado, Doctor en Derecho, *Magister Scientiarum* en Derecho Procesal Civil. **Universidad Católica Andrés Bello**, Especialista en Derecho Administrativo. **Universidad Central de Venezuela**, Cursante del Doctorado en Ciencias, mención Derecho. “Premio de Actividades Científicas Doctor Orángel Rodríguez”, Ganador del año 1993. Premio Estímulo “Doctor Leopoldo Sánchez” a la mejor Tesis Doctoral, Ganador del año 2001. **Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional**, Abogado. Autor de numerosos estudios difundidos en publicaciones jurídicas especializadas y arbitradas.

- 3. La doctrina del abuso del derecho en el derecho civil:** **3.1** *Definición.* **3.2** *Naturaleza jurídica.* **3.3** *Criterios de caracterización y posición del legislador venezolano.* **3.4** *Condiciones de procedencia y supuestos de hecho excluidos.* **3.5** *Efectos del acto abusivo y fundamento de la responsabilidad.*
- 4. El ejercicio abusivo de los derechos humanos o fundamentales en su eficacia horizontal:** **4.1** *La eficacia horizontal de los derechos humanos o fundamentales.* **4.2** *Procedencia de la doctrina del abuso del derecho en el supuesto de eficacia horizontal de los derechos humanos o fundamentales.*

INTRODUCCIÓN

El Derecho Civil puede concebirse como aquella “parte o sector del ordenamiento jurídico, que está compuesto por el sistema de normas y de instituciones que están encauzadas a la defensa de la persona y de sus fines dentro de la comunidad”.¹

Valencia Zea, no obstante participar de una perspectiva kelseniana sobre la naturaleza de los derechos humanos o fundamentales, en la que por supuesto la Constitución debe ser la cúspide de la pirámide jurídica, sostiene que si bien las doctrinas de la mayor parte de los países exponen la teoría de los derechos de las personas dentro de los cuadros del Derecho civil y como complemento de la exposición de las normas del Derecho de las personas, estos derechos se encuentran, por una parte, por encima no sólo del Derecho civil sino también del orden constitucional de cada Estado, en tanto son normas supranacionales que la misma Constitución debe respetar, y por otra parte, tienen vinculaciones importantes con el derecho penal, derecho laboral y otras ramas jurídicas.² La posición del maestro colombiano no se corresponde con el texto del artículo 23 de la Constitución venezolana de 1999 conforme al

¹ Díez-Picazo, L. (1996) *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. (5ª ed.) Madrid: Civitas. Tomo I. p. 37.

² Valencia Zea, A. (1986) *Los derechos de la persona (o derechos humanos) en el nuevo Código Civil del Perú de 1984*. En: *El código civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano*. Lima-Perú: Cultural Cuzco. p. 199.

cual “Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público”. Por lo tanto, en nuestro país el vértice de la pirámide de la jerarquía de las normas sobre derechos humanos o fundamentales será ocupado por la regla más favorable aplicable a la persona de entre todas las diferentes normas en vigor.

Podemos observar así que dentro del Derecho civil, en las relaciones de derecho privado entre las personas que actúan en condiciones de relativa igualdad —o en las que puede darse un poder privado unilateral—, existe una incidencia de la eficacia de los derechos humanos o fundamentales previstos expresa o implícitamente en la Constitución o en los tratados internacionales correspondientes, la cual es denominada por la doctrina y la jurisprudencia extranjera, eficacia horizontal, en contraposición a la eficacia vertical que se presenta cuando la relación jurídica se plantea entre una o varias personas de derecho privado y los órganos del poder público. Se puede hablar en este sentido de un Derecho civil constitucional, pues “el Derecho civil no es materia extraconstitucional, es materia constitucional”³ y si bien la relación jurídico-privada es afectada por los valores representados por los derechos humanos en tanto se arguye su quebrantamiento, se debe respetar la estructura de la relación jurídico-privada en todo lo que no tenga que ver con el derecho fundamental afectado.

Ahora bien, eventualmente en esa eficacia horizontal de los derechos humanos o fundamentales puede devenir un ejercicio abusivo de tales derechos en la relación jurídico-privada, los cuales *ab initio* debe afirmarse que poseen una naturaleza extra-patrimonial, al contrario de los derechos de crédito, objeto del Derecho civil de obligaciones dentro del cual se estudia habitualmente la institución del abuso del derecho.

³ Gomes Canotilho, J.J. (1993) *Direito Constitucional*. (6ª Ed.) Coimbra: Almedina. p. 595. *Apud*. Bilbao Ubillos, J. M. (1997) *La eficacia de los derechos fundamentales frente a los particulares*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. p. 259.

Es pues el objeto de la presente investigación el análisis de la incidencia que sufre la teoría del abuso del derecho cuando es aplicada a una relación jurídico-privada sometida a la eficacia horizontal de los derechos humanos o fundamentales. Para ello haremos un *excursus* sobre el concepto jurídico de persona, luego sobre la teoría de los derechos humanos o fundamentales y posteriormente sobre la teoría del abuso del derecho tal y como es tratada en el Derecho civil patrimonial, para posteriormente entrar en el estudio del ejercicio abusivo de los derechos humanos o fundamentales en su eficacia horizontal.

1. EL CONCEPTO JURÍDICO DE PERSONA

Las acepciones principales del vocablo “persona” son tres: i) Biológica o vulgar: es sinónimo de hombre, de ser humano, de ente natural, por ser un producto de la naturaleza, que además es corporal e individual, al estar sustanciado en un cuerpo visible y tangible en el espacio;⁴ ii) Filosófica: ser racional capaz de proponerse fines y realizarlos de modo consciente, o, adaptando una antigua definición de Severino Boecio, *rationalis naturae individua substantia*, como “...ser individual de naturaleza a la vez física y espiritual que subsiste y actúa como un todo independiente y libre”; iii) Jurídica: ente físico o moral, susceptible de derechos y obligaciones, el cual está dotado de personalidad jurídica por serle reconocida por el ordenamiento positivo y del cual recibe protección eficaz, como lo consagra el Art. 6 de la Declaración de los Derechos del Hombre, de 10 de diciembre de 1948 (ONU) conforme al cual “Todo ser humano tiene derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica”⁵ y la Constitución venezolana de 1999 en la

⁴ Ferrara, F. (1929) *Teoría de las personas jurídicas*. (Tr.: Ovejero y Maury, E.) Madrid: Reus. p. 10.

⁵ Castán Tobeñas, J. (1984) *Derecho civil español, común y foral*. Madrid: Reus. Tomo 1º, volumen II. pp. 114-116; Fueyo Laneri, F. (1986) *Sobre el derecho de la persona a propósito del nuevo Código de la República del Perú*. En: *El código civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano*. Lima-Perú: Cultural Cuzco. p. 161; Monteiro, W. de B. (1995) *Curso de direito civil*. Sao Paulo: Saraiva. Volume 1º. pp. 55-56. La definición de Boecio en Hubner Gallo, J. I. (1974) *Introducción al Derecho*. (4ª ed.) Chile: Editorial Jurídica de Chile. p. 83. *Apud*. Olaso, L. M. (1990) *La ética internacional y la declaración universal de los derechos humanos del 10 de diciembre de 1948*. En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. Caracas: Universidad Central de Venezuela. Nº 75. p. 365.

que “el Estado tiene como fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad (...)” (Art. 3). Desde esta última óptica, no puede concebirse una regla de derecho, o una institución jurídica, sin un sujeto de derecho, ser susceptible tanto de beneficiarse con sus disposiciones, como de sufrir eficazmente su coacción y de cumplir sus mandamientos, el cual se designa con el término técnico de “persona”.⁶ En realidad el hombre es sujeto de derecho, único y sin intermitencia, porque tiene derecho; y tiene derechos porque es una persona, en el sentido científico y en el filosófico.⁷

El término “persona” (del latín *persōna*, máscara de actor, personaje teatral, este del etrusco *phersu*, y este del griego *πρόσωπον*) pasó de denominar a las máscaras que usaban los actores del teatro antiguo para representar la fisonomía del personaje que encarnaban y multiplicar el volumen de voz del actor (*persona-ae*, cosa que suena mucho), a distinguir el papel de los actores que usaban estas máscaras, y luego al Derecho para designar genéricamente a quienes actúan en el mundo jurídico, identificándose tradicionalmente con sujeto de derecho.⁸

Debe diferenciarse persona, concepto jurídico herencia de los romanos, de personalidad, neologismo de finales del siglo XVIII nacido en el espíritu de la Ilustración, que en principio se entendió como una cualidad ética, una capacitación para la libertad en la que debería desenvolverse el hombre.⁹ Si bien el concepto de persona y de personalidad son inseparables como el sujeto de su predicado, en tanto la ofensa a la persona (vida, incolumidad e integridad personal) son, al mismo tiempo, también ofensa a la personalidad,¹⁰ hoy en día, el primer concepto se predica de

⁶ Bonnecase, J. (1995) *Tratado elemental de derecho civil*. México: Editorial Pedagógica Iberoamericana. p. 100.

⁷ Dabin, J. (1955) *El derecho subjetivo*. (Tr.: Osset, F. J.) Madrid: Revista de Derecho privado. pp. 143-144.

⁸ Real Academia Española (2001) *Diccionario de la lengua española*. Madrid: Espasa Calpe. Tomo II. p. 1739; Castán Tobeñas, J. *Ob. Cit.* p. 114; Fueyo Laneri, F. *Ob. Cit.* p. 161; Planiol, M. y Ripert, G. (1997) *Derecho civil*. México: Editorial Pedagógica Iberoamericana. p. 61.

⁹ Hattenhauer, H. Hattenhauer, H. (1987) *Conceptos fundamentales del derecho civil*. Barcelona: Ariel. pp. 20-21.

¹⁰ Ondeï, E. (1965) *Le persone fisiche e I diritti della personalità*. Torino: UTET. p. 7.

un ente apto para ser titular de derecho o deber, por poseer la capacidad genérica de ser sujeto de derechos, lo que es expresión de su autonomía moral; mientras el segundo es la cualidad o aptitud para ser titular de derechos o deberes jurídicos. También se debe distinguir personalidad, de capacidad jurídica de goce, pues aquella es un resultado fijo, invariable, cual es la cualidad o aptitud, por lo cual todos los hombres y mujeres tienen personalidad desde el momento de su nacimiento; entre tanto la capacidad es variable y contingente, es la medida de esa aptitud, es la medida de la personalidad en concreto, que se ha creado con el fin de acomodarla a situaciones de seguridad y protección a favor de ciertos hombres.¹¹

El concepto de persona como “sujeto” capaz de derechos fue elevado a la cumbre por Immanuel Kant (1724-1804) en su “Fundamentación de la metafísica de las costumbres” con las palabras: “Persona es aquel sujeto cuyos actos pueden serle imputados... pues una persona no está sometida a otras leyes que a las que se ha dado a sí misma, solo o junto con otras”,¹² por lo que se ha expresado que el término “persona” indica el atributo que al hombre es reconocido en el mundo del derecho, aquel de centro de imputación o punto de referencia de derechos y de deberes.¹³ Algunos sostienen que se trata de un símil adecuado, en tanto que “persona” es la dimensión o vestidura social del hombre, aquello que le distingue, lo “presenta” y proyecta en la sociedad, para que autónomamente pueda ser lo que corresponde a las virtualidades de su ser individual.¹⁴ Sin embargo, otros critican que no es posible confundir el concepto de fondo, el ser de la persona ante el Derecho, con un atributo o potencialidad propia de ella, cual es el de ser capaz de “derechos y obligaciones”, expresión vaga y que limi-

¹¹ Fueyo Laneri, F. *Ob. Cit.* p. 163; Reale, M. *Ob. Cit.* p. 196.

¹² *Apud.* Hattenhauer, H. *Ob. Cit.* p. 18.

¹³ Galgano, F. (1993) *Diritto civile e commerciale*. Padova: Cedam. Volume primo. p. 125.

¹⁴ Reale, M. (1993) *Introducción al derecho*. (Tr.: Brufau Prats, J.). Madrid: Pirámide. p. 196.

ta la noción de persona a un extremo de la relación jurídica.¹⁵ Por otra parte, si bien en principio se entiende que persona y sujeto de derecho son una misma cosa,¹⁶ al comprender el concepto “sujeto de derecho” no en abstracto, esto es, refiriéndola a aquel que actualmente tiene un derecho o deber concreto, el concepto “persona” es más amplio, pues comprende también a quien puede llegar a tener un derecho o un deber, aunque actualmente no lo tenga; *a contrario sensu*, “sujeto de derecho” viene a ser sinónimo de “persona”.¹⁷

Por ello, se han manifestado varias direcciones doctrinales en relación con el concepto de persona: i) como derivada de *status*, de manera tal que implícita o explícitamente se niega la condición de persona a quien no posea un determinado estado; ii) como equivalente a capacidad jurídica, por lo que se hacen sinónimos los conceptos de persona y capacidad jurídica o capacidad para ser titular de derechos y obligaciones;¹⁸ iii) como sujeto del derecho subjetivo, mas este concepto es aún confuso; iv) como elemento de la norma jurídica, lo que en último término puede traducirse en una personificación de normas; v) finalmente, para

¹⁵ Fueyo Laneri, F. *Ob Cit.* p. 162. Ante la pérdida de espacio del Derecho privado frente a las tendencias publicistas del Derecho, ya en 1959 se había criticado que “persona” es para el jurista un concepto forjado por él, algo artificial aunque necesario, una envoltura o cubierta forzosamente formal que enmascara un núcleo estricto que dicho concepto, como designación jurídica de carácter netamente instrumental, no quiere revelar, por lo que se propuso sustituirlo por el concepto “individuo”, designación jurídica finalista que designa al hombre no en su acepción genérica y colectiva sino como lo que tiene de radicalmente insustituible por otro semejante cualquiera, vale decir, designa a cada hombre. *Vid.* Guasp, J. (1996) *Estudios jurídicos*. Madrid: Civitas. pp. 122-123.

¹⁶ Carbonnier, J. (1960) *Derecho civil*. Barcelona: Bosch. Tomo I, volumen I. p. 215.

¹⁷ Aguilar Gorrondona, J. L. (1991) *Derecho civil. Personas*. Caracas: UCAB. p. 40.

¹⁸ En tal sentido, “persona es, según la técnica del Derecho, un ser al que la ley reconoce capacidad jurídica, es decir, la capacidad de ser sujeto de derechos (y deberes)”. *Vid.* Von Thur, A. (1977) *Parte general del Derecho civil*. (Tr.: Roces, W.) Costa Rica: Juriscentro. p. 21. A mayor abundamiento, dice otro reputado autor alemán que “el concepto del derecho subjetivo, como un poder investido por el ordenamiento jurídico que sirve a la satisfacción de intereses humanos, presupone un sujeto a quien se atribuye este poder, un sujeto de derecho o, lo que equivale en el lenguaje jurídico, una persona. Pero la personalidad no es un derecho (subjetivo), sino una cualidad jurídica, que constituye la condición previa de todos los derechos y deberes; equivale a la capacidad jurídica”, por lo que “jurídicamente capaces (personas) son los hombres y además ciertas organizaciones que sirven a determinados fines (Estado, Iglesia, Municipios, ciertas asociaciones, fundaciones, etc.) (...)” Enneccerus, L. (1953) *Tratado de derecho civil. Derecho civil (parte general)* (Tr.: Pérez González, B. y Alguer, J.) Barcelona: Bosch. Tomo I. 318-319 p.

de Castro son personas “el hombre y traslativamente, en su caso, ciertas organizaciones humanas, en cuanto alcanzan la cualidad de miembros de la comunidad jurídica”.¹⁹

De esta manera puede afirmarse que existen posiciones minoritarias que niegan el concepto de persona frente a enfoques mayoritarios que la admiten conforme a diversas tesis. Por ejemplo, Leon Duguit²⁰ afirma que la noción de persona como sujeto de derechos subjetivos es innecesaria y debe ser eliminada, pues no existe más sujeto del Derecho que el ser que está sometido a las reglas del derecho objetivo, la simple situación de estar sometido a las reglas del Derecho objetivo, ya que lo que interesa es la situación del individuo frente a la norma jurídica, esto es, la “situación jurídica objetiva”.

Dentro de las opiniones que aceptan el concepto de persona, explica Fernández Sessarego,²¹ se discute sobre su naturaleza jurídica identificándose tres teorías, la realista, la formalista y la ecléctica:

i) Para la teoría realista (representada entre otros por Bernardo Windscheid, Rodolfo von Ihering, Federico Carlos de Savigny, Marcel Planiol, Henri Capitant, Nicolas Coviello, George Renard y Joaquín Ruiz Giménez), no hay más persona que el hombre, al que esta calidad no le es dispensada por el ordenamiento jurídico positivo, pues le es inherente en cuanto tal, y en consecuencia, el Derecho tiene que reconocer tal situación.

Desde tal perspectiva se afirma que el *status* de persona debe ser entendido como sujeto físico de Derecho, el ser humano considerado jurídicamente, ya que su *príus* fundamental es precisamente su existencia humana (apoyada en uno de los atributos de su personalidad, cual es su condición biológica), por lo que para el hombre hay “reconocimiento”

¹⁹ Castro y Bravo, F. de (1984) *Derecho civil de España*. Madrid: Civitas. Tomo II. p. 23-30.

²⁰ Duguit, L. *Las transformaciones generales del Derecho privado desde el Código de Napoleón*. (Tr.: Posada, A.) (2ª ed.) Madrid. *Apud*. Pacheco G., M. (1990) *Teoría del Derecho*. (4ª ed.) Colombia: Temis - Editorial Jurídica de Chile. p. 94.

²¹ Fernández Sessarego, C. (1962) *La noción jurídica de persona*. Lima: Editorial San Marcos. pp. 87-169. *Apud*. Pacheco, G., M. *Ob. Cit.* p. 93.

por parte del Derecho a ser sujeto de relaciones jurídicas, por el simple hecho de estar provisto de existencia humana y por poseer ciertos atributos inherentes a su propia estructura, como su nombre, la vida, la biología, su estado civil; mientras que a las personas colectivas el Derecho les “concede” una personalidad no derivada de su existencia humana o biológica, sino de la necesidad de que estos entes personificados puedan ser titulares de relaciones jurídicas.²² Así, Fueyo Laneri define el concepto bajo análisis de la siguiente manera:

Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición, a todos los cuales el orden jurídico reconoce y garantiza tanto variadísimos y esenciales derechos extrapatrimoniales inherentes al ser humano como tal, como derechos patrimoniales que pueden adquirirse y ejercerse mediante el atributo de la capacidad jurídica. Recíprocamente, a los derechos se oponen los deberes jurídicos de la persona.²³

ii) Para la teoría formalista (sustentada por Louis Josserand, Francisco Ferrara, Hans Kelsen y otros), la persona es una mera categoría formal, un haz de obligaciones, de responsabilidades y de derechos subjetivos que no implica ninguna condición de corporalidad o espiritualidad en el investido. Para esta tesis, cabe observar que, en sentido jurídico, es preciso no confundir los conceptos o nociones, con las cosas de las cuales se predicán, por lo que la palabra persona no indica un ente o un ser, ni la realidad antropológica del ser humano, pues es una construcción jurídica, un concepto abstracto el cual sirve para indicar que a determinados seres se les atribuye capacidad para ser titulares (o sujetos) de derechos subjetivos. Asimismo, el orden jurídico capacita para ser sujeto de derecho o persona a todos aquellos seres en quienes se encuentra la suficiente potencialidad para gobernar sus bienes y poderlos hacer valer frente a los demás. Por otra parte, en general, el concepto

²² La Roche, A. J. (1984) *Derecho civil I*. Maracaibo: Editorial Metas. pp. 54-55; Carbonnier, J. *Ob. Cit.* Tomo I, volumen I. p. 215.

²³ Fueyo Laneri, F. *Ob. Cit.* p. 162.

persona tiene el mismo valor, pues es una categoría jurídica, aunque no el mismo alcance, según se atribuya al ser humano o a otros seres distintos (agrupaciones de hombres), pues en el primer caso es más plena.²⁴ Por ello, como regla general, la persona, en términos jurídicos, coincide en general con la idea del hombre y es al hombre a quien se atribuye la condición de sujeto de derecho, mas hay veces que se restringe la extensión en relación con el hombre, como en las figuras históricas de la esclavitud²⁵ y de la muerte civil, y en ocasiones se la amplía, como en el supuesto histórico de atribución de determinados “derechos” a animales, cosas o seres inanimados,²⁶ o los ejemplos actuales de las personas jurídicas o morales²⁷ y del patrimonio de afectación.²⁸

²⁴ Valencia Zea, A. y Ortiz Monsalve, A. (1997) *Derecho civil. Parte general y personas*. Bogotá: Temis. pp. 272-273, quienes se fundamentan en los desenvolvimientos de Kelsen, Ferrara, Michoud y Recaséns Siches.

²⁵ En el Derecho romano, toda una categoría de hombres, los esclavos, estaban desprovistos de subjetividad –*servile caput nullum ius habet*, decían los romanos–, prolongándose la esclavitud indefinidamente en el mundo, hasta el punto que en las colonias francesas vino a ser abolida apenas en 1848. *Vid.* Breccia, U. *et altri*. (1992) *Derecho civil. Normas, sujetos y relación jurídica*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Tomo I, volumen I. p. 96.

²⁶ Explica Bascuñán Valdés, A. ([1960] *Introducción al estudio de las ciencias jurídicas y sociales*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. p. 248. *Apud.* Pacheco G., M. *Ob. Cit.* p. 92):

“En la Edad Media se seguían procesos contra los cadáveres; los exhumaban, los hacían comparecer, les imponían penas póstumas y les confiscaban bienes que antes del fallecimiento formaban el patrimonio del difunto. Singular es el caso de la campana de Florencia llamada la ‘Pignona’ – hoy en un museo– que fue procesada como cómplice de la insurrección fracasada de Savonarola, condenada –mientras al monje que le tocó en las vísperas del movimiento se le mandó a la hoguera– a ser paseada en la carreta de los condenados a muerte y, después, mantenida en exilio por varios años.

“Del mismo modo los animales han tenido consideración de sujetos activos y pasivos del Derecho. Recordemos a los múltiples animales que tienen la calidad de dioses y semidioses en la historia de las religiones y que como tales reciben culto y ofrendas; el caballo de Calígula que fue exaltado al Consulado; el derecho que la legislación persa reconocía al perro pastor de saciar su hambre con piezas del ganado a su cargo, cuando su dueño rehusaba darle de comer; las leyes medievales que procesaban a los animales dañinos como orugas, gorgojos, etc.; la pena de horca expedida en contra de una marrana por haber dado muerte a una de sus crías, en la época de Luis XI; la prohibición de comer carne de un buey que había dado muerte a un niño, etc”.

²⁷ Para los redactores del *Code Napoléon* de 1804, sujetos eran solamente los individuos, y hubo de esperarse a la ley de 5 de abril de 1884 para que un texto legislativo francés utilizara la expresión “persona civil” referida a una entidad colectiva; mientras que en el *Codice Civile* italiano de 1865 –una de las fuentes del Código Civil venezolano de 1942, vigente aún con la modificación de 1982–, se entiende que los únicos verdaderos sujetos son las personas físicas, a las que sólo se equiparan tendencialmente los cuerpos morales legalmente reconocidos, los cuales “son considerados como personas” (Art. 2), por influjo evidente de la teoría de la ficción. *Vid.* Breccia, U. *et altri*. *Ob. Cit.* Tomo I, volumen I. pp. 96-97.

²⁸ Fuego Laneri, F. *Ob. Cit.* pp. 162-163.

Aguilar Gorrondona, en tal sentido, cita tres definiciones formalistas, todas equivalentes: “1º Persona es todo ente susceptible de tener derechos o deberes jurídicos; 2º Persona es todo ente susceptible de figurar como término subjetivo en una relación jurídica; y 3º Persona es todo ente susceptible de ser sujeto activo o pasivo –pretensor u obligado– en una relación jurídica”,²⁹ vale decir, que persona jurídica en sentido *lato* viene a ser todo ente dotado de la aptitud para estar vinculado por las relaciones jurídicas, bien sea como sujeto activo (titular de un derecho subjetivo) o pasivo (sometido a un deber jurídico).³⁰

iii) Para la teoría ecléctica (defendida por Jean Dabin, Alberto Spota y Arturo Orgaz), se debe concebir a la persona como un sustrato natural o real que sirve de fundamento a una aptitud jurídica, por lo que persona será todo ente, persona física o persona moral, capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones, por reconocimiento otorgado por el Derecho.³¹

La diferencia estriba en que, en la teoría realista, el hombre es persona, pues es una cualidad inherente a él y el ordenamiento jurídico “tiene” que reconocerlo como tal; por su parte, para la teoría formalista, persona es una categoría formal, esto es, creada por el sistema normativo para cumplir sus fines, no siendo un concepto inseparable a la idea de hombre, lo que explica que en la historia hayan existido hombres y mujeres que no han sido personas, como los esclavos, y además que existan entes incorpóreos que se les reconoce como persona, como es el caso de las personas jurídicas, pues el sujeto de derecho puede ser persona física, como individuo de la especie humana, o persona jurídica, organización de personas o de personas y de bienes a la que el derecho reconoce capacidad unitaria para ser sujeto de derechos y obligaciones,

²⁹ Aguilar Gorrondona, J. L. *Ob. Cit.* p. 39.

³⁰ Contreras Briceño, G. (1987) *Manual de derecho civil I. Personas*. Valencia: Vadell Hermanos. p. 37.

³¹ Llambías, J. J. (1999) *Tratado de derecho civil. Parte general*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. Tomo I. p. 219; La Roche, A. J. *Ob. Cit.* p. 53; Planiol, M. y Ripert, G. *Ob. Cit.* p. 61; Carbonnier, J. *Ob. Cit.* Tomo I, volumen I. p. 215.

como las corporaciones, asociaciones, sociedades y fundaciones;³² finalmente, la teoría ecléctica, pretendiendo limar las divergencias existentes entre las tendencias anteriores, afirma que toda persona debe tener un sustrato real para fundamentar sobre tal condición una aptitud jurídica, la cual “debe” ser reconocida por el Derecho.

Nosotros nos adherimos a la tendencia favorecida por la generalidad de los filósofos y juristas modernos conforme a la cual, en contra de la tesis de Leon Duguit, quien observa al individuo no como un fin sino un medio, una simple rueda en la vasta maquinaria social, y de la tesis de Hans Kelsen, para quien la noción de persona es artificial y no pasa de ser un haz de deberes, responsabilidades y derechos que la ley confiere a un hombre, admiten, con el personalismo ético, que se debe atribuir al hombre por ser “persona” en sentido ético, un valor en sí mismo –no simplemente como medio para los fines de otros– y, en tal sentido, una “dignidad”, por lo que todo ser humano tiene frente a otro el derecho a ser respetado como persona, a no ser perjudicado en su existencia (vida, cuerpo y salud) y en un ámbito propio del mismo y que cada individuo está obligado frente a cualquier otro de modo análogo, en una relación jurídica fundamental conformada por el derecho (la pretensión justificada) y el deber, así como por la reciprocidad de los derechos y deberes en las relaciones de las personas entre sí,³³ pues “la idea de dignidad consiste en reconocer que el hombre es un ser que tiene fines propios suyos que cumplir por sí mismo, o, lo que es igual, (...) el hombre no debe ser jamás degradado a un *mero* medio para la realización de fines extraños o ajenos por completo a los suyos propios. El ser humano es un fin en sí mismo, en sí propio; es un autofin”.³⁴

³² Real Academia Española *Ob. Cit.* Tomo II. p. 1739. El Código Civil de Lousiana, Estados Unidos de Norteamérica, originalmente de 1870, en su artículo 24, reformado mediante Acts 1987, N° 125, § 1, efectiva desde el 1° de enero de 1988, sigue la tradición romanista al decir que existen dos tipos de personas: las personas naturales, que son los seres humanos, y las personas jurídicas, entidades a las cuales la Ley atribuye personalidad distinta de la de sus miembros, como la sociedad por acciones (*corporation*) y la sociedad de personas (*partnership*). *Apud.* Yiannopoulos, A.N. (Ed.) (1995). *Lousiana Civil Code*. St. Paul, Minn.: West Publishing Co. p. 7.

³³ Larenz, K. (1978) *Derecho civil. Parte general*. Madrid: Edersa. pp. 45-46; Olaso, L. M. *Ob. Cit.* p. 356.

³⁴ Recasens Siches, L. (1979) *Introducción al estudio del derecho* (5ª ed.) México: Porrúa. p. 331.

Conforme a lo anterior, es dable definir “persona”, como hace Castro y Bravo, mediante el reconocimiento de esa situación jurídica que en el plano ético corresponde (“dignitas”) al hombre por su condición de ser racional, y traslaticiamente, en su caso, a ciertas organizaciones humanas, en cuanto alcanzan la cualidad de miembros de la comunidad jurídica.³⁵ Esta posición es además la acogida expresamente por la Constitución de 1999 cuando en su artículo 3 instituye: “El Estado tiene como fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad (...)” o cuando en el encabezamiento del segundo aparte de su artículo 55 prevé: “Los cuerpos de seguridad del Estado respetarán la dignidad y los derechos humanos de todas las personas (...)”.

2. LA TEORÍA GENERAL DE LOS DERECHOS HUMANOS O FUNDAMENTALES DE LA PERSONA EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL

Como corolario de lo expuesto en el apartado anterior, si por una parte, la dignidad del hombre implica que todo ser humano debe ser respetado por el hecho de ser persona y, por la otra, si el fundamento de los derechos humanos es igualmente la dignidad en cuanto que substrato fundamental de tales derechos que permite afirmar su carácter sistemático, unitario y estable,³⁶ *ergo*, la capacidad de dignidad que el ser humano puede desarrollar, la cual se refleja en la racionalidad humana, la superioridad del hombre sobre los otros seres terrenos (animales, vegetales, minerales, etc.), y la pura intelectualidad, entendida como capacidad de comprensión directa de las cosas, sin que a ello estorbe la materialidad de ellas, se encuentra representada por los derechos humanos,³⁷ en tan-

³⁵ Castro y Bravo, F. de (1984) *Derecho civil de España*, Madrid: Civitas. Tomo II. p. 30.

³⁶ Instituto de Estudios Políticos para América Latina y África. *Glosario de derechos humanos*. Disponible en: <http://www.iepala.es/DDHH/ddhh1609.htm>

³⁷ Sánchez de la Torre, A. (1968) *Teoría y experiencia de los derechos humanos*. Madrid. p. 25. *Apud*. Bidart Campos, G. J. (1991) *Teoría general de los derechos humanos*. Buenos Aires: Astrea. p. 76. En la expresión “derechos humanos” –la más frecuentemente usada en los textos internacionales y en los textos doctrinales– se encierran una serie de exigencias y pretensiones ético-jurídicas y políticas, en virtud de la dignidad de la persona humana, frente a aquellas formas de poder social que la niegan o que la ponen en peligro. *Vid.* Instituto de Estudios Políticos para América Latina y África. *Ob. Cit.*

to verdaderos atributos de la persona (la vida, la igualdad, la libertad, etc.), no subsumibles en un concepto general y abstracto de la personalidad que procura la conservación, inviolabilidad, dignidad y libre desenvolvimiento de la individualidad, como sostenía Nipperdey, ya que la personalidad en sí es considerada una categoría jurídica, un soporte de los derechos humanos, y no un derecho fuente o matriz de éstos.³⁸

Es así que el núcleo esencial dentro de toda Constitución, no del contenido que organiza el poder del Estado (parte orgánica) sino del que concreta los criterios básicos que han de configurar esa organización y funcionamiento, en específico, en sus relaciones con los individuos (parte dogmática), es la declaración de derechos, la cual, siendo un elemento estructural del Estado de Derecho, define los límites materiales que la dignidad humana impone al poder público dentro del sistema democrático, estableciendo, al mismo tiempo, los fines básicos que dicho poder debe perseguir en su acción diaria, teniendo una dimensión objetiva o axiológica, pues constituye elemento esencial de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional en cuanto es marco de una convivencia humana, justa y pacífica plasmada históricamente en el Estado social y democrático de Derecho, así como una dimensión subjetiva, pues son derechos de los individuos, no sólo en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un *status* jurídico o la libertad en un ámbito de existencia.³⁹

³⁸ Valencia Zea, A. (1986) *Los derechos de la persona (o derechos humanos) en el nuevo Código Civil del Perú de 1984*. En: *El código civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano*. Lima-Perú: Cultural Cuzco. p. 201; con cita de Ennecerus-Nipperdey (1959). *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. T.I, Vol. I, s 101, I-1.

³⁹ Pérez Tremps, P. *Los derechos fundamentales*. En: López Guerra, L. *et al* (2000) *Derecho constitucional*. Valencia: Tirant lo Blanch. Volumen I. pp. 135-136, con cita de sentencia del Tribunal Constitucional español 25/81 para definir dimensión objetiva y subjetiva.

Conforme a la sentencia T-419-92 de la Corte Constitucional colombiana:

“Los derechos fundamentales son los que corresponden al ser humano en cuanto tal, es decir, como poseedor de una identidad inimitable caracterizada por su racionalidad que le permite ejercer sus deseos y apetencias libremente. De ahí que se le reconozca una dignidad –la dignidad humana– que le coloca en situación de superior en el universo social en que se desenvuelve, y por ello, es acreedor de derechos que le permiten desarrollar su personalidad humana y sin los cuales ésta se vería discriminada, enervada y aun suprimida. Son los derechos fundamentales que le protegen la vida, proscriben la tortura, aseguran su igualdad frente a sus congéneres, amparan su derecho a la intimidad, garantizan su libertad de conciencia, de cultos, de expresión y pensamiento; salvaguardan su honra, le permiten circular libremente, le preservan el derecho al trabajo, a la educación y a la libertad de escogencia de una profesión u oficio, las libertades de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra; su juzgamiento debe respetar el debido proceso, se le garantiza el derecho a la libre asociación y a formar sindicatos, etc.

2.1 LA CUESTIÓN TERMINOLÓGICA

A los derechos humanos se les ha denominado también derechos del hombre,⁴⁰ derechos fundamentales,⁴¹ derechos del ciudadano,⁴² derechos esenciales,⁴³ derechos humanos fundamentales, derechos iguales,

“El Presidente de la República en el acto de instalación de la Asamblea Constituyente el 5 de febrero de 1991, destaca el carácter immanente de los derechos fundamentales al decir que son ‘aquellos que por su trascendencia democrática pueden ser aplicados por un juez porque no requieren una ley que explique sus alcances y su contenido’.

“Mario Madrid-Malo Garizábal caracteriza estos derechos, así:

“Los derechos humanos han recibido varias denominaciones a lo largo de los siglos. Primero, por influencia de la teología y del jusnaturalismo, se les llamó derechos naturales. ‘Según esta noción –explica Benito de Castro Cid, enraizada en la doctrina tradicional del derecho natural, los derechos humanos son unos atributos o exigencias que dimanen de la propia naturaleza, que son anteriores a la constitución de la sociedad civil y que, siendo previos y superiores al derecho estatal, deben ser reconocidos y garantizados por éste’.

“En el siglo pasado surgió el concepto de derechos públicos subjetivos. Este concepto es fruto de la observación del conjunto de circunstancias originadas en la existencia del hombre, conjunto en el cual quedan abarcadas todas las posibilidades de actuación como sujeto de derechos y deberes.

“También se hace referencia a los derechos humanos con el nombre de derechos fundamentales. Esta expresión se emplea para señalar aquellos derechos del ser humano que por su incorporación en las normas reguladoras de la existencia y de la organización de un Estado, se incorporan al derecho positivo como fundamento de la ‘técnica de conciliación’ entre el ejercicio del poder público y el de la libertad de los gobernados.

“El constitucionalismo clásico llamó libertades públicas o derechos individuales a lo que hoy conocemos con el nombre de derechos fundamentales. Se trata en todo caso, de la suma de atributos inherentes al hombre, fundados en su naturaleza misma, indispensable para su autoperfeccionamiento. La persona humana es un ser racional y libre que está ordenado a un fin. Tal carácter la reviste de una dignidad esencial, en el cual tiene raíz y su fundamento ciertas prerrogativas que le permiten defender la plenitud de su identidad. ‘La persona tiene una dignidad absoluta –reflexiona Maritain– porque está en relación directa con lo absoluto, único medio en que puede hallar su cabal realización’ [Mario Madrid-Malo Garizábal. *Los derechos humanos en Colombia*. Instituto de Derechos Humanos. Guillermo Cano. Publicaciones ESAP. 1990. p. 28]”. *Apud*. Bernal Vallejo, H. y Hernández Rodríguez, S. (2001) *El debido proceso disciplinario*. Medellín: Dike. pp. 20-21.

⁴⁰ Son derechos válidos para todos los pueblos y en todos los tiempos, que pertenecen al hombre en cuanto tal (dimensión iusnaturalista-universalista), según explica J. J. Gomes Canotilho ([2001] *Direito constitucional e teoria da Constituição*. [5ª ed.] Coimbra: Almedina. p. 391); también se expresa que es un término equivalente a derechos humanos utilizado, entre otras, por la Declaración de 1789: “Declaración de derechos del hombre y del Ciudadano”. *Vid.* Instituto de Estudios Políticos para América Latina y África. *Ob. Cit.*

⁴¹ Son los derechos del hombre, jurídico-institucionalmente garantizados y limitados espacial y temporalmente, conforme a J. J. Gomes Canotilho (*Ob. Cit.* p. 391).

⁴² Derechos que pertenecen al hombre en cuanto ser social, en cuanto individuo viviendo en sociedad. *Ibidem*. pp. 391-392.

⁴³ Denominación que reciben los derechos humanos en algunos textos internacionales, como es el “Considerando” de la IX Conferencia Internacional Americana, por la que se aprueba la Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre, en cuanto que consustanciales a la propia naturaleza humana y no surgidos como consecuencia de la pertenencia a un determinado país. *Vid.* Instituto de Estudios Políticos para América Latina y África. *Ob. Cit.*

derechos inalienables, derechos individuales, derechos innatos,⁴⁴ derechos de libertad,⁴⁵ derechos morales,⁴⁶ derechos naturales,⁴⁷ derechos civiles,⁴⁸ derechos de la personalidad,⁴⁹ derechos personalísimos, derechos públicos subjetivos,⁵⁰ libertades, libertades fundamentales y libertades públicas. No obstante, la multiplicidad de vocablos se ha atomizado actualmente a la consideración sobre si se deben denominar derechos humanos o derechos fundamentales. Por ejemplo, la expresión derechos fundamentales está generalizada en los ordenamientos jurídicos alemán y español, así como en algunos textos internacionales, mientras en Francia y la mayoría de documentos internacionales, se refieren básicamente a derechos humanos,⁵¹ como es el caso también de la Constitución venezolana de 1999.

⁴⁴ Denominación que reciben los derechos humanos, propia de la ideología liberal burguesa, como derechos que poseía el hombre en el previo estado de naturaleza y que al entrar en sociedad deben ser reconocidos por el Estado y de los cuales no puede ser privado el hombre. Denominación luego recogida en la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia (apartado I). *Vid.* Instituto de Estudios Políticos para América Latina y África. *Ob. Cit.*

⁴⁵ Estarían ligados al *status negativus* a través del cual se defiende la esfera de los ciudadanos de la intervención del Estado. *Vid.* Gomes Canotilho, J.J. *Ob. Cit.* p. 393.

⁴⁶ Término de origen anglosajón –“moral rights”– por el que algunos autores –incluso fuera del ámbito anglosajón–, denominan a los derechos humanos. Se diferencian de los “civil rights” en que aquellos pueden referirse a derechos no positivizados, mientras que éstos, sólo se refieren a derechos reconocidos por las normas jurídicas. *Vid.* Instituto de Estudios Políticos para América Latina y África. *Ob. Cit.*

⁴⁷ Denominación que reciben los derechos humanos en la ideología liberal burguesa como derechos existentes en el previo estado de naturaleza que la asociación política debe conservar. (Preámbulo y artículo 2 de la Declaración Francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789). Esta misma denominación reciben los derechos humanos en la concepción iusnaturalista neotomista. *Vid.* Instituto de Estudios Políticos para América Latina y África. *Ob. Cit.*

⁴⁸ Son los llamados *Civil Rights* de terminología americana, vale decir, los derechos pertenecientes al individuo como ciudadano y proclamados en las Constituciones. *Vid.* Gomes Canotilho, J.J. *Ob. Cit.* p. 392.

⁴⁹ Muchos de los derechos fundamentales son derechos de la personalidad, mas no todos los derechos fundamentales son derechos de la personalidad, los cuales abarcan derechos de estado (ej. Derecho de ciudadanía), los derechos sobre la propia persona (ej. Derecho a la vida, a la integridad moral y física, derecho a la privacidad), los derechos distintivos de la personalidad (ej. Derecho a la identidad personal), y muchos de los derechos de libertad (ej. Libertad de expresión). *Vid.* Gomes Canotilho, J.J. *Ob. Cit.* p. 394.

⁵⁰ Fuera de la noción amplia que asimila esta expresión a los derechos humanos, también designa aquel tipo o clase de derechos fundamentales que pertenecen al sector del derecho administrativo. Equivalen a “derechos fundamentales del administrado”. *Vid.* Instituto de Estudios Políticos para América Latina y África. *Ob. Cit.*

⁵¹ Pi Llorens, M. (1999) *Los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario*. Barcelona: Ariel. p. 90.

Pérez Luño diferencia los derechos humanos de los derechos fundamentales tomando como criterio distintivo el diferente grado de concreción positiva. Para este autor los derechos humanos son un “conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”; mientras los derechos fundamentales son “aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada”.⁵²

En similar sentido, Robles, aprecia que la locución “derechos humanos” o “derechos del hombre”, denominados clásicamente “derechos naturales” y en la actualidad “derechos morales”, no son en realidad auténticos derechos, en el sentido de protegidos mediante acción procesal ante un juez, sino más bien criterios morales de especial relevancia para la convivencia humana y que, a todo evento, “una vez que los derechos humanos, o mejor dicho, determinados derechos humanos, se positivizan, adquieren la categoría de verdaderos derechos protegidos procesalmente y pasan a ser derechos fundamentales, en un determinado ordenamiento jurídico”,⁵³ mientras Cruz Villalón habla de la vertiente formal de los derechos fundamentales, la cual comprende dos elementos: la garantía judicial y la vinculación del legislador, pues entiende que los derechos fundamentales se vinculan a su reconocimiento constitucional, que implica que se vean dotados generalmente de unas garantías específicas y particulares.⁵⁴ Por su parte, Peces Barba, entiende que el vocablo “derechos fundamentales” es más exacto que la expresión “derechos humanos” y “carece del lastre de la ambigüedad que ésta supone”.⁵⁵

⁵² Pérez Luño, A. (1998) *Los derechos fundamentales*. (7ª ed.) Madrid: Tecnos. p. 46.

⁵³ Robles, G. (1997) *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*. Madrid: Civitas. p. 20 y siguientes.

⁵⁴ Cruz Villalón, P. (1991) *El legislador de los derechos fundamentales*. En: López Pina, A. (ed.) *La garantía constitucional de los derechos fundamentales*. Alemania, España, Francia e Italia. Madrid: Civitas. p. 127. *Apud*. Pi Llorens, M. *Ob. Cit.* pp. 96-97.

⁵⁵ Peces-Barba Martínez, G. (1999) *Curso de Derechos Fundamentales*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. p. 36 y ss.

Desde otro ángulo, una pretendida sinonimia entre derechos humanos y derechos fundamentales ha sido criticada, pues se afirma que los derechos fundamentales son una categoría dentro de los derechos humanos, a los cuales se considera simplemente más importantes que otros de naturaleza meramente accesorio, o a derechos que tienen un carácter absoluto, en tanto no se pueden suspender bajo ninguna circunstancia. Desde tal perspectiva, puede diferenciarse entre el derecho a la vida y el derecho a la intimidad, pues el primero sería “fundamental” en cuanto se le percibe como de mayor entidad que el segundo; o entre la prohibición de la tortura y la libertad de expresión, pues la primera implica una garantía absoluta del derecho a la integridad física, mientras la segunda, en ciertas condiciones, puede restringirse o suspenderse.⁵⁶

Como ya hemos observado, nuestra Constitución de 1999 acoge la expresión “derechos humanos”. Ahora bien, si “derechos fundamentales”, según la doctrina más acreditada, son las prerrogativas concretizadas para la persona en el texto constitucional con garantías específicas y particulares, debemos asumir, a los efectos del presente trabajo de investigación, como de equivalente significación ambas expresiones, máxime cuando nuestra Carta Magna incluso reconoce de manera manifiesta los derechos y garantías inherentes a la persona no enunciados en la Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos (Art. 22).

2.2 DEFINICIÓN

En el ámbito interno, son derechos humanos o fundamentales sólo aquellos preceptos que reconocen auténticas situaciones subjetivas exigibles frente a otros sujetos de Derecho y considerados como núcleo central del *status* jurídico del individuo por la Constitución.⁵⁷ Conforme al Derecho Internacional, son aquellas prerrogativas que tiene todo individuo frente a los órganos del poder para preservar su dignidad como ser

⁵⁶ Faúndez Ledesma, H. (1999) *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales*. (2ª ed.) San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos. p. 27, nota 6.

⁵⁷ Pérez Tremps, P. *Ob. Cit.* pp. 139-140.

humano, y cuya función es excluir la interferencia del Estado en áreas específicas de la vida individual, o asegurar la prestación de determinados servicios por parte del Estado, para satisfacer sus necesidades básicas, y que reflejan las exigencias fundamentales que cada ser humano puede formular a la sociedad de que forma parte.⁵⁸

Por su parte, Ferrajoli define teóricamente los derechos fundamentales como:

todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a “todos” los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por “derecho subjetivo” cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por “status” la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.⁵⁹

⁵⁸ Faúndez Ledesma, H. *Ob. Cit.* p. 28.

Explica Delgado Ocando que la doctrina de los derechos humanos expresa el más alto grado posible de universalidad antropológica, aun cuando es ambigua respecto de la tecnociencia y respecto al hombre natural-cultural. En cuanto a la tecnociencia, pues en la misma medida conduce a la abolición de las diferencias etnológicas –en contra de algunas estructuras etnológicas rígidas como el integrismo o fundamentalismo– y privilegia la investigación tecnocientífica y el desarrollo económico que son esencialmente transculturales, estimulando valores como tolerancia, libertad de expresión y opinión, flexibilidad y movilidad, pluralismo y pragmatismo, lo cual no evita que se critique que tal doctrina, bajo la forma del universalismo humanístico y pragmático afín con la racionalidad, no sea más que la expresión de la etnología occidental (ideología), profundamente determinada por la dinámica tecnocientífica, para dominar del modo más eficiente y menos catastrófico, aunque llevando a la marginalización y a la folclorización de las diferencias culturales, toleradas en tanto no constituyan una amenaza al buen manejo del sistema global. En cuanto al hombre natural-cultural, la doctrina de los derechos humanos está unida fundamentalmente, incluso a sus irreductibles diferencias etnológicas, por lo que desde 1948 las grandes declaraciones han subrayado cada vez más la diversidad de las culturas, invitando a identificar la tecnociencia con una forma específica de civilización, como una manera de ser-en-el-mundo, sin que ello implique ningún privilegio particular, siendo que sólo a partir de esta base es que puede hablarse de “diálogo entre culturas” o de “diálogo entre Occidente y las culturas tradicionales”. *Vid.* Delgado Ocando, J.M. (2003) *Estudios de filosofía del derecho*. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia. pp. 405-406, fundado en los planteamientos de Hottois, H. *Technoscience and the dialogue between cultures*. En: *Philosophie and Cultural Development (1993) FISP*. Philosophical Society of Turkey. Ankara.

⁵⁹ Ferrajoli, L. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Tr.: Ibáñez, P. A. y Greppi, A. Madrid: Trotta. p. 37.

Tienen los derechos humanos como valor jurídico fundamental que los legitima a la “igualdad”, cuya realización social efectiva supone la ausencia de discriminación hacia cualquier sujeto de derecho; además, poseen por ámbito u objeto los bienes de la personalidad, conjunto unitario de realidades materiales y espirituales que por su intrínseco valor constituyen el ámbito sobre el que se despliega el ejercicio y protección de los derechos humanos; y son tutelados por unas garantías, entendidas como conjunto de instrumentos jurídicos y extrajurídicos por los que tiende a asegurarse el cumplimiento efectivo de los derechos humanos, frente a sus violaciones, esto es, las conductas antijurídicas, lesivas de los bienes de la personalidad, que atentan contra los derechos del ser humano, en cuanto miembro de la humanidad, las cuales pueden ser realizadas por el Estado, bien directamente, bien indirectamente –por omisión–, al amparo de su poder hegemónico, y también por particulares y grupos sociales.⁶⁰

2.3 NATURALEZA JURÍDICA

Existen tres posiciones: i) la tesis naturalista, por la cual tales derechos son anteriores a la Constitución y al ordenamiento jurídico, y derivan de la propia naturaleza; ii) la tesis positivista, según la cual los derechos fundamentales sólo existen en la medida en que se establecen en el ordenamiento jurídico; y iii) la tesis mixta, conforme a la cual los derechos fundamentales proceden de un orden de valores anterior al ordenamiento, pero sólo adquieren naturaleza de derechos por su positivización.⁶¹ Como se puede observar, las posiciones son similares a las que se plantean respecto de la naturaleza jurídica del concepto persona.

Como hemos expresado *ut supra*, la capacidad de dignidad que el ser humano puede desarrollar se encuentra representada por los derechos humanos, vale decir, la dignidad es la materialización del haz de valores vinculados al hombre, aquello que hace que el hombre sea el valor supremo en la convivencia social, y en consecuencia, los derechos humanos constituyen el fundamento de toda comunidad humana, formando la

⁶⁰ *Vid.* Instituto de Estudios Políticos para América Latina y África. *Ob. Cit.*

⁶¹ Pérez Tremps, P. *Ob. Cit.* p. 137.

dignidad el presupuesto, como lo es la libertad (en general) del ejercicio de los demás derechos, pues se modaliza en el derecho a la intimidad, a la protección del honor, al desenvolvimiento de la personalidad, en la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia, y en la prohibición de todo tipo de torturas;⁶² por tanto, como advierten Nikken y Camargo, los derechos humanos son facultades inherentes al ser humano, que ha de ejercer para poder satisfacer sus necesidades individuales y sociales, tanto físicas como espirituales.⁶³ Verbigracia, son “las facultades esenciales pertenecientes a toda persona humana por razón de su naturaleza, y necesarias para la vida comunitaria, que el ordenamiento jurídico debe reconocer y proteger”.⁶⁴

También se trata el tema de la naturaleza jurídica desde el ángulo de si los derechos de la persona son derechos subjetivos o no. Derecho subjetivo es la prerrogativa, concedida a una persona por el derecho objetivo y garantizada con vías de derecho, de disponer como dueño de un bien que se reconoce que le pertenece, bien como suyo, bien como debido, en los límites más o menos estrictos, de extensión o incluso de finalidad, que les asigna el derecho objetivo.⁶⁵ O en otro giro, un derecho subjetivo es una ventaja conferida por una norma jurídica a un sujeto (o a una clase de sujetos) frente a otro sujeto (o a otra clase de sujetos) al que se le impone un deber (una obligación) correlativo, esto es, se le puede exigir a este sujeto un comportamiento determinado. Puede ser derecho subjetivo “privado” cuando es conferido a un individuo frente (o contra) a otro individuo privado, y puede ser un derecho subjetivo “público” cuando es conferido a un individuo frente (o contra) al Estado, que son fundamentalmente los derechos subjetivos conferi-

⁶² Quiroga Lavié, H. (1995) *Los derechos humanos y su defensa ante la justicia*. Bogotá: Temis. p. 47.

⁶³ Nikken, P. *El concepto de derechos humanos*. En: *Estudios básicos de derechos humanos*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Vol. I. 15-37 p.; y Camargo, P. P. *Manual de derechos humanos*. Ed. Leyer. p. 18. *Apud*. Barbosa Delgado, F. (2002) *Litigio interamericano. Perspectiva jurídica del sistema de protección de Derechos Humanos*. Bogotá: Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano. p. 56.

⁶⁴ Verna de Briceño, E. (1992) *Presencia de los derechos humanos*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello. p. 19.

⁶⁵ Dabin, J. *Ob. Cit.* p. 130.

dos por la Constitución, los cuales tienen por contenido no una acción, sino una omisión o abstención del Estado, por lo que son denominados normalmente “derechos de libertad”, pues quien lo posee puede exigir el no ser obstaculizado en la realización de una determinada acción (o en la omisión de una determinada acción).⁶⁶ Por ejemplo, al poseer los ciudadanos un derecho constitucional de reunión, no pueden pretender que el Estado lleve a cabo una acción cualquiera: pueden exigir sólo que el Estado no prohíba (mediante actos jurídicos) ni impida (mediante actos materiales) las reuniones de ciudadanos. En los sistemas de Constitución rígida, la distinción entre derechos legales y derechos constitucionales posee una importancia fundamental, ya que la ley está jerárquicamente subordinada a la Constitución y no está autorizada a

⁶⁶ Nuestra Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia mediante sentencia N° 828 del 27 de julio de 2000 (caso: “Segucorp”) ha dicho al respecto:

“Por tanto, la incorporación en el ordenamiento de normas que regulan la relación de los particulares con el Poder Público, permite concluir, que existe una situación jurídica del ciudadano frente a la Administración Pública, que la doctrina ha descrito en dos grandes categorías a saber: activos y pasivos. La primera, las sujeciones, los deberes y las obligaciones. La segunda, comprende los derechos subjetivos (donde ocupan un lugar destacado los derechos fundamentales y las libertades públicas) y los intereses legítimos.

“Las denominadas situaciones desfavorables consisten en la sujeción del ciudadano a diversas potestades administrativas, que implican, en la práctica, limitación al ejercicio de determinados derechos subjetivos. En ellas se encuentran cuestiones como los deberes tributarios, el servicio militar, los deberes del ciudadano en caso de catástrofes o calamidad pública, las condiciones o limitaciones al derecho de propiedad, las limitaciones al ejercicio de derechos por razones de seguridad, sanidad, de política social o de economía, la necesidad de obtener licencias para ciertas actividades, etc.

“Por interés legítimo, se ha entendido un interés jurídicamente protegido, lo cual supone, primero, una posición individualizada con una actuación administrativa (lo que lo diferencia de la acción pública y del simple interés en la legalidad); segundo, desde la perspectiva procesal, supone una específica relación con el objeto de la pretensión; y, tercero, desde el punto de vista de lo sustantivo, supone la existencia de la posibilidad de excluir las pretensiones de terceros.

“Por otra parte, los derechos subjetivos han sido definidos como un interés reconocido por el ordenamiento jurídico como exclusivamente propio de su titular y, en consecuencia, por él protegido de modo directo e inmediato. Es decir, un poder concedido en el ordenamiento a un determinado sujeto, tutelado, incluso, judicialmente, que puede hacer efectivo frente a los terceros o el Estado. Comprenden una categoría diversa dentro de la que se encuentran, por ejemplo, derechos de naturaleza patrimonial; derechos creados, declarados o reconocidos por actos administrativos particulares; derechos de acceso a registros y archivos; a obtener información y orientación acerca de los requisitos jurídicos o técnicos; a conocer el estado en que se encuentran los procedimientos administrativos, en los que se tenga interés”. (Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve>)

modificar o derogar normas constitucionales, ni a limitar, modificar o suprimir los derechos subjetivos conferidos por la Constitución.⁶⁷

Algunos autores han sostenido que los derechos de la personalidad (y aun los derechos humanos) no son auténticos derechos subjetivos, ya que no pueden existir “derechos sobre la propia persona”, entendidos como derechos que parten de la persona que es su titular y que vuelven a la misma como su propio objeto, en tanto, de aceptarse tal tesis, la persona humana tendría que desempeñar a un mismo tiempo dos papeles contradictorios: ser sujeto y objeto a la vez, siendo un hecho que el concebir a la persona humana como objeto de derechos –si bien se admitió en el sistema jurídico romano con la figura del siervo o esclavo que era considerado una *res*, una cosa– no es posible en la actualidad.⁶⁸

Igualmente se alega que los bienes de la personalidad no son derechos subjetivos, pues si bien se encuentran protegidos jurídicamente, mediante sanciones penales y deberes civiles de indemnización, les faltan las características que señalan la existencia de un derecho subjetivo: la posibilidad de decidir sobre el nacimiento y la extinción del derecho, su transmisibilidad y renunciabilidad,⁶⁹ por lo que no pueden separarse del hombre de quien provienen para ser representados como entidades independientes de la persona, que es un todo orgánico.

Por todo lo anterior, algunos autores consideran los derechos de la personalidad como bienes jurídicos que tienen la protección de la ley contra los atentados de los demás,⁷⁰ pues este grupo de derechos subjetivos privados, en tanto modos de ser elevados a la categoría de “bienes”

⁶⁷ Guastini, R. (2001) *Estudios de teoría constitucional*. Tr.: Greppi, A. México: Fontarama. pp. 231-233.

⁶⁸ Para una posición crítica a la tesis de la persona como objeto de derechos, *Vid.* Rotondi, M. (1953) *Instituciones de Derecho privado*. (Tr.: Villavicencio, F.) Barcelona: Labor. pp. 194-195.

⁶⁹ Von Thur, A. *Ob. Cit.* pp. 25-26.

⁷⁰ Valencia Zea, A. *Ob. Cit.* pp. 199-200, quien hace la síntesis de la posición con base a las opiniones de Gangi, C. (1948) *Persone fisiche e persone giuridiche*. Milano: Giuffrè. N° 133; Azzariti-Martínez (1943) *Diritto civile italiano*. Padova: Cedam. T. 1. N° 144; y Von Thur, A. (1946) *Teoría general del derecho alemán*. Buenos Aires. T. 1. p. 189.

diversos de aquellos a cuyo goce tiende los derechos de familia y los derechos patrimoniales, pueden constituir objetivos de relaciones jurídicas, las cuales tendrán por objeto, no la persona sino uno de sus atributos esenciales, un hecho o modo de ser, materia de tutela jurídica en la medida en que el sistema normativo cree los instrumentos de protección contra las interferencias (abusos, usurpaciones, lesiones) imputables a otros sujetos.⁷¹

Sin embargo, en la doctrina reciente se consideran los bienes de la personalidad como auténticos derechos subjetivos.⁷² Por una parte, se expresa que los derechos humanos se dice que son subjetivos en el sentido de que son algo “propio” del hombre, no siendo esencial la disponibilidad de acceso a su titular a una vía coactiva en el aparato jurisdiccional del Estado.⁷³ Por otra parte, se sostiene: i) si el derecho subjetivo encierra un poder de nuestra voluntad y un deber jurídico de las demás personas de respetar aquel poder, cuando digo que tengo, a título ejemplificativo, un derecho sobre mi vida, afirmo un poder de mi voluntad sobre esa vida, cuyo respeto se impone a los demás; ii) es el propio individuo el que, ejerciendo la función preponderante de sujeto de derechos subjetivos, convierte en objeto algunos de los atributos o bienes de su persona, como realidades antropológicas (vida, cuerpo, salud, etc.) o de orden moral (honor, libertad, etc.), y no la persona humana considerada en su totalidad; iii) la voluntad humana, resorte fundamental y supuesto de la personalidad jurídica, como lo expresó Savigny, obra sobre el mundo exterior y sobre la propia realidad antropológica del ser humano, por lo que, según entiende Ennecerus, no es inconcebible un poder jurídico sobre la propia persona,⁷⁴ de forma tal que la “exterioridad”, es decir, la separación del objeto, no es un elemento esencial del concepto de “bien” o de la “objetividad” de los derechos, pues “objetivo” no equi-

⁷¹ Messineo, F. (1979) *Manual de Derecho civil y comercial*. (Tr.: Sentís Melendo, S.) Buenos Aires: EJE. Tomo III. p. 4; a quien sigue Kummerow, G. (1969) *Perfiles jurídicos de los trasplantes*. Mérida: Talleres Gráficos Universitarios. 13-14 p.

⁷² Castán Tobeñas, J. (1984) *Derecho civil español, común y foral*. Madrid: Reus. Tomo 1º, volumen II. p. 367.

⁷³ Bidart Campos, G. J. *Ob. Cit.* pp. 17-19.

⁷⁴ Valencia Zea, A. *Ob. Cit.* pp. 200-201.

vale a “material” ni a materialmente separado sino a distinto, a particular, de frente a la universalidad del objeto, y por tanto, considerado también el cuerpo como un “no yo”, en función distinta de la conciencia que forma la personalidad, se puede admitir la posibilidad de configurar por cada persona, por ejemplo, un derecho sobre el propio cuerpo.⁷⁵ Además, los derechos humanos tienen como contrapartida, en tanto derecho subjetivo, los denominados deberes básicos, fundamentales o jurídicos fundamentales, tipo de conductas impuestas en virtud de normas y principios ético-jurídicos, como correlativas a las exigencias de los derechos humanos.⁷⁶

2.4 CARACTERÍSTICAS

Tradicionalmente se han mencionado entre los derechos civiles extra-patrimoniales de la persona humana, los denominados “derechos de la personalidad”, doctrina elaborada por Savigny, fundamentándose en la antigua concepción individualista, vale decir, derechos que se tienen sobre la propia persona, derechos básicos de la personalidad,⁷⁷ o más explícitamente, “derechos subjetivos eminentemente absolutos que miran a tutelar la integridad física y moral del individuo, imponiendo a la universalidad de los asociados la obligación negativa de una abstención que se traduce en el respeto de todas las legítimas manifestaciones de la personalidad ajena”, los cuales son caracterizados por: i) su generalidad, pues deben ser reconocidos en todo sujeto desde su nacimiento; ii) son derechos eminentemente inalienables, y en consecuencia, se adquieren a título originario frecuentemente con el solo hecho del nacimiento y son imprescriptibles, irrenunciables, indisponibles e intransmisibles, pues no pueden cederse o renunciarse voluntariamente, ni puede expropiarse de ellos el sujeto coactivamente; iii) al igual que los derechos reales, son de carácter absoluto respecto a todos los terceros, imponiendo un deber general de abstención (no penetrar en su esfera jurídica) y destacando su oponibilidad frente a todos, pero a diferencia de tales derechos, no

⁷⁵ Ondeí, E. *Ob. Cit.* pp. 10-11.

⁷⁶ *Ibid.* Instituto de Estudios Políticos para América Latina y África. *Ob. Cit.*

⁷⁷ Ennecerus, Nipperdey (1959). *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. T. I. p. 71. *Apud.* Valencia Zea, A. *Ob. Cit.* p. 198.

tienen contenido patrimonial, y son tutelados por el orden jurídico positivo, independientemente de sus repercusiones económicas, en el sentido que si bien puede existir un reflejo económico de su contenido, aunque no lo tenga, el ordenamiento jurídico concede igualmente su tutela al derecho, en cuanto garantiza a la persona.⁷⁸

Ferrajoli, por su parte, caracteriza los derechos fundamentales por su universalidad, igualdad, indisponibilidad, atribución *ex lege* y rango habitualmente constitucional y por ello supraordenado a los poderes públicos.⁷⁹

¿Son los derechos humanos o fundamentales de carácter extra-patrimonial? Puede clasificarse el Derecho civil, entre otros criterios, de acuerdo con la índole del contenido sobre el cual recae la relación jurídica, de manera que si ésta tiene por objeto un bien económico, de valor pecuniario apreciable, se trata de una relación patrimonial o pecuniaria, como es el caso de los derechos reales, que recaen sobre cosas que integran el patrimonio, y los derechos de crédito, porque dan derecho a exigir una conducta de dar, hacer o no hacer susceptible, igualmente de apreciación económica; por otra parte, si la relación jurídico-civil recae en un bien carente de esas valoraciones, se trata de una relación extra-patrimonial o no pecuniaria, como el caso de los derechos de la personalidad, pues son concedidos al individuo como calidad que se presupone esencial a su naturaleza (vida, libertad, integridad, etc.), y los derechos de familia, porque, aunque pueden conferir facultades patrimoniales en plano secundario, tienen un contenido esencialmente moral.⁸⁰

Ferrajoli, dentro de las cuatro tesis que surgen de su definición de “derechos fundamentales”, critica el uso de una única expresión –“derecho subjetivo”– para designar situaciones jurídicas heterogéneas entre sí y opuestas en varios aspectos, como derechos inclusivos y derechos ex-

⁷⁸ Rotondi, M. *Ob. Cit.* p. 195; sobre el argumento, también Messineo, F. *Ob. Cit.* Tomo III. p. 4; Branca, G. (1978) *Instituciones de Derecho privado*. (Tr.: Macedo, P.) México: Porrúa. p. 104; y Kummerow, G. *Ob. Cit.* pp. 16-18.

⁷⁹ Ferrajoli, L. *Ob. Cit.* p. 50.

⁸⁰ Alterini, A. y otros (1998). *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*. (2ª ed.) Buenos Aires: Abeledo-Perrot. pp. 24-25.

clusivos, derechos universales y derechos singulares, derechos indisponibles y derechos disponibles, por lo que remite a la diferencia radical de estructura entre los derechos fundamentales, cuya ascendencia teórica es la filosofía iusnaturalista y contractualista de los siglos XVII y XVIII, y los derechos patrimoniales, basados en la tradición civilista y romanista, concernientes los unos a enteras clases de sujetos y los otros a cada uno de sus titulares con exclusión de todos los demás.

La primera diferencia estriba en el hecho que los derechos fundamentales –tanto los derechos de libertad como el derecho a la vida, y los derechos civiles, incluidos los de adquirir y disponer de los bienes objeto de propiedad, de igual modo que los derechos políticos y los derechos sociales– son derechos “universales” (*omnium*), inclusivos y forman la base de la igualdad jurídica, en el sentido lógico de la cuantificación universal de la clase de los sujetos que son titulares, pues están reconocidos a todos sus titulares en igual forma y medida; mientras los derechos patrimoniales –del derecho de propiedad a los demás derechos reales y también los derechos de crédito– son derechos singulares (*singuli*), exclusivos, vale decir, *excludendi alios*, y por ello están en la base de la desigualdad jurídica, en el sentido lógico de que para cada uno de ellos existe un titular determinado (o varios cotitulares, como en la copropiedad) con exclusión de todos los demás, vale decir, pertenecen a cada uno de manera diversa, tanto por la cantidad como por la calidad.

Consecuencia de lo anterior, la segunda diferencia es que los derechos fundamentales son derechos indisponibles (tanto activa como pasivamente y están sustraídos tanto a las decisiones de la política como al mercado), inalienables, inviolables, intransigibles, personalísimos, en tanto las libertades ni se cambian, ni se venden, ni se acumulan, ni se consumen; mientras los derechos patrimoniales –de la propiedad privada a los derechos de crédito– son derechos disponibles por su naturaleza, negociables y alienables, pues se acumulan, se adquieren, se cambian, se venden, se consumen y hasta podrían extinguirse por su ejercicio.

La tercera diferencia, corolario de la anterior, consiste en que mientras los derechos fundamentales son normas, tienen su título inmediatamente en la ley, en el sentido de que son todos *ex lege*, esto es, conferidos

mediante reglas generales de rango habitualmente constitucional; los derechos patrimoniales son predispuestos por normas, vale decir, tienen por título actos jurídicos de tipo negocial o, en todo caso, actuaciones singulares, como contratos, donaciones, testamentos, sentencias, decisiones administrativas, por cuya virtud se producen, modifican o extinguen.

La cuarta diferencia reside en que los derechos patrimoniales son “horizontales”, pues, por una parte, las relaciones jurídicas son intersubjetivas de tipo civilista –contractual, sucesorio y similares–, y por otra parte, corresponden bien a la genérica prohibición de no lesión en el caso de los derechos reales o bien a obligaciones de deber en el caso de los derechos personales o de crédito; mientras los derechos fundamentales son “verticales”, pues, de un lado, las relaciones jurídicas son de tipo publicista, esto es, del individuo (solo o también) frente al Estado, y de otro lado, cuando tengan expresión en normas constitucionales, corresponden prohibiciones y obligaciones a cargo del Estado, cuya violación es causa de invalidez de las leyes y de las demás decisiones públicas y cuya observancia es, *a contrario sensu*, condición de legitimidad de los poderes públicos.⁸¹

¿Tienen por característica los derechos humanos o fundamentales su indeterminabilidad? Por ejemplo, Bidart Campos menciona una serie de derechos humanos sin agruparlos en categorías: a) Derecho a la personalidad jurídica; b) Derecho a la vida; c) Derecho a la integridad física y síquica; d) Derecho a la dignidad personal; e) Derecho al nombre; f) Derecho a una nacionalidad; g) Derecho a la identidad sexual; h) Derecho al honor; i) Derecho a la libertad personal, el cual cabe desglosar en: 1) a la libertad corporal y de locomoción; 2) a la libertad de intimidad o privacidad; 3) a la inviolabilidad del domicilio, de la correspondencia, de las comunicaciones privadas, de los papeles privados, de la sexualidad, de la moral auto referente; j) Derecho a la libre expresión por cualquier medio apto, el cual involucra: 1) libertad de dar y recibir información; 2) libertad de crónica; 3) libertad de comunicación, 4) derecho de rectificación y respuesta; k) Derecho a la libertad religiosa, de conciencia y de culto; l) Derecho a la libertad de enseñanza, del cual se

⁸¹ Ferrajoli, L. *Ob. Cit.* pp. 42 y 46-50.

desprende: 1) a la libertad de enseñar y aprender, 2) a la libertad de educar a los hijos, 3) a la libertad de cátedra; m) Derecho de trabajar, que envuelve: 1) el aspecto remuneratorio, 2) las condiciones dignas de trabajo, 3) la duración del trabajo (descansos, estabilidad, etc.); n) Derecho de libre asociación; o) Derecho de reunión; p) Derecho de contraer matrimonio; q) Derecho de petición; r) Derecho de contratar, conteniendo la contratación colectiva; s) Derecho de huelga; t) Derecho de propiedad, incluyendo el derecho sucesorio; u) Derecho de ejercer comercio, industria, y actividades lícitas; v) Derecho a la seguridad social; w) Derecho a la jurisdicción, el cual abarca el acceso a la jurisdicción, el debido proceso y la sentencia justa y eficaz; x) Derecho a la libertad política y de participación; y) los derechos implícitos, entendiendo por tales los comprendidos en la denominada tercera generación, que tienen entidad ontológica para enmarcarse en la categoría de los derechos humanos.⁸²

⁸² Bidart Campos, G. J. *Ob. Cit.* pp. 167-168.

Entre los aspectos fundamentales en materia de derechos humanos que prevé la Constitución de 1999 están: promoción, impulso y consolidación de la garantía universal e indivisible de los derechos humanos (preámbulo); preeminencia de los derechos humanos como valor superior del Estado democrático y social de Derecho y de Justicia venezolano (Art. 2); garantía del cumplimiento de los derechos consagrados en la Constitución como fin esencial del Estado (Art. 3); la Constitución como norma suprema y fundamento del ordenamiento jurídico (Art. 7); reafirmación del carácter progresivo y sin discriminación del goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos (Art. 19); enunciación de los derechos y cláusula de los derechos no enumerados o implícitos (Art. 22); jerarquía constitucional de los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, los cuales prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en la Constitución, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público (Art. 23); acceso a la justicia y tutela judicial efectiva para hacer valer derechos e intereses, incluso los colectivos y difusos (Art. 26); amparo constitucional por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales (Art. 27); derecho de toda persona a dirigir peticiones o quejas ante los órganos internacionales para solicitar el amparo a sus derechos humanos (Art. 31); derecho de toda persona al acceso a la información y a los datos que sobre sí misma o sobre sus bienes consten en registros oficiales o privados (Art. 28); obligación del Estado de investigar y sancionar legalmente los delitos contra los derechos humanos cometidos por sus autoridades (Art. 29); imprescriptibilidad de las acciones para sancionar los delitos de lesa humanidad, de las violaciones graves de los derechos humanos y los crímenes de guerra (Art. 29); el juez natural para conocer de las violaciones de los derechos humanos y los delitos de lesa humanidad son los tribunales ordinarios, y frente a tales delitos queda excluidos los beneficios que puedan conllevar su impunidad, incluidos el indulto y la amnistía (Art. 29); el Estado tiene la obligación de indemnizar integralmente a las víctimas de violaciones de los derechos humanos que le sean imputables (Art. 30); la Defensoría del Pueblo promueve, defiende y vigila el efectivo respeto de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales sobre derechos humanos (Arts. 280 y 281).

No obstante que los derechos humanos o fundamentales no existen jurídicamente al margen del derecho positivo, es preciso constatar que pueden ser reconocidos por éste mediante técnicas muy diversas, aunque subrayando que no protegen cosas diferentes.⁸³ Entonces ¿Hay derechos fundamentales? Delgado Ocando⁸⁴ sintetiza la polémica de dos eminentes profesores de la Escuela de Turín, Norberto Bobbio y Giuliano Pontara. Bobbio, denunciando la “ilusión” del iusnaturalismo y del racionalismo ético, sostiene la indeterminabilidad, la relatividad, la heterogeneidad y las antinomias de las preferencias fundamentales y duda de que exista una base absoluta de los derechos del hombre, un argumento “irreductible” que ninguna persona racional rechazará a favor de la tesis de que hay derechos fundamentales, pues si bien hay tres métodos para basar los “valores”: i) deducciones de un dato objetivo constante, como la naturaleza humana; ii) considerarlos como verdades evidentes en sí mismas; iii) constatar que dichos derechos, en un momento histórico determinado, son generalmente reconocidos y aceptados; tales métodos son criticables respectivamente porque: i) no existe algo constante e inmodificable como la naturaleza humana pues ésta es constitutivamente histórica y además no se puede inferir lógicamente un juicio de valor de un juicio de facto; ii) un juicio de valor que parece indudablemente cierto a alguien, puede parecer a otro totalmente discutible; y iii) la prueba del consenso es relativa y no “irresistible” en el sentido indicado.

Pontara, por su parte, cree: i) que, para reducir la heterogeneidad, es posible reconocer un mínimo de preferencias fundamentales, como el derecho a la vida, a la propia salud y a la propia autonomía, en tanto condiciones necesarias para poder perseguir la satisfacción de cualquier otra preferencia o la realización de cualquier aspiración, objetivo y valor que podamos tener, pues negarlo sería irracional; ii) que la relatividad no prueba que tales preferencias no sean fundamentales y que más bien prueba la evolución ética hacia “verdades morales” cada vez

⁸³ Pi Llorens, M. *Ob. Cit.* p. 94; con fundamento en Prieto Sanchís, L. (1990) *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid: Debate. p. 96.

⁸⁴ Delgado Ocando, J.M. *Ob. Cit.* pp. 445-447; con base en la tesis desarrolladas en Bobbio, N. y otros. *Crisis de la democracia* (1985) Tr.: Jordi Marfà. Barcelona: Ariel.

mejor fundadas, pues de que los valores son relativos (juicio del ser) no se puede inferir que los valores deban ser relativos (juicio de valor); iii) que, en lo que toca a las antinomias, los derechos fundamentales no son inalienables ni absolutos y que son las preferencias como tales las que se erigen en criterio para resolver los conflictos.

Bobbio responde que: i) más que basar los derechos fundamentales, se trata es de protegerlos y en tal sentido la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (1948) es un hecho reconocido y aceptado por los Estados existentes; ii) la racionalidad de las preferencias fundamentales presupone justamente lo que se quiere demostrar, en tanto si el hombre es racional ya no se puede dudar de la racionalidad de sus preferencias; iii) aun admitiendo que tales preferencias sean universales son inevitables los conflictos axiológicos, como en el caso del derecho a la vida respecto del aborto, la eutanasia y la pena de muerte; iv) en cuanto a la evolución ética sólo podría conducir a la constatación de un progreso moral no enteramente lineal –como lo demuestra la barbarie del nazismo– y la misma no excluye la relatividad de los juicios de valor; v) por la conflictividad entre derechos, como entre la libertad de expresión y el derecho a la verdad de la información, se exige que se establezca una jerarquía que, al constituir una jerarquía entre preferencias fundamentales, afectaría, por definición, la fundamentabilidad de las preferencias jerarquizadas. Como conclusión, Bobbio ratifica la indeterminabilidad como característica de los derechos fundamentales, lo cual, a mayor abundamiento, se sustenta en el hecho de que, como indica Prieto Sanchís,⁸⁵ al hallarse un contenido esencial propio y diferenciado de cada uno de los derechos fundamentales, concretamente en cuanto a su naturaleza jurídica y a los intereses protegidos, no puede constar un contenido esencial de la categoría “derechos humanos o fundamentales”, en tanto carece de operatividad como límite a la actuación del legislativo.

Finalmente, en el Artículo 19 de nuestra Constitución se establece: “El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresivi-

⁸⁵ Prieto Sanchís, L. (1990) *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid: Debate. pp. 143-144.

dad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público de conformidad con esta Constitución, con los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y con las leyes que los desarrollen”; y en la Conferencia Mundial de los Derechos Humanos de 1993 de la Organización de Naciones Unidas se señaló que:

(...) todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber; sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales.⁸⁶

Las características de los derechos humanos o fundamentales son, entonces: i) la generalidad o universalidad, en tanto sus titulares son todas las personas, desde que éstas se consideran tales, haciéndose efectivos sin contraste entre raza, religión, ideología o cultura; ii) la indivisibilidad e interdependencia, pues corresponden a una categoría indisoluble y se integran mutuamente en su ejercicio, no concurriendo derechos más exigibles que otros; iii) la igualdad, pues son afines y comunes a todas las personas de todos los Estados; iv) la inalienabilidad, al ser innatos y necesarios a la vida social se predica respecto de ellos su imprescriptibilidad, irrenunciabilidad, indisponibilidad e intransmisibilidad; v) su carácter absoluto frente a terceros, ya que su respeto se impone a todos, siendo ejercitables frente a los poderes públicos (eficacia vertical) y frente a particulares (eficacia horizontal); vi) su contenido extra-patrimonial, en tanto se encuentran fuera del comercio y no son susceptibles de ser valo-

⁸⁶ Declaración adoptada por la Conferencia de Naciones Unidas de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993, numeral 5. *Apud.* Barbosa Delgado, F. *Ob. Cit.* p. 56.

rados en dinero; vii) su atribución *ex lege* y rango habitualmente constitucional y supraordenado a los poderes públicos, pues el Estado debe reconocerlos y salvaguardarlos, ya que en la defensa de los derechos humanos se justifica su existencia; viii) su indeterminabilidad.

2.5 VALOR Y FUNCIÓN

El valor y significación de los derechos humanos se debe a dos causas en nuestra época:⁸⁷ i) con ellos se busca dentro de un Estado social de derecho “...suministrar las condiciones de acceso al goce de los derechos humanos por parte de todos los hombres y a la disponibilidad de un espacio de libertad igualitariamente repartido, en circulación por todos los ámbitos de la sociedad, precisamente para liberar el tramo, indispensable de recorrer, desde los derechos en que ‘se está’ hacia el de los derechos en que ‘se debe estar’...”, como bien explica Bidart Campos,⁸⁸ vale decir, son derechos básicos integrantes de la dignidad huma-

⁸⁷ Valencia Zea, A. *Ob. Cit.* p. 199.

Sobre el punto, la Sala Constitucional ha precisado en sentencia N° 1942 del 15 de julio del 2003 (caso “Rafael Chavero”):

“El artículo 23 constitucional, reza: ‘*Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional, y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público*’.

“En materia de derechos humanos, adquieren rango constitucional, equiparadas a normas contenidas en la Constitución, las disposiciones de los Tratados, Pactos y Convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela que resulten más favorables a las establecidas en nuestra Carta Magna o en las leyes nacionales. Así, dichas normas, producto de acuerdos escritos celebrados entre Estados y regidos por el Derecho Internacional, se incorporan al derecho interno.

“A juicio de la Sala, dos elementos claves se desprenden del artículo 23: 1) Se trata de derechos humanos aplicables a las personas naturales; 2) Se refiere a normas que establezcan derechos, no a fallos o dictámenes de instituciones, resoluciones de organismos, etc., prescritos en los Tratados, sino sólo a normas creativas de derechos humanos.

“Dichas disposiciones, al igual que la Constitución, se aplican en Venezuela inmediata y directamente, siempre que sean más favorables para las personas, que los derechos constitucionales, o los derechos humanos contemplados en nuestras leyes; y muchas veces ante antinomias o situaciones ambiguas entre los derechos contenidos en los instrumentos internacionales señalados y la Constitución, corresponderá a la Sala Constitucional interpretar cuál es la disposición más favorable”. (Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve>).

⁸⁸ Bidart Campos, G. J. *Ob. Cit.* p. 208.

na en su más alta expresión, por lo que constituyen proyecciones de la personalidad de cada ser humano, siendo reemplazadas las viejas ideas abstractas de unos derechos existentes al margen del orden jurídico por una concepción realista, en donde lo abstracto se positiviza; ii) son derechos supranacionales en tanto pretenden tener validez dentro de los órdenes jurídicos actualmente vigentes en el mundo.

Su función o finalidad en el constitucionalismo actual se bifurca, según Pérez Luño, en dos manifestaciones: en el plano subjetivo actúan como garantías de la libertad individual y de los aspectos sociales y colectivos de la subjetividad; en el plano objetivo, asumen una dimensión institucional a partir de la cual su contenido debe funcionalizarse para la consecución de los fines y valores constitucionalmente proclamados.⁸⁹ Para Bidart Campos su función es la de ser la *condictio sine qua non* para que los hombres participen en libertad razonablemente igualitaria de los provechos del bien común público, y por lo tanto: i) instalan al hombre en la comunidad política con un *status* satisfactorio para su dignidad de persona; ii) hacen de principio de unidad del orden público jurídico del Estado en cuanto éste se engarza en el sistema de valores que aquellos presuponen y se informa en sus pautas, lo cual vale no sólo para orientar la interpretación, sino adicionalmente para promover el desarrollo del derecho hacia el mismo sistema de valores; iii) fundan su tutela jurisdiccional en un sistema de órganos y vías idóneos, con base en el derecho a la jurisdicción, y en el *status activus processualis* que permite acceder al ejercicio del mencionado derecho; iv) convalidan las limitaciones razonables que se imponen a algunos de sus titulares para acrecer la capacidad de ejercicio en otros que la tienen disminuida o impedida por causas ajenas a su voluntad, e imposibles de superar con el esfuerzo o los recursos personales.⁹⁰

Finalmente, Gomes Canotilho desarrolla las funciones de los derechos fundamentales desde una cuádruple perspectiva: i) función de defensa de la persona humana y de su dignidad por ante los poderes del Estado,

⁸⁹ Pérez Luño, A. *Ob. Cit.* p. 25.

⁹⁰ Bidart Campos, G. J. *Ob. Cit.* pp. 61-63.

constituyendo, en el plano jurídico-objetivo, normas de competencia negativa para los poderes públicos, prohibiendo fundamentalmente las injerencias de éstos en la esfera jurídica, y en el plano jurídico-subjetivo, el poder de ejercer positivamente derechos fundamentales (libertad positiva) y de exigir omisiones de los poderes públicos, a manera de evitar agresiones lesivas de parte de los mismos (libertad negativa); ii) función de prestación social, pues los derechos a prestaciones significa, en sentido estricto, derecho del particular a obtener algo a través del Estado (salud, educación, seguridad social); iii) función de no discriminación, pues a partir del principio de igualdad y de los derechos de igualdad específicos consagrados en la Constitución, una función básica de los derechos fundamentales es asegurar que el Estado trate a sus ciudadanos como ciudadanos fundamentalmente iguales; iv) función de protección respecto de terceros, pues resulta un deber del Estado adoptar medidas positivas destinadas a proteger el ejercicio de los derechos fundamentales respecto de actividades perturbadoras o lesivas de los mismos practicadas por terceros, *verbigratia*, el esquema relacional no se establece entre el titular del derecho fundamental y el Estado, sino entre el individuo y otros individuos.⁹¹

2.6 CLASIFICACIÓN

Los derechos humanos o fundamentales pueden clasificarse:⁹²

i) por el conjunto de garantías que la Constitución otorga a cada grupo de derechos;

ii) por su naturaleza, existen los derechos de libertad y los derechos de prestación, conectados técnica, ideológica y conceptualmente, pero caracterizados los primeros porque su definición supone una delimitación negativa del ámbito de actuación del individuo, impidiendo intromisiones más allá de las fronteras trazadas e imponiendo una abstención, en especial, del poder público, es el caso de las “libertades públicas” del abstencionista Estado liberal, como la libertad personal, derecho de reunión, asociación, inviolabilidad del domicilio, libertad de expresión, etc.; mien-

⁹¹ Gomes Canotilho, J.J. *Ob. Cit.* pp. 405-408.

⁹² Pérez Tremps, P. *Ob. Cit.* pp. 140-143.

tras que los segundos tipos de derechos implican una actitud activa del poder público, que debe llevar a cabo las acciones oportunas para hacerlos efectivos, construcción producto del Estado social dentro de la cual se cuentan el derecho a la educación, que exige la existencia de centros y medios de enseñanza, la sanidad o la cultura;⁹³

iii) por el contenido material de cada uno de los derechos, tesis original de Jellinek basada en el desarrollo ideal de los derechos públicos subjetivos, la cual, aparte de abordar un ordenado análisis de los distintos derechos, pone de manifiesto la íntima relación entre la persona humana, sus distintas esferas de actividad, y los derechos fundamentales. Conforme a la misma, en una primera fase el individuo abandona su condición de súbdito, de sujeto pasivo de las decisiones de poder (*status subiectionis*) para contar con un ámbito de libertad inmune a la acción del poder público (*status libertatis*) vinculándose a tal situación los derechos personales, que permiten al individuo configurarse como tal, así la libertad personal, el derecho a la vida, a la intimidad, etc.; en una segunda fase (*status civitatis*) el individuo pasa a ser capaz de exigir del Estado el respeto a sus derechos como ciudadano, configurándose los derechos civiles, como las garantías procesales; en una tercera fase, el ciudadano no sólo limita al Estado y le exige respeto a determinadas garantías sino que se convierte en auténtico partícipe de la actuación del Estado, con lo que nace su *status activae civitatis*, configurándose así los derechos políticos, como el derecho de participación, en general, y de sufragio, en particular. En una última fase, no definida por Jellinek, el paso del Estado democrático al Estado social configura el *status positivus socialis*, cuyo contenido surge a través del reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales, como el derecho a una vivienda digna, derecho al trabajo, etc.

⁹³ Las obligaciones del Estado frente a los derechos subjetivos públicos (derechos individuales, sociales, económicos, políticos) varían en relación con éstos. Respecto de los derechos individuales, por ejemplo, que son derechos-resistencias, la obligación del Estado es de omisión de cualquier acto que menoscabe o interfiera las libertades personales; frente a los derechos sociales, que son derechos-exigencias, la obligación del Estado es de prestación de acciones tendentes a la procura existencial (*Daseinsvorsorge*), vale decir, de una regulación justa, socialmente adecuada, de las oportunidades de la apropiación que garantice el espacio vital mínimo sin el cual el hombre no podría vivir una vida digna, por órgano de la administración aportadora de prestaciones o administración prestacional (Cfr. Delgado Ocando, J.M. *Ob. Cit.* pp. 352 y 379).

Más reciente en el devenir histórico, luego del reconocimiento de los derechos civiles y de los derechos políticos,⁹⁴ de claro acento individual, así como de la afirmación de los derechos económicos, sociales y culturales,⁹⁵ los cuales tienen en consideración las relaciones de los individuos con su entorno social (relaciones laborales, económicas, etc.) y que suponen garantías de bienestar, o prestaciones materiales (educación, salud);⁹⁶ es la aparición de los llamados “derechos difusos” (o derechos de la tercera generación), los cuales protegen derechos colectivos, integrados por bienes antes considerados como sobreentendidos, y base de la misma vida, pero que comienzan a ser escasos, y cuya desaparición amenaza a la colectividad como un todo, integrados por los derechos al medio ambiente, a un entorno sano y al patrimonio cultural, al desarrollo, a la paz, entre otros.⁹⁷

⁹⁴ Los derechos civiles son aquellos derechos fundamentales que hacen referencia al ámbito de autonomía de la persona humana y de los grupos sociales en relación a la actuación de los órganos del Estado; los derechos políticos son, por su parte, derechos fundamentales que determinan en los ciudadanos la capacidad de ejercitar ciertas funciones en la actividad del Estado, sobre todo, en la formación y en la administración del gobierno. Ambas clases de derechos forman parte de los Derechos de la 1ª Generación. *Vid.* Instituto de Estudios Políticos para América Latina y África. *Ob. Cit.*

⁹⁵ Tipo de derechos humanos, que nació en el siglo XIX a raíz de “la cuestión social” e impulsado por diversas ideologías de signo socializante, van referidos a la protección de bienes de la personalidad cuya naturaleza es predominantemente económico, social y cultural. (Derechos de la 2ª generación). *Vid.* Instituto de Estudios Políticos para América Latina y África. *Ob. Cit.*

⁹⁶ López Guerra, L. (1994) *Introducción al derecho constitucional*. Valencia: Tirant lo Blanch. p. 104. *Apud.* Duran Ribera, W. P. *La protección de los derechos fundamentales en la doctrina y jurisprudencia constitucional*. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122002000200006&lng=en&nrm=iso

⁹⁷ López Guerra, L. *Ob. Cit.* p. 104. Conforme a la Sala Constitucional de nuestro Tribunal Supremo de Justicia, un derecho o interés difuso y colectivo, de acuerdo con lo sostenido en sentencia N° 656 dictada el 30 de junio de 2000 (caso: Dilia Parra Guillén):

“...se difunde entre todos los individuos de la comunidad, aunque a veces la lesión a la calidad de la vida puede restringirse a grupos de perjudicados individualizables como sectores que sufren como entes sociales, como pueden serlo los habitantes de una misma zona, o los pertenecientes a una misma categoría, o los miembros de gremios profesionales, etc. Sin embargo, los afectados no serán individuos particularizados, sino una totalidad o grupo de personas naturales o jurídicas, ya que los bienes lesionados, no son susceptibles de apropiación exclusiva por un sujeto. Se trata de intereses indiferenciados, como los llamó el profesor Denti, citado por María Isabel González Cano (*La Protección de los Intereses Legítimos en el Proceso Administrativo*. Tirant. Monografías. Valencia-España 1997). Como derecho otorgado a la ciudadanía en general, para su protección y defensa, es un derecho indivisible (así la acción para ejercerlo no lo sea), que corresponde en conjunto a toda la población del país o a un sector de ella. Esta indivisibilidad ha contribuido a que en muchas legislaciones se otorgue la acción para ejercerlos a una sola persona, como pueden

iv) Zagrebelsky diferencia, por otra parte, entre los “derechos absolutos”, derechos que conciernen al hombre como tal, de los que se ocupa principalmente el derecho constitucional; de los “derechos relativos” o derechos del hombre en cuanto entabla relaciones jurídicas particulares con otros hombres, como en el caso de las relaciones patrimoniales, los que son sobre todo objeto del derecho civil. Así, la estructura de los derechos constitucionales surge del derecho civil cuando, con el racionalismo igualitario, se principia la labor de una ordenación unitaria, general y abstracta de la “personalidad jurídica” de los sujetos con capacidad de obrar en la esfera del derecho civil. En efecto, con el derecho civil moderno, refractario de los *status* diferenciados propios del *Ancien Régime*, cada persona posee una sucesión de “derechos absolutos” (vida, integridad e inviolabilidad de la persona, libertad, honor, nombre, etc.) que componen la plataforma de las relaciones jurídicas concretas, sobre todo de las contractuales. Los derechos de la persona de los que habla el derecho constitucional son su extensión a un contexto más dilatado, que hace referencia en general a la posición jurídica particular en el contorno del Estado.⁹⁸

serlo los entes públicos o privados que representan por mandato legal a la población en general, o a sus sectores, impidiendo su ejercicio individual. ...(*Omissis*)... De la idea anterior surge otro de los elementos esenciales para calificar la existencia de un derecho o interés difuso o colectivo, cual es que el obligado (estado o particular) debe una prestación indeterminada, que puede hacerse concreta debido a la intervención judicial. Desde este punto de vista, lo importante es que el objeto jurídico que se exija al obligado es de carácter general, opuesto a las prestaciones concretas señaladas por la ley”. (Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve>)

Por su parte, la Sala Cuarta de Costa Rica, diseña las notas características del derecho difuso, al señalar que “Se trata, de intereses individuales, pero a la vez, diluidos en conjuntos más o menos extensos y amorfos de personas que comparten un interés y, por ende, reciben un beneficio o un perjuicio, actual o potencial, más o menos igual para todos, por lo que con acierto se dice que se trata de intereses iguales de los conjuntos de personas que se encuentran en determinadas situaciones, y a la vez, de cada una de ellas”. (Así: Sala Constitucional N° 2331-96, del 14 de mayo de 1996). *Apud.* Duran Ribera, W. P. *Ob. Cit.*

⁹⁸ Zagrebelsky, G. (1999) *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Tr.: Gascón, M. Madrid: Trotta. p. 69, quien se fundamenta en Coing, H. *Zur geschichte des Begriffs 'subjektives Recht*. En: Coing, H.-Lawson, F. H.- Grönfors, K. *Das Subjektive Recht und der Rechtsschutz der Persönlichkeit*. Metzner. Frankfurt a. M. Berlin. 1959. p. 7 ss.

v) Ferrajoli,⁹⁹ a su vez, habla de dos grandes divisiones dentro de los derechos fundamentales: la que se da entre derechos de la personalidad y derechos de la ciudadanía, que corresponden, respectivamente, a todos o sólo a los ciudadanos y la existente entre derechos primarios (o sustanciales) y derechos secundarios (instrumentales o de autonomía) que corresponden, a todos o sólo a las personas con capacidad de obrar. Luego cruza las dos distinciones y obtiene cuatro clases de derechos: i) los derechos humanos, que son derechos primarios de las personas y pertenecen indistintamente a todos los seres humanos, entre otros, como el derecho a la vida y a la integridad de la persona, la libertad personal, la libertad de conciencia y de manifestación de pensamiento, el derecho a la salud y a la educación y las garantías penales y procesales; ii) los derechos públicos, que son los derechos primarios reconocidos sólo a los ciudadanos, como el derecho de residencia y circulación en el territorio nacional, los de reunión y asociación, el derecho al trabajo, el derecho a la subsistencia y a la asistencia de quien es inhábil para el trabajo; iii) los derechos civiles, que son los derechos secundarios afectos a todas las personas humanas capaces de obrar, como la potestad negocial, la libertad contractual, la libertad de elegir y cambiar de trabajo, la libertad de empresa, el derecho de accionar en juicio y, en general, todos los derechos potestativos en los que se manifiesta la autonomía privada y sobre los que se funda el mercado; iv) los derechos políticos, que son los derechos secundarios reservados exclusivamente a los ciudadanos con capacidad de obrar, como el derecho de voto, el de sufragio pasivo, el derecho de acceder a los cargos públicos y, en general, todos los derechos potestativos en los que se hace ostensible la autonomía política y sobre los que se instituyen la representación y la democracia política.

vi) En doctrina se habla también de derechos formales, derechos humanos en cuanto que reconocidos en un determinado texto normativo o declaración; y de derechos reales, derechos humanos que no sólo están plasmados en un determinado texto normativo o declaración, sino que además, tienen existencia social efectiva.¹⁰⁰

⁹⁹ Ferrajoli, L. *Ob. Cit.* p. 40.

¹⁰⁰ *Vid.* Instituto de Estudios Políticos para América Latina y África. *Ob. Cit.*

2.7 EFICACIA

¿Qué decir de la eficacia de los derechos fundamentales? Una Constitución normativa, eficaz desde el punto de vista jurídico, lo es especialmente en la medida en que su parte dogmática, y en concreto los derechos fundamentales, auténticos derechos subjetivos, tengan efectiva vigencia y eficacia jurídica, sin necesidad de atender desarrollo legal alguno, valorándose en cada caso elementos como la estructura de la norma constitucional, la relación jurídica en la que se invoca y la naturaleza del titular del derecho, tanto frente a los poderes públicos –por su posición de supremacía en sus relaciones con el individuo en cuanto titular de múltiples potestades, incluido el uso de la fuerza– como frente a los particulares –incluso cuando se trata de entes no públicos con clara posición de supremacía, como las grandes empresas en el derecho mercantil, los grandes grupos en el campo de la comunicación, o la relación entre empresario y trabajador en el campo laboral–, siendo, en general, el vínculo constitucional que generan los derechos fundamentales respecto de los poderes públicos una vinculación directa o inmediata, mientras en el caso de los particulares es una vinculación indirecta o mediata, pues deben ser los poderes públicos los que concreten los extremos de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, así la acción del legislador y la de los jueces y tribunales debe, respectivamente, concretar el alcance de los derechos fundamentales y asegurar el respeto de tales derechos.¹⁰¹

En tal sentido, el Estado constitucional de Derecho es por su naturaleza un ordenamiento imperfecto, con un grado más o menos elevado de ineficacia, en razón de la posible incoherencia generada por normas que resultan inválidas al contrariar prohibiciones impuestas por normas superiores a la esfera de lo decidible, como es el caso de las antinomias determinadas por los derechos de libertad, que consisten en expectativas negativas a las que corresponden límites negativos; o, a la inversa, por la posible falta de plenitud debida a la omisión de normas o de deci-

¹⁰¹ Pérez Tremps, P. *Ob. Cit.* pp. 143-148.

siones en contraste con obligaciones impuestas a la misma esfera, como es el caso de las lagunas determinadas por los derechos sociales, que consisten en expectativas positivas a las que corresponden vínculos positivos por parte de los poderes públicos. Tales vicios de incoherencia y falta de plenitud son reducibles mediante las adecuadas garantías, esto es, las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad y, en consecuencia, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con la estipulación constitucional.¹⁰²

2.8 LÍMITES INTERNOS Y EXTERNOS

Los límites del ejercicio de los derechos fundamentales pueden ser internos y externos. Los límites internos son aquellos que sirven para definir el propio contenido del derecho, siendo intrínsecos a su propia definición, por lo que constituyen las fronteras del derecho a definir por los operadores jurídicos, más allá de las cuales no se está ante el ejercicio de éste sino ante otra realidad, verbigracia, no está permitido invocar el derecho a la tutela judicial efectiva para justificar la entrada de una persona en el domicilio del titular de un órgano judicial sin su autorización o la libre circulación por el territorio nacional para justificar una colisión intencionada contra un vehículo ajeno. El mismo acto formal de reconocimiento de los derechos fundamentales, comporta, frecuentemente, una remisión a disposiciones con rango de ley ordinaria que, al condicionar el ejercicio de aquellos derechos, limitan de tal manera la esfera lícita (en acepción jurídica-positiva) de actuación que, en la práctica, ahogan su contenido esencial.¹⁰³

Los límites externos, por su parte, se imponen por el ordenamiento al ejercicio legítimo y ordinario de los derechos fundamentales, en forma expresa –como el límite genérico del respeto al ejercicio del derecho de los demás o el límite concreto de la función social frente al derecho de

¹⁰² Ferrajoli, L. *Ob. Cit.* pp. 24-25.

¹⁰³ Almagro Nosete, J. (1984) *Constitución y proceso*. Barcelona: Bosch. p. 10.

propiedad— o de manera implícita, aunque sólo pueden basarse en la existencia de otro bien constitucionalmente protegido a determinar por los operadores jurídicos, siempre teniendo en cuenta la fuerza expansiva de los derechos fundamentales, lo que lleva a la interpretación restrictiva de tales límites, que, a todo evento, deben resultar proporcionales de cara a alcanzar el fin que persiguen,¹⁰⁴ pues tanto la interpretación del ordenamiento jurídico en su totalidad, la cual debe realizarse bajo la prisma de los derechos fundamentales en tanto éstos son parte integrante de la Constitución, como la interpretación de los propios derechos fundamentales, debe responder al principio de interpretación más favorable para su ejercicio, esto es, de acuerdo con el principio *pro libertate*, por lo que las interpretaciones restrictivas de derechos fundamentales o contrarias a su plena eficacia constituyen lesiones de éstos.¹⁰⁵ Sin embargo, cierto también es que los derechos fundamentales no son incondicionales y que su ejercicio ha de entenderse —como el de todo derecho— racionalizado por la doctrina del abuso del derecho.¹⁰⁶

3. LA DOCTRINA DEL ABUSO DEL DERECHO EN EL DERECHO CIVIL

El abuso del derecho se encuentra previsto en nuestro Código Civil en el aparte *in fine* del Art. 1185, mismo precepto que en su acápite establece el hecho ilícito civil: “Debe igualmente reparación quien haya causado un daño a otro, excediendo, en el ejercicio de su derecho, los límites fijados por la buena fe o por el objeto en vista del cual le ha sido conferido ese derecho”. La norma aparece por primera vez consagrada de manera expresa en el Código Civil de 1942¹⁰⁷ y es una copia literal del

¹⁰⁴ Pérez Tremps, P. *Ob. Cit.* pp. 148-151.

¹⁰⁵ *Ibidem.* p. 151.

¹⁰⁶ Almagro Nosete, J. *Ob. Cit.* p. 10.

¹⁰⁷ Maduro Luyando, E. (1983) *Curso de obligaciones. Derecho civil III*. Caracas: Fondo Editorial Luis Sanojo. p. 714.

La Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia N° 340 del 31 de octubre del 2000 (caso: “Carlos Enrique Pirona”), diferenció el hecho ilícito civil del abuso del derecho, establecidos ambos en el artículo 1185 del Código Civil, en los siguientes términos:

“El artículo 1.185 del Código Civil, en su conjunto se refiere a hechos o aspectos profundamente diferentes. En las distintas hipótesis del primer párrafo, basta probar el daño causado por un hecho intencional, negligente o imprudente de otro; cuestión sencilla, casi elemental. En cambio, en el segundo caso, se trata de situación grave y complicada de un delicado y complejo problema

artículo 74 del Proyecto de Código de las Obligaciones y de los Contratos de 1929, elaborado por las comisiones ministeriales francesa e italiana constituidas a raíz de la Primera Guerra Mundial para preparar un instrumento de unificación legislativa.¹⁰⁸

jurídico: precisar cuándo se ha hecho uso racional de un derecho, y cuándo se ha abusado de ese mismo derecho. Expresado en los propios términos de la ley, cuando el ejercicio del derecho excede “los límites fijados por la buena fe o por el objeto en vista del cual ha sido conferido ese derecho”. El artículo 1.185 del Código Civil contempla dos situaciones jurídicas totalmente distintas: la del que abusa de su derecho, y la del que procede sin ningún derecho.

(...)

“Asimismo, el autor Oscar Lazo, en sus comentarios al Código Civil Venezolano, según jurisprudencia citada por el mismo, expresa lo siguiente:

“...Para incurrir en abuso de derecho es necesario que en su ejercicio se hayan propasado, excedió dice la ley, los límites fijados por la buena fe... y esa presunción de buena fe genérica siempre tomada en cuenta por el legislador, se acentúa, se hace más respetable si en el pretendido abuso de derecho han intervenido autoridades legítimas con la función específica de evitar abusos de toda especie, de aplicar la ley que garantiza el equilibrio social en una palabra de hacer justicia. Por el solo hecho de que se acuse o denuncie a una persona que luego resulte inocente, no puede decirse que ha habido abuso de derecho, porque ello no basta a comprobar que se incurrió en exceso, que se traspasaron los límites fijados por la buena fe, concepto diferente a error, excusable o censurable. Si en virtud de esa denuncia o acusación, se decreta detención, este acto es imputable al juez, soberano para acordarlo o negarlo, y sólo muy remotamente al denunciante...*Omissis*...” (Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve>).

¹⁰⁸ Mélich Orsini, J. (1994) *El abuso del derecho en el proceso*. En: *Liber Amicorum. Homenaje a la obra científica y docente del profesor José Muci-Abraham*. Caracas: Editorial jurídica venezolana. p. 596.

La teoría fue admitida en el Derecho Romano por vía de la máxima *summum ius summa injuria*, en donde el abuso de los derechos se identificó con la intención de perjudicar. Cuando yo ejerzo un derecho, mi responsabilidad no queda comprometida, por lo que puedo decir *Feci sed jure feci*; entonces, la responsabilidad delictual va unida únicamente a los actos realizados sin derecho: *neminem laedit qui jure suo utitur* (Josserand, L. [1993] *Derecho civil*. [Tr.: Cunchillos y Manterola, S.] Buenos Aires: EJEABosch. Tomo II, volumen I. 311-313 p.), pero se produjo la colisión de dos máximas: *qui jure suo utitur, neminem laedit* (quien usa de su derecho, a nadie lesiona) y *neque malitiis indulgendum* (no hay que ser indulgentes con la maldad) y apareció la idea del abuso del derecho, la cual también fue conocida y aplicada, en el antiguo derecho francés, pues los Parlamentos no dudaban en reprimir todo abuso malicioso (Alterini, A. A. y otros *Ob. Cit.* p. 736; Mazeaud, H. y L., y Mazeaud, J. [1960] *Lecciones de Derecho civil*. [Tr.: Alcalá-Zamora y Castillo, L.] Buenos Aires: EJEABosch. Parte II, volumen II. p. 139.)

La prohibición del abuso del derecho está reconocida, entre otros ordenamientos, en el Art. 226 del Código civil alemán de 1896: “No está permitido el ejercicio de un derecho cuando no tiene otro objeto que el de causar un daño a otro”; en el Art. 2º del Código civil suizo de 1907: “Cada uno está obligado a ejercer sus derechos y a cumplir sus obligaciones de acuerdo con las reglas de la buena fe. El abuso manifiesto de un derecho no está protegido por la ley”; en el Art. 1º del entonces Código de las Repúblicas Soviéticas de 1922: “Los derechos civiles son protegidos por la ley, salvo en el punto en que son ejercidos en un sentido contrario a su destino económico y social”. *Cfr.* Ripert, G. y Boulanger, J. (1965) *Tratado de Derecho civil según el tratado de Planiol*. (Tr.: García Daireaux, D.). Buenos Aires: La Ley. Tomo V, segunda parte. p. 76; también en el ordenamiento jurídico español en el artículo 11 apartado 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1º de Julio de 1985, el cual establece que “los Juzgados y Tribunales rechazarán fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de la ley o procesal”, y en el artículo 7.2 del Código Civil español el cual prevé, desde 1974, que “La ley no ampara al abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo...”.

Tal teoría es denominada también “abuso de los textos legales o reglas jurídicas” (Appleton), “abuso de la libertad” (Ferión), “acto abusivo disimulado bajo la apariencia del ejercicio del derecho” (Duffau Lagarrosse), “actos emulativos” (Art. 833 del *Codice civile* italiano de 1942), “actos abusivos” y “ejercicio abusivo de los derechos”,¹⁰⁹ siendo criticada en sus postulados teóricos por Planiol, quien la calificó como una fórmula inútil por virtud de la cual se incurre en una “logomaquia”, toda vez que, por una parte, los derechos subjetivos son limitados por los derechos de los demás, y por la otra, cuando yo hago uso de mi derecho mi acto es lícito y cuando no lo es, es porque he sobrepasado mi derecho y actúo sin derecho.¹¹⁰ Josserand respondió a la crítica explanando que “(...) hay *Derecho* y *derecho*, en el sentido que el acto abusivo es el que, realizado en virtud de un derecho subjetivo cuyos límites han sido respetados, es, sin embargo, contrario al Derecho considerado en su conjunto (...).”¹¹¹

3.1 DEFINICIÓN

En la doctrina nacional se define el abuso del derecho como “el acto realizado en ejercicio de un derecho objetivo, que cause daño a un interés no protegido especialmente por el ordenamiento jurídico, aunque sí protegido en forma general por aquel ordenamiento, y cuya inmoralidad o antisocialidad se demuestra mediante la inadecuación del móvil con el espíritu y objeto que inspiraron el nacimiento de la institución”.¹¹² En la doctrina extranjera es definido como un supuesto en el que una conducta, al sustentarse en un derecho subjetivo, se convierte en antisocial, por “irregular” o “anormal”, al transgredir en su ejercicio, o a través de

¹⁰⁹ Alterini, A. A. y otros *Ob. Cit.* p. 736.

¹¹⁰ Planiol, M. y Ripert, J. (1936) *Tratado práctico de derecho civil francés*. Habana: Cultural. Tomo 6º, primera parte. p. 791. También Rotondi, en Italia, aunque admite la importancia de un concepto más general del abuso del derecho desde el punto de vista social, se adhiere a su crítica en sede de su inserción dentro del ordenamiento jurídico positivo, pues un acto no puede ser al mismo tiempo conforme al derecho y contrario al derecho, así, o el acto que se llama abusivo es ilícito y entonces no se puede hablar de ejercicio del derecho, o es lícito, y en consecuencia, no se puede hablar de abuso. *Tertium non datur*. Vid. Rotondi, M. *Ob. Cit.* pp. 98-99.

¹¹¹ Josserand, L. *Ob. Cit.* Tomo II, volumen I. p. 323.

¹¹² Arráiz, R. C. (1970) *Contribución al estudio del abuso del derecho*. En: *Libro homenaje a la memoria de Lorenzo Herrera Mendoza*. Caracas: Universidad Central de Venezuela. p. 177.

su omisión, un genérico deber jurídico que cristaliza el valor solidaridad y, por ende, la moral social, lo cual origina un específico acto ilícito *sui generis* que no es materia de responsabilidad civil.¹¹³

En la jurisprudencia del más alto Tribunal de la República se puntualiza como “(...) una figura propia del Derecho Civil, relativa a los hechos ilícitos, que ha venido definiendo la doctrina y la jurisprudencia nacional, como el **exceso en el uso de una facultad, potestad o atribución cuando se ejerce con intención de dañar a otro**”.¹¹⁴ Esta definición es criticable, ya que sólo acoge el criterio intencional, posición contraria a lo que sostiene nuestra doctrina civilista más acreditada; porque omite especificar lo concerniente a las conductas omisivas; y por último, pues supedita la figura a los hechos ilícitos del Derecho civil. La Sala Constitucional, por su parte, ha tenido oportunidad de definirlo como “(...) la materialización del uso u omisión de una facultad subjetiva contrario al principio general de la buena fe y al fin que persigue su otorgamiento”,¹¹⁵ con lo cual se admite un criterio mixto, intencionalidad más funcionalidad, a efectos de caracterizar la acción u omisión emulativa.

¹¹³ Fernández Sessarego, C. (1992) *Abuso del derecho*. Buenos Aires: Astrea. p. 179.

¹¹⁴ Sentencia de la Sala Políticoadministrativa del Tribunal Supremo de Justicia N° 1052 del 13 de agosto del 2002 (caso “Instituto Universitario Politécnico ‘Santiago Mariño’”). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve>. Este fallo toca el punto de la asimilación en el ámbito del Derecho administrativo del abuso del derecho, bajo la figura de la desviación de poder:

“Por consiguiente la Sala entiende que la parte actora, al esgrimir sus alegatos relativos al vicio por abuso de derecho, del cual supuestamente adolecen las disposiciones impugnadas, se estaba refiriendo al vicio por *desviación de poder*. Vicio éste que se configura cuando la Administración, al emanarlos, actúa con fines distintos de aquellos para los cuales la ley le confirió la facultad de dictarlos.

“En consecuencia, hay *desviación de poder*, conforme a la jurisprudencia de esta Sala, cuando el acto aun siendo acorde con la ley, no lo es desde el punto de vista teleológico, por cuanto la Administración al dictarlo no persigue el fin para cuyo logro le fue acordada la facultad de hacerlo, sino un fin distinto que es por sí mismo contrario a derecho.

“En efecto, la doctrina administrativa extranjera, en algunos casos, también ha asimilado la figura del abuso del derecho al vicio por desviación de poder. En concreto, se afirma que ‘...en ambos existe ejercicio de un poder o de un derecho con fin distinto del señalado por el legislador; la diferencia estriba en que el abuso del derecho repercute sobre la responsabilidad, mientras que la desviación de poder le quita todo valor jurídico al acto. Por otra parte, el desvío de poder, como en la causa ilícita..., hay ejercicio de un derecho o de un poder para un fin condenado por el derecho y que vicia de nulidad el acto; pero la causa ilícita aparece en los contratos, mientras que el desvío de poder se presenta en los actos unilaterales...’”

¹¹⁵ Sentencia N° 2916 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia proferida el 20 de noviembre del 2002 (caso: “Onésimo Hernández Pacheco”). Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve>

La función del abuso del derecho estriba en que es uno de los factores más importantes de la moralización del Derecho, así como de la represión de los actos maliciosos, permitiendo luchar contra un egoísmo excesivo en el ejercicio de los derechos,¹¹⁶ por lo que debemos declarar que es una figura propia de la teoría general del Derecho en virtud de la cual un acto u omisión en el ejercicio de un derecho subjetivo por parte de su titular, si bien es formalmente reputado como conforme a la ley, al mismo tiempo debe ser reputado sustancialmente como ilegítimo por antisocial, al vulnerar un derecho subjetivo o un interés legítimo jurídicamente protegido, ambos ajenos y no tutelados por norma jurídica especial, en razón de una desviación en la función para la cual fue conferido el derecho ejercido u omitido, la cual pretende concretizar el valor solidaridad y la moral social.

3.2 NATURALEZA JURÍDICA

La doctrina extranjera se ha manifestado sobre su naturaleza jurídica estableciendo que es un acto ilícito específico o *sui generis*, pues se trata de un acto ilícito abusivo por implicar una violación solapada del ordenamiento jurídico, a diferencia del acto ilícito común en el cual la norma legal es transgredida francamente.¹¹⁷ En el abuso del derecho se usa un derecho correctamente en el sentido objetivo, mientras que en el hecho ilícito civil el agente se comporta fuera del derecho, infringiendo una norma determinada.¹¹⁸ También se diferencia el abuso del derecho del fraude a la ley, pues el abuso del derecho se refiere a una norma que es aplicada y hecha servir de medio a un fin que no es el suyo, obteniendo una reacción negativa de la ley, esto es, la no concesión de su tutela; mientras que el fraude concierne a una norma que es rodeada, evitada y relegada su aplicación, haciéndolo con otra en su lugar, al menos en la medida en que no es aplicada la primera, obteniendo una reacción positiva de la ley como es la equiparación de la violación no aparente a la que fuera patente.¹¹⁹

¹¹⁶ Mazeaud, H. y L., y Mazeaud, J. *Ob. Cit.* Parte II, volumen II. p. 145.

¹¹⁷ Alterini, A. A. y otros *Ob. Cit.* pp. 734-735; Fernández Sessarego, C. *Ob. Cit.* p. 179.

¹¹⁸ Arráiz, R. C. *Ob. Cit.* p. 166.

¹¹⁹ Betti, E. (1959) *Teoría general del negocio jurídico*. (Tr.: Martín Pérez, A.) Madrid: Revista de Derecho Privado. p. 287.

Como corolario, en nuestro ordenamiento jurídico se debe considerar al ejercicio abusivo de los derechos como una fuente autónoma de las obligaciones, ya que, como explica González Baquero, por una parte, muchas normas del Código Civil y de otros cuerpos legislativos tienen su fundamentación en el principio del abuso del derecho, y por la otra, la Constitución venezolana, tanto la de 1961 como la vigente de 1999, señalan una funcionalidad a ciertos derechos, e impone limitaciones a otros, como en el supuesto del derecho de propiedad, con lo que se hace indubitable el abandono del absolutismo en el ejercicio de prerrogativas individuales.¹²⁰ Tal postura, que es consecuencia de valorar la doctrina del abuso del derecho como una institución de la teoría general del Derecho, no implica una negación a la ventaja de integrar el aparte único del Art. 1185 del Código Civil, dentro del régimen general en materia de responsabilidad extracontractual, mientras se van desarrollando por vía jurisprudencial los caracteres propios de la institución.

3.3 CRITERIOS DE CARACTERIZACIÓN Y POSICIÓN DEL LEGISLADOR VENEZOLANO

Pueden identificarse cuatro criterios para caracterizar o señalar cuando hay abuso del derecho:

i) el criterio intencional o de la intención de dañar, conforme al cual un acto cuyo efecto se limite dañar a otro, sin interés legítimo para quien lo ejecuta, no podría constituir el ejercicio de un derecho, por ser antisocial (Saleilles, en su primera versión)¹²¹ o, desde otra perspectiva, se abusa del derecho cuando el titular de un derecho sabe exactamente lo que le está permitido hacer sin salirse de su derecho, y disimula con la aplicación correcta de la regla jurídica la violación del deber moral, inspirándose el acto antisocial, dentro de una sociedad dominada por una moral en la que el deber, de no perjudicar voluntariamente al prójimo está inscrito en el decálogo, bien en el pensamiento de perjudicar a otro

¹²⁰ González Baquero, J. R. (1976) *La recepción del principio del abuso del derecho en el ordenamiento jurídico venezolano*. Valencia: Universidad de Carabobo. pp. 57-58.

¹²¹ Alterini, A. A. y otros *Ob. Cit.* p. 736.

o bien en el hecho de que el autor cumple con un deber o cree cumplirlo (Ripert),¹²² por lo que no se requiere que el ánimo de dañar sea el único fin, pero debe ponerse de relieve que él ha sido al menos un móvil determinante del ejercicio del derecho, lo que hace evidente la asimilación de la culpa grave al dolo.¹²³ Se critica que al haber deseo de perjudicar, no hay abuso propiamente, sino hecho ilícito, y que se atribuye al juez un arbitrio extremo para decidir.¹²⁴

ii) el criterio técnico, caracterizado por ir más allá de la mera culpa intencional o dolo, al conformarse para caracterizar el ejercicio abusivo del derecho con la simple comprobación de un comportamiento imprudente o negligente de su titular que causa un daño a la víctima y que habría podido ser evitado con una mejor conducta, como por ejemplo, en el caso del Art. 170 del Código de Procedimiento Civil el cual sanciona no sólo la “mala fe” sino la “temeridad” con que se haya actuado en el proceso y que haya perjudicado a la parte que reclama su reparación.¹²⁵ En tal sentido, los hermanos Mazeaud opinan que el abuso de un derecho no es una fuente de responsabilidad distinta de la culpa, que es una culpa cometida en el ejercicio de ese derecho, pues el que ejerce un derecho con el deseo de causar un daño, con la intención de perjudicar, incurre en una culpa delictual y, el que, sin intención maliciosa, se comporta, al ejercitar un derecho, de modo distinto del que lo habría hecho un individuo cuidadoso, con imprudencia o negligencia, incurre en una culpa cuasi-delictual, por lo que, en ambos casos, su responsabilidad es exigible.¹²⁶ Por ende, sostienen que el ejercicio de un derecho que compromete la responsabilidad, es abusivo, cuando constituye una culpa, no siendo necesario que la culpa sea intencional, pues basta que se compruebe una imprudencia o una negligencia cometida por el titular

¹²² Ripert, G. (1946) *La regla moral en las obligaciones civiles*. Bogotá: La Gran Colombia. pp. 146-147.

¹²³ Mélich Orsini, J. *Ob. Cit.* p. 594.

¹²⁴ Arráiz, R. C. *Ob. Cit.* pp. 174-175.

¹²⁵ Mélich Orsini, J. *Ob. Cit.* p. 595.

¹²⁶ Mazeaud, H., Mazeaud, L. y Tunc, A. (1993) *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. (Tr.: Sentís Melendo, S.) Buenos Aires: EJE. Tomo I, volumen II. pp. 233, 259 y 290.

del derecho, para que quede comprometida su responsabilidad.¹²⁷ Sin embargo, a esta tesis, como a la anterior, se le critica que confunde la acción de abuso de derecho con la de hecho ilícito, pues si el daño causado mediante el ejercicio de un derecho se debe a la intención (dolo) o a la culpa (negligencia o imprudencia) del titular, se está en presencia de un hecho ilícito.¹²⁸

iii) el criterio económico, el cual parte de la definición de derechos subjetivos de Ihering, “intereses jurídicamente protegidos”, para afirmar que el abuso reside en el ejercicio contrario al destino económico o social del derecho subjetivo, pues “un acto cuyo efecto no puede ser sino el de perjudicar a otro sin que medie interés apreciable y legítimo para el que lo ejecuta, nunca puede constituir el ejercicio de un derecho” (Saleilles, en su segunda versión),¹²⁹ vale decir, que para que exista abuso del derecho es necesario que una persona ejerciendo su derecho dentro de los límites naturales del mismo, cause un daño a otra sin haber obtenido su titular un beneficio económico,¹³⁰ tesis a la cual se critica, primero, que no siempre el destino económico o social es predominante, pues de lo contrario el fin individual de la mayor parte de los derechos subjetivos queda empaldecido (Llambías); segundo, que algunas prerrogativas concedidas al titular del derecho no resultan de consideraciones de orden económico, como por ejemplo, el derecho a oponerse a la celebración del matrimonio¹³¹ que confiere el artículo 72 y siguientes del Código Civil venezolano; y tercero, al exigirse el no haber obtenido el titular una ventaja de tipo patrimonial se excluyen muchos actos abusivos mediante los cuales, el titular, además de causar daños ejerciendo su derecho, se beneficia económicamente.¹³²

iv) el criterio finalista, teleológico o funcional, se fundamenta en que el derecho subjetivo no es absoluto, sino relativo, pues tiene ante el dere-

¹²⁷ Mazeaud, H. y L., y Mazeaud, J. *Ob. Cit.* Parte II, volumen II. p. 142.

¹²⁸ Maduro Luyando, E. *Ob. Cit.* p. 713.

¹²⁹ Rodríguez-Arias Bustamante, L. (1971) *El abuso del derecho*. (2ª ed.) Buenos Aires: EJE. p. 116; Alterini, A. A. y otros *Ob. Cit.* p. 737; la cita de Saleilles es de Ripert, G. *Ob. Cit.* p. 137.

¹³⁰ Maduro Luyando, E. *Ob. Cit.* p. 713.

¹³¹ Alterini, A. A. y otros *Ob. Cit.* p. 737.

¹³² Maduro Luyando, E. *Ob. Cit.* p. 713.

cho objetivo una misión, un fin social y económico, por lo que si el titular, so pretexto de ejercerlo, se aparta de ese fin y con su conducta perjudica a otro, abusa de su derecho y queda obligado indemnizar, en tanto incumple la función social que corresponde llenar al ejercicio de todo derecho, cuyo titular está impedido de desviarlo de ella (Josserand).¹³³ El maestro francés nos dice: “Se trata, pues, en definitiva, de buscar el móvil a que el titular del derecho ha obedecido en la ocasión, el fin que se ha propuesto alcanzar, y de confrontar ese móvil y ese fin con el espíritu, con la función del derecho en cuestión; si hay concordancia, el derecho ha sido ejercido normalmente y, por lo tanto, impunemente; si hay discordancia, el uso se revela abusivo y la responsabilidad del agente es susceptible de entrar en juego”.¹³⁴

Como podemos deducir de lo anterior, frente al principio del abuso del derecho pugnan dos corrientes contrarias: la corriente liberal o individualista, según la cual el derecho subjetivo es un derecho-poder y puede ser ejercido libremente por su titular, sin que pueda hacerse responsable del daño que con tal motivo sufra otro; y la corriente socialista, en la que el derecho subjetivo es un derecho-función, otorgado para una finalidad determinada, con lo que se le otorga un valor positivo al contexto social en el que están situados el individuo y sus derechos, por lo que si el titular del derecho subjetivo utiliza su derecho para un fin distinto a aquel para el cual le fue conferido por el Estado y daña a otro, incurrirá en responsabilidad.¹³⁵

¹³³ Josserand, L. *Cours de droit civil positif français*, tomo II, números 428 y ss., *Evolutions et actualités, Conférences de droit civil*, París, 1936, *L'esprit des droits et de leur relativité, Theorie dite de l'abus des droits*, 1927. Apud. Uribe-Holguin, R. (1979) *Cincuenta breves ensayos sobre obligaciones y contratos*. (2ª ed.) Bogotá: Temis. 223-224 p.; Alterini, A. A. y otros *Ob. Cit.* p. 737.

¹³⁴ Josserand, L. (1993) *Derecho civil*. (Tr.: Cunchillos y Manterola, S.) Buenos Aires: EJEA-Bosch. Tomo II, volumen I. p. 315.

¹³⁵ Mazeaud, H., Mazeaud, L. y Tunc, A. *Ob. Cit.* Tomo I, volumen II. pp. 239-240; Peirano Facio, J. (1979) *Responsabilidad extracontractual*. (2ª ed.) Bogotá: Temis. p. 282; Palacios Herrera, O. (1982) *Apuntes de obligaciones*. Maracaibo: Centro de Estudiantes de La Universidad del Zulia. p. 107.

En Venezuela, la doctrina afirma que todo derecho subjetivo debe entenderse limitado en un doble sentido: extrínsecamente, por el genérico principio de la buena fe, en cuanto que su titular no debe extralimitarse en su derecho, pues al hacerlo traspasaría la zona de lo lícito e incurriría en un hecho ilícito; intrínsecamente, pues aun manteniéndose dentro de los límites de su derecho, debe ejercerlo en armonía con la función social de ese derecho, sin desviarlo de los fines para los cuales fue conferido por el Ordenamiento jurídico,¹³⁶ pues la “buena fe” del artículo 1185 *eiusdem* es un concepto positivo que alude a la aptitud del hombre honesto, veraz, que colabora con las expectativas del Ordenamiento, siendo éste el criterio que, según Mélich Orsini, adopta nuestro Código Civil,¹³⁷ cuyo principio general podría enunciarse así: “los derechos subjetivos de los particulares, tanto en su existencia como en su ejercicio, obedecen a una orientación determinada, y de esos derechos se abusa cuando existiendo el deber de ejercerlos no se ejercen, o se ejercen en sentido opuesto a su propio destino o contenido”.¹³⁸

A contrario sensu, otros autores venezolanos sostienen que, si bien en nuestro sistema no se quiso colocar como principio genérico al abuso del derecho, constituyendo por su situación sistemática dentro del Código Civil (segundo párrafo del artículo 1185) sólo un caso especial del hecho ilícito –a semejanza de su fuente el proyecto Franco Italiano–, el legislador venezolano adoptó un criterio mixto, pues al mencionar la buena fe, toma en consideración la intención, el punto de vista intencional clásico, y al hacer referencia a los fines para los cuales ha sido conferido el derecho, acoge el criterio finalista, funcional, de inspiración social.¹³⁹

¹³⁶ Fernández Sessarego, C. *Ob. Cit.* p. 276; Mélich Orsini, J. *Ob. Cit.* p. 596.

¹³⁷ Mélich Orsini, J. *Ob. Cit.* p. 599; comparte la posición sobre la asunción del criterio finalista en Venezuela, González Baquero, J. R. *Ob. Cit.* p. 57; e indirectamente, desde Francia, los hermanos Mazeaud cuando comentan el Proyecto de Código francoitaliano de las obligaciones y consideran que sus autores adoptaron el criterio finalista del abuso, deducido de la averiguación del “fin en vista del cual se haya conferido el derecho” a su titular (Art. 74, párr. 2º). *Cfr.* Mazeaud, H. y L., y Mazeaud, J. *Ob. Cit.* Parte II, volumen II. p. 145.

¹³⁸ Valencia Zea, A. y Ortiz Monsalve, A. (1998) *Derecho civil*. (9ª ed.) Bogotá: Temis. Tomo III. De las obligaciones. p. 304.

¹³⁹ Palacios Herrera, O. *Ob. Cit.* p. 110; Arráiz, R. C. *Ob. Cit.* pp. 178-179 p.; también sostienen indirectamente esta posición los tratadistas franceses Ripert y Boulanger, al comentar el Proyecto francoitaliano y comentar respecto de la redacción de su Art. 74, que utiliza una fórmula bastante vaga y que señala una vacilación entre diferentes conceptos del abuso del derecho. *Cfr.* Ripert, G. y Boulanger, J. *Ob. Cit.* Tomo V, segunda parte. p. 76.

Es esta también la posición de nuestro máximo tribunal según se desprende del fallo N° 2916 de la Sala Constitucional del 20 de noviembre del 2002 (caso: “Onésimo Hernández Pacheco”).¹⁴⁰ Mélich, por su parte, argumenta en defensa de su tesis que tanto la jurisprudencia nacional como la doctrina que habla de la adopción de un “criterio mixto”, se

¹⁴⁰ Esta decisión plantea que: “(...) Durante más de un siglo la doctrina civilista ha concentrado su atención en la naturaleza *sui generis* de este tipo de actos ilícitos en razón de su materialización dentro de los parámetros objetivos de las facultades subjetivas. A lo largo de la evolución doctrinaria de esta figura se observa la formación de distintos criterios sobre las formas de determinación del abuso de los derechos. Al respecto, Carlos Fernández Sessarego (*Abuso del Derecho*, 2ª edición, Editorial Grijley, Lima, 1999, pp. 113-122) distingue las posiciones subjetivista, objetiva y mixta. La posición subjetivista sostiene que la materialización de estos actos ilícitos depende de la intención del titular de un derecho de perjudicar a otras personas mediante el uso u omisión de su facultad. El sujeto actúa sin ningún interés serio, sólo impulsado por móviles temerarios. Este criterio fue acogido en los primeros precedentes jurisprudenciales sobre el abuso del derecho, entre los cuales se destacan las sentencias de las Cortes de Colmar y Lyon de 1855 y 1856, respectivamente. La dificultad probatoria que representa la demostración de intenciones temerarias determinó el abandono de este criterio. Por su parte, los seguidores de la posición objetiva o funcional sustentan que el uso abusivo de un derecho se genera a través de la práctica de una actuación contraria a la función económico-social que persigue el otorgamiento de la facultad. Dentro de esta tendencia se observan autores que definen el abuso del derecho como una alteración de las buenas costumbres. En este sentido, Alberto Spota nos comenta:

‘Todas las veces que el titular de un derecho subjetivo pretende ejercerlo para que sirva a propósitos inmorales o reñidos con las buenas costumbres, o con la buena fe-lealtad, o con la buena fe-creencia, o con la recíproca confianza o colaboración entre contratantes, así como entre otros supuestos similares, el abuso del derecho existe’ (*Tratado de Derecho Civil*. Parte General. Volumen 2. Editorial Depalma. Buenos Aires. 1947. p. 304).

“De igual manera, los defensores de la posición mixta argumentan elementos intencionales distorsionantes de la función económico-social de los derechos subjetivos combinando de esta forma los fundamentos de las posiciones anteriores. Entre los principales representantes de este criterio podemos mencionar a Louis Josserand, quien expone su posición en los siguientes términos: ‘De momento nos bastará advertir que así como existe un espíritu de las leyes, y con más generalidad un espíritu del derecho, entendido objetivamente y en su conjunto, debe admitirse también la existencia de un espíritu de los derechos, inherente a toda prerrogativa subjetiva, aisladamente considerada y que así como la ley no puede aplicarse contra su espíritu, como un río no podría modificar el curso de sus aguas, nuestros derechos no pueden realizarse en contravención o despreciando su misión social, a diestra y siniestra; se concibe que el fin pueda justificar los medios, al menos, cuando éstos son legítimos por sí mismos; pero sería intolerable que medios, aun intrínsecamente irreprochables, pudiesen justificar todo fin, hasta odioso e inconcebible. Precisamente contra tal eventualidad se formó la teoría del abuso de los derechos, cuya ambición y razón de ser es asegurar el triunfo del ‘espíritu de los derechos’, y por consiguiente, hacer reinar la justicia, no solamente en los textos legales y en fórmulas abstractas, sino –siendo este ideal más substancial– en su aplicación, y hasta en la realidad viviente’. (*El Espíritu de los Derechos y su Relatividad*, traducción de Elogio Sánchez Larios y José M. Cajica, Editorial José M. Cajica, México, 1946, pp. 14 y 15).

“El legislador venezolano siguiendo los lineamientos del artículo 74 del Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones acoge la posición objetiva o funcional para la determinación del uso abusivo de las facultades subjetivas (Durán Trujillo, Rafael. *Nociones de Responsabilidad Civil*. Editorial Temis. Bogotá, 1957. p 177) (...)” (Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve>)

basa erróneamente en un concepto negativo de la buena fe, vinculado al hecho psicológico de haber obrado sin conocimiento de hecho, cuando lo correcto es considerarla como un concepto positivo que concurre únicamente en la adopción del criterio finalista o funcional.¹⁴¹

Está claro, conforme a las anteriores consideraciones, que el criterio del derecho-función o del fin social se desprende del segundo párrafo del artículo 1185 del Código Civil venezolano. Pero ¿es verdad que adicionalmente se admite el criterio intencional por la introducción de la frase “buena fe”? Mientras los límites en el ejercicio del derecho, cuya infracción determina el abuso del derecho, son límites derivados de la conciencia social de una época —de la moral social—; los límites derivados del principio general de la buena fe son límites que provienen de lo que debe ser habitualmente la conducta normal, recta y honesta de un titular de un derecho respecto de las personas con las que se está en relación, vale decir, que tales límites emanan de la reciprocidad. Como corolario, el ejercicio de un derecho subjetivo puede no incurrir en abuso, por estar dentro de los límites impuestos por los criterios morales y sociales derivados en la época en que se ejercita, y sin embargo, contravenir el principio de la buena fe, al convertirse en actos que no son los que cabría esperar debidamente de un hombre normal y corriente, en la correcta relación jurídica en que se producen.¹⁴² Puede conectarse la buena fe, entonces, con la conducta del titular del derecho como hombre normal, esto es, con su dolo, culpa, imprudencia o negligencia, por lo que efectivamente debe considerarse inserto como parámetro de interpretación de la institución, no sólo el criterio intencional o de la intención de dañar, sino el criterio técnico, esbozado por los hermanos Mazeaud.

3.4 *CONDICIONES DE PROCEDENCIA Y SUPUESTOS DE HECHO EXCLUIDOS*

Las condiciones para la procedencia del abuso del derecho son las que siguen: i) un daño moral o material experimentado por la víctima a un

¹⁴¹ Mélich Orsini, J. *Ob. Cit.* pp. 598-599.

¹⁴² González Pérez, J. (1989) *El principio general de la buena fe en el Derecho administrativo*. (2ª ed.) Madrid: Civitas. 29-31 p.

interés legítimo jurídicamente protegido y causado por el autor del acto abusivo, con infracción de la buena fe o la falta de un motivo legítimo, o también cuando se conculcan los derechos de la comunidad, la moral, el orden público y las buenas costumbres –desde tal perspectiva, recordemos el artículo 20 de la Constitución, conforme al cual “Toda persona tiene derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, sin más limitaciones que las que derivan del derecho de las demás y del orden público y social”–; ii) por una parte, un acto abusivo de un derecho por su titular, lo cual implica, primero, que éste no se exceda en el ejercicio del derecho en sí mismo, pues de lo contrario se estaría en presencia de un hecho ilícito, y segundo, que el acto abusivo no esté tipificado en la ley, pues en tal hipótesis nos encontraríamos ante la violación de una norma legal, vale decir, ante un hecho ilícito típico, y por otra parte, el no ejercicio o el no uso del derecho; iii) la relación de causalidad entre el acto abusivo o el no ejercicio o no uso del derecho y el daño;¹⁴³ iv) la prueba tanto de la ausencia de motivo legítimo o de buena fe, como de la existencia del daño.¹⁴⁴

En cuanto a los supuestos de hecho excluidos debemos aseverar que, en principio, todos los derechos son susceptibles de abuso, pues son relativos o limitados, pero, por excepción, la teoría del abuso del derecho no rige para algunas situaciones: i) debido a que solamente se puede abusar de un derecho definido y delimitado por la ley, se comete un error manifiesto de terminología al calificar de abuso del derecho a toda vulneración de la libertad general de acción que pertenece a todo hombre, así, por ejemplo, no es abuso el ejercicio de libertades, como la de circular o expresarse, ya que se considera que no hay “un derecho definido o determinado”, y como corolario, la responsabilidad del conductor frente al peatón al que atropelló no deriva del abuso de su libertad de circular, sino lisa y llanamente de la comisión de un hecho ilícito; ii) el abuso de la personalidad jurídica, la cual es efecto del uso desviado de

¹⁴³ Rodríguez-Arias Bustamante, L. *Ob. Cit.* pp. 167-168; Maduro Luyando, E. *Ob. Cit.* p. 715; Palacios Herrera, O. *Ob. Cit.* p. 108; González Baquero, J. R. *Ob. Cit.* pp. 29-33.

¹⁴⁴ Rodríguez-Arias Bustamante, L. *Ob. Cit.* p. 177.

la forma jurídica y por ende hay un ilícito, una violación del fin querido por la ley (Dobson); iii) los derechos absolutos, discrecionales, exentos de causa, que –aunque no son muchos los supuestos– son concedidos sin restricción alguna, pues su ejercicio no puede comprometer nunca la responsabilidad de su titular, al no tener que rendir cuentas de los motivos por los cuales los ejerce, como, a título ejemplificativo, el derecho de respuesta en materia de prensa o el concedido al acreedor para pedir al deudor que esté constituido en mora la ejecución de la obligación personal, en lugar de la pena estipulada¹⁴⁵ (Art. 1259 del Código Civil venezolano); iv) la teoría no puede ser puesta en movimiento en los casos en que el ofensor carece de derecho, ya que no puede sostenerse que se abusa del derecho cuando se actúa fuera de los límites del propio derecho;¹⁴⁶ v) como las situaciones encaradas por la teoría del abuso del derecho giran alrededor de la legitimidad de una norma de carácter general que permita al damnificado hacerse resarcir por daños y perjuicios, cuando la situación ha sido prevista por una norma especial, el intérprete no está ya frente a una hipótesis de abuso del derecho;¹⁴⁷ vi) también escapan de la posibilidad de abuso los derechos “egoístas” en la medida en que, por su objeto, no postulan ningún uso u obrar, ningún ejercicio, ninguna toma de posición activa o pasiva, por parte del titular

¹⁴⁵ Alterini, A. A. y otros *Ob. Cit.* p. 739; Ripert, G. y Boulanger, J. *Ob. Cit.* Tomo V, segunda parte. pp. 77 y 80; Mazeaud, H. y L., y Mazeaud, J. *Ob. Cit.* Parte II, volumen II. p. 144.

La sentencia de la Sala de Casación Civil N° 660 del 7 de noviembre del 2003 (caso: “Unidad de Cirugía Plástica Dr. Bruno Pacillo, C.A.”) expresa sobre el abuso de los derechos discrecionales: “Planioi y Ripert le dan respuesta a la interrogante acerca de si habrá que admitir la validez de la cláusula en que se niegue al asociado excluido todo recurso judicial. Si los estatutos solamente admiten la exclusión por causas determinadas, tal cláusula no podrá impedir que el excluido pida a los Tribunales la revisión de la decisión recaída, tanto en cuanto a su forma como en cuanto al fondo. Si se ha estipulado en los estatutos que la asamblea general de asociados podrá libremente pronunciar la exclusión sin tener que manifestar los motivos de ello, el excluido conservará, a pesar de esa cláusula, la facultad de hacer comprobar por los Tribunales si la exclusión ha sido regularmente dictada en cuanto a su forma, si bien en cuanto al fondo la cláusula le priva de todo recurso, ya que se trata en ese caso de una exclusión *ad nutum* de lo que todo asociado ha admitido la posibilidad, por peligrosa que parezca, por el solo hecho de adherirse a los estatutos. No cabe explicar [*rectius*: aplicar] la teoría del abuso de derecho a los derechos cuyo ejercicio puede ser arbitrario (*ibid.* p. 361). En el caso de autos, en todo caso, se trataría de un instrumento privado, oponible a su firmante, según las reglas ordinarias del Código de Procedimiento Civil”. (Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve>)

¹⁴⁶ Mazeaud, H., Mazeaud, L. y Tunc, A. *Ob. Cit.* Tomo I, volumen II. p. 237.

¹⁴⁷ Peirano Facio, J. *Ob. Cit.* pp. 280-281.

que recoge todas las ventajas de su derecho por el solo hecho de la existencia del mismo, como en el caso del derecho a la vida, o de los elementos constitutivos del ser mismo del sujeto, como su cuerpo o ser moral, su intimidad, su honor, su individualidad.¹⁴⁸

3.5 EFECTOS DEL ACTO ABUSIVO Y FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD

Los efectos más importantes del acto abusivo son: i) despojar de toda virtualidad al acto desviado, destruyendo sus consecuencias; ii) impedir el ejercicio de una acción judicial por parte del autor del acto que se funde en el abuso –improponibilidad objetiva de la acción–; y iii) generar el derecho al resarcimiento de los daños,¹⁴⁹ el cual puede ser satisfecho mediante una reparación en especie, misma que debe prevalecer en razón del principio de la prioridad de la ejecución en especie de las obligaciones, o en su defecto, por vía de una prestación compensatoria, esto es, un cumplimiento por equivalente.¹⁵⁰

El fundamento de la responsabilidad generada por el proceder abusivo es, por lo pronto, ilícito en sentido objetivo, pues si bien el efecto impeditivo de las virtualidades del acto desviado emanado de la teoría del abuso no exige la culpabilidad, en el sentido que si alguien produce ruidos excedentes de la normal tolerancia entre vecinos, aunque sea sin culpa, corresponde suprimirlos, para los efectos de la exigencia de indemnización, ésta sólo procede cuando promedia el factor subjetivo, esto es, la culpabilidad, conforme a los principios generales.¹⁵¹

4. EL EJERCICIO ABUSIVO DE LOS DERECHOS HUMANOS O FUNDAMENTALES EN SU EFICACIA HORIZONTAL

Gomes Canotilho ha mencionado que una de las funciones de los derechos humanos o fundamentales es la función de protección respecto

¹⁴⁸ Fernández Sessarego, C. *Ob. Cit.* p. 170; con fundamento en Dabin, J. *Ob. Cit.* pp. 339 y 78.

¹⁴⁹ Alterini, A. A. y otros *Ob. Cit.* p. 739.

¹⁵⁰ Maduro Luyando, E. *Ob. Cit.* p. 716.

¹⁵¹ Alterini, A. A. y otros *Ob. Cit.* pp. 739-740.

de terceros, en tanto resulta un deber del Estado adoptar medidas positivas reservadas a salvaguardar el ejercicio de los derechos fundamentales respecto de actividades perturbadoras o dañosas de los mismos efectuadas por terceros, esto es, la relación no se instaura entre el titular del derecho fundamental y el Estado, sino entre el individuo y otras personas.¹⁵²

Las posiciones respecto de la eficacia de los derechos humanos o fundamentales pueden dividirse básicamente en dos tendencias: por un lado, los

¹⁵² Gomes Canotilho, J.J. *Ob. Cit.* p. 407.

Menciona Jana Linetzky a título enunciativo cuatro de los variados casos en los que los tribunales se han visto enfrentados a controversias sobre derecho privado en las que una o ambas partes de una *litis* entre privados invocó un derecho constitucional como regla dirimente del conflicto:

i) El primer caso, conocido por la nueva Corte Constitucional Sudafricana, envuelve el derecho a la libertad de expresión. Durante el mes de febrero de 1993 el diario *Pretoria News* publicó una serie de seis artículos en relación con el abastecimiento de armas vía aérea al movimiento rebelde angoleño UNITA, atribuyéndose participación en dichos vuelos, que eran calificados como ilegales y piratas, a un ciudadano sudafricano llamado *Gert De Klerk* y a su compañía aérea. Como corolario, ambos demandaron indemnización por daños, fundados en el delito civil de difamación, en contra del periódico, su editor, el periodista redactor y el distribuidor, mientras los demandados, de su lado, alegaron que la publicación de los artículos estaba justificada en razón de su derecho a la libertad de expresión contenido en la Constitución interina sudafricana del año 1993. La propia Corte Suprema Sudafricana estableció que se “debía determinar si el Capítulo que contiene los derechos fundamentales en la Constitución tiene sólo un efecto vertical o gobierna también las relaciones entre individuos y pueden por lo tanto ser invocados por ellos en sus conflictos regidos por el derecho privado”.

ii) El segundo caso, llevado ante el Tribunal Constitucional Alemán, trató de una mujer que garantizó un crédito otorgado a su esposo ante un banco comercial, en un momento en que se encontraba sin trabajo, no poseía propiedad alguna, se ocupaba de los trabajos de la casa y de criar a los dos hijos de la pareja. Diez años después, habiendo el marido incumplido el crédito, el banco la demandó para hacer efectiva la garantía. La mujer alegó ante el Tribunal Constitucional que su derecho a la igualdad, dignidad humana y a la libertad personal se encontraban comprometidos, por cuanto al momento de otorgar la garantía el banco estaba en conocimiento de que ella no podría pagar el crédito.

iii) El tercer caso se refería a una querrela entre un ciudadano turco quien presentó una demanda contra su arrendador para obtener la instalación de una antena parabólica con el objeto de captar la señal de televisión de su país de origen, invocando el derecho a la libertad de información contenido en el artículo 5 parágrafo 1 de la Constitución de la República Federal Alemana.

iv) El cuarto caso, llevado ante la Corte Suprema Irlandesa, tiene relación con el derecho a ganarse la vida por medios lícitos, pues un sujeto privado, titular bajo la *Road Transport Act* de dicho país de una licencia para operar un servicio de transporte de pasajeros, solicitó una orden judicial para prohibir a otro privado, que no era titular de dicha licencia, el prestar un servicio similar, ya que según sostuvo, esta conducta interfería con su derecho fundamental. *Vid.* Jana Linetzky, A. *La eficacia horizontal de los derechos fundamentales*. 2-4 p. Disponible en: islandia.law.yale.edu/sela/sjana.pdf

“verticalistas”, los que postulan el efecto “vertical” del catálogo de derechos constitucionales, para quienes los derechos fundamentales sólo tienen aplicación en las relaciones entre los individuos y el Estado, en tanto encuentran su justificación en el hecho que garantizan a los particulares un espacio de inmunidad, en el que la esfera privada es protegida frente a la intrusión del poder público; por el otro, los “horizontalistas directos”, quienes proclaman que los derechos humanos deben tener un “efecto horizontal directo”, esto es, deben necesariamente gobernar también las relaciones entre sujetos privados, pues no existe una distinción rígida entre lo público y lo privado, y en consecuencia debe aceptarse que todo tipo de normas jurídicas, y cualquier tipo de relación –pública o privada–, queden sujetas a un examen de consistencia con la norma superior de los derechos humanos, con lo cual, en definitiva, se respeta la unidad del ordenamiento jurídico y la debida protección a la persona.¹⁵³ La primera concepción deviene de la tesis según la cual la Constitución es un “ordenamiento-marco” que tiene por objeto organizar la vida político-estatal y regular la relación Estado-ciudadano y entonces no es el fundamento del ordenamiento jurídico en su conjunto, puesto que ya no contiene el material que conduce a una armonización de las distintas posiciones jurídicas entre sí (Böckenförde). La segunda posición proviene de la concepción conforme a la cual la Constitución es el orden jurídico fundamental de la comunidad en su conjunto, con una “función dirigente universal”, por lo que entonces es preciso que todos los principios del Derecho y todas las posibilidades de compromiso para la conformación del ordenamiento jurídico estén ya *in nuce* contenidos en ella (Hesse).¹⁵⁴

4.1 LA EFICACIA HORIZONTAL DE LOS DERECHOS HUMANOS O FUNDAMENTALES

Debemos proceder a citar el fallo del Tribunal Constitucional peruano del 13 de marzo del 2003, expediente N° 976-2001-AA/TC (Caso “Eusebio Llanos Huasco Huanuco”),¹⁵⁵ el cual, en su parte pertinente, es del tenor siguiente:

¹⁵³ *Ibidem.* pp. 7-8.

¹⁵⁴ Böckenförde, E.W. (1993) *Escritos sobre derechos fundamentales*. pp. 137-138 y Hesse, K. Derecho constitucional. *Apud.* Bilbao Ubillos, J. M. *Ob. Cit.* pp. 261-262.

¹⁵⁵ Disponible en: <http://www.cajpe.org.pe/rij/bases/juris-nac/0976-2001-AA.htm>

5.- Desde una perspectiva histórica, los derechos fundamentales surgieron como derechos de defensa oponibles al Estado. Es decir, como atributos subjetivos que protegían un ámbito de autonomía individual contra acciones u omisiones derivadas de cualquiera de los poderes públicos. De esta forma, los derechos y libertades fundamentales tenían al individuo por sujeto activo, y únicamente al Estado como sujeto pasivo, en la medida en que ellos tenían por objeto reconocer y proteger ámbitos de libertad o exigir prestaciones que los órganos públicos debían otorgar o facilitar.

Por su propia naturaleza de “derechos públicos subjetivos”, tales facultades no se extendían al ámbito de las relaciones privadas, pues se concebía que era inadmisibile que entre privados se presentaran abusos o relaciones asimétricas, en razón a que dichas articulaciones, teóricamente, se realizaban en condiciones plenas de libertad e igualdad, que sólo el Estado podía poner en cuestión.

Tal concepción se tradujo en considerar a la Constitución sólo como un documento normativo a partir del cual se regulaban las relaciones entre los individuos y el Estado, en tanto que las relaciones entre privados –en principio, libres e iguales– debía realizarse a través del Código Civil, que de esta manera era presentado como el estatuto jurídico fundamental de los particulares. Como eufemísticamente lo ha señalado Konrad Hesse [*Derecho Constitucional y Derecho Privado*, Editorial Civitas, Madrid 1995, p. 37], el Código Civil se convertía, así, en el “auténtico baluarte de la libertad”.

Hoy, desde luego, los derechos fundamentales no son sólo derechos públicos subjetivos, esto es, libertades que garantizan sólo un *status negativus*, la preservación de un ámbito de autonomía personal oponible al Estado. A juicio del Tribunal Constitucional, al lado de la idea de los derechos fundamentales como derechos subjetivos, también hay que reconocer en ellos el establecimiento de verdaderos valores supremos, es decir,

el componente estructural básico del orden constitucional, ‘en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores, que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política; (...) el fundamento del orden jurídico y de la paz social’. [STC de España 53/1985, Fund. Jur. N°. 4].

Y es que, como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional Federal de Alemania, la Constitución, que no quiere ser un ordenamiento neutral, ha introducido con los derechos fundamentales un ordenamiento valorativo objetivo, en el cual se encuentra la más importante consolidación de la fuerza de validez de aquéllos. Este sistema de valores, que encuentra su punto central en el libre desarrollo de la personalidad y en la dignidad del ser humano, vale como una decisión constitucional fundamental para todos los ámbitos del derecho: legislación, administración y jurisdicción reciben de ella sus líneas orientativas y su impulso [BverfGE 7, 204 y ss].

Ello significa que los derechos fundamentales no sólo demandan abstenciones o que se respete el ámbito de autonomía individual garantizado en su condición de derechos subjetivos, sino también verdaderos mandatos de actuación y deberes de protección especial de los poderes públicos, al mismo tiempo que informan y se irradian las relaciones entre particulares, actuando como verdaderos límites a la autonomía privada.

Este especial deber de protección que se deriva de esta concepción objetiva de los derechos fundamentales, impone como una tarea especial del Estado su intervención en todos aquellos casos en los que éstos resulten vulnerados, independientemente de dónde o de quiénes pueda proceder la lesión. Con lo cual entre los sujetos pasivos de los derechos ya no sólo se encuentra el Estado, sino también a los propios particulares.

Como se ha dicho, esta eficacia horizontal de los derechos fundamentales en las relaciones entre privados se deriva del concepto de Constitución como *Ley Fundamental de la Sociedad* (...)

De lo anterior se desprende que si bien, en principio, el carácter fundamental de los derechos humanos sólo se tradujo jurídicamente en el concepto de resistencia o de especial fortaleza frente a las decisiones de los órganos políticos,¹⁵⁶ hoy en día también se reconoce que su alegación puede admitirse incluso en relaciones entre personas particulares, pues también el derecho privado conoce el fenómeno de la autoridad como poder de imponer jurídicamente a otros las propias decisiones (grupos de presión, grandes empresas, congregaciones religiosas y otras entidades cuasi-públicas) y el poder ya no está concentrado en el aparato estatal, está disperso, diseminado en la sociedad, fenómeno en el que se habla del poder privado,¹⁵⁷ no obstante que autorizados autores como Ferrajoli explican que los derechos fundamentales son “verticales”, pues, las relaciones jurídicas son de tipo publicista, esto es, del individuo (sólo o también) frente al Estado, y cuando tengan expresión en normas constitucionales, corresponden prohibiciones y obligaciones a cargo del Estado, cuya violación es causa de invalidez de las leyes y de las demás decisiones públicas y cuya observancia es, *a contrario sensu*, condición de legitimidad de los poderes públicos.¹⁵⁸

En consideración a lo anterior, la expresión vigencia *horizontal* se esgrime para graficar que los derechos fundamentales producen efectos entre entes privados, en oposición al efecto *vertical* en que sólo resultan oponibles a las acciones de entes públicos, al contraste entre subordinación y coordinación. En lenguaje jurídico alemán, se utiliza la expresión *Drittwirkung der Grundrechte* para referirse al efecto o eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros en la tesis formulada por H. C. Nipperdey, y en el lenguaje jurídico anglosajón,

¹⁵⁶ Prieto Sanchís, L. *Ob. Cit.* p. 139.

¹⁵⁷ Bilbao Ubbillos, J. M. *Ob. Cit.* p. 242.; con fundamento en Bianca, C.M. (1977) *Le autorità private*. Napoli: Jovene. p. 4

¹⁵⁸ Ferrajoli, L. *Ob. Cit.* pp. 49-50.

además del *horizontal effect*, se ha implantado la expresión *privatization of human rights*. Sin embargo, tal tendencia no se encuentra ajena a objeciones y se le critica que entraña riesgos para la libertad contractual y la seguridad jurídica, esto es, para la lógica de libertad que atraviesa el Derecho civil, pues sus normas se presentan a manera de un modelo de equilibrio en la defensa de las libertades individuales en el que los posibles conflictos deben resolverse dentro de su espíritu propio y no mediante la irrupción de los derechos garantizados directamente por la Constitución en ese marco de paz social y libertad, ya que tal vinculación sería perturbadora, produciría “entrecruzamientos y colisiones”, conduciendo, en última instancia, a una “inflación protectora”.¹⁵⁹ Por otra parte, debe reconocerse, como acota Bilbao Ubillos basándose en Lombardi, que la expresión “eficacia horizontal” no parece exacta del todo pues, en las vinculaciones de Derecho privado, la relación puede plantearse con falta de simetría entre una persona o entidad que ejerce una autoridad privada y quien está sometido a ella, entre una posición dominante que condiciona la decisión de la parte débil, relación en la que existe un poder que es privado en lo que toca a su fuente y a los sujetos implicados, pero cuyo acto de ejercicio se realiza con formas de coacción y autoridad asimilables sustancialmente a las categorías propias de los poderes de Derecho público.¹⁶⁰ Ello es así pues, como asienta Bobbio, “no importa que el individuo sea libre políticamente si después no es libre socialmente. Por debajo de la ‘no-libertad’ como sujeción al poder del príncipe, hay una ‘no-libertad’ más profunda... y más difícilmente extirpable: la ‘no-libertad’ como sumisión al aparato productivo y a las grandes organizaciones del consenso y del disenso que la sociedad de masa inevitablemente genera en su seno”.¹⁶¹

¹⁵⁹ Bilbao Ubillos, J. M. *Ob. Cit.* p. 283, con fundamento en Pabón de Acuña, J.M. *La llamada ‘Drittwirkung’ de los derechos fundamentales*. En: *El poder judicial* (1983) vol. III, I. E.F. p. 2226.

¹⁶⁰ *Ibidem.* p. 245; soportado en Lombardi, G. (1970) *Potere privato e diritti fondamentali*. Torino: Giappichelli. pp. 86-90.

¹⁶¹ Bobbio, N. (1975) *Libertà fondamentali e formazioni sociali. Introduzioni storica*. Pol. Dir. N° 4. p. 453. *Apud.* Bilbao Ubillos, J. M. p. 264.

Los caminos seguidos para llevar a la práctica la vigencia horizontal de los derechos constitucionales han sido esencialmente dos: el de la eficacia horizontal directa o inmediata (*unmittelbare Drittwirkung*) y el de la horizontalidad indirecta o mediata (*mittelbare Drittwirkung*). Conforme a la eficacia directa o inmediata, la regulación de las relaciones privadas está automáticamente sujeta a las disposiciones constitucionales sobre derechos fundamentales, por constituir derechos subjetivos que colocan en el centro de las relaciones sociales el valor supremo de la dignidad del ser humano en torno a la cual ha de girar toda la vida jurídica, y por lo tanto, oponibles tanto a los poderes públicos como a los demás particulares, sin necesidad de un acto del legislador o de otra mediación o cualificación, no admitiendo más limitaciones que las que pudieran seguirse de la protección de un derecho constitucional de la otra parte del conflicto.¹⁶² Vale decir, que, con normativa legal de desarrollo o sin ella, es la norma constitucional la que, no como regla hermenéutica sino como norma de comportamiento apta para incidir también en el contenido de las relaciones entre particulares, se aplica como “razón primaria y justificadora” de una determinada decisión, aunque no necesariamente sea la única.¹⁶³

Se le critica a esta posición que los derechos fundamentales no son oponibles del mismo modo al poder estatal y a los demás ciudadanos; y que se debe respetar la “lógica interna del derecho privado” en cuanto se encuentra en juego la “autonomía negocial sobre la que pivota toda esta área del derecho”. Para solventar el embate se han propuesto criterios sustantivos como, en primer lugar, establecer como límite la dignidad humana (Andrew Clapham), por ejemplo, cuando se vea comprometido un derecho constitucional cuyo propósito sea proteger la dignidad de la víctima –como ocurre con el derecho a no ser discriminado– el derecho deberá tener eficacia contra cualquiera que lo comprometa; si por otra parte, el propósito del derecho es la protección de la democracia, la acción debe referirse al dominio público o la esfera de lo público, pero se le objeta que no prejuzga acerca de cómo establecer esa vigencia, sino que sólo la hace necesaria. Una segunda

¹⁶² Jana Linetzky, A. *Ob. Cit.* pp. 10-11.

¹⁶³ Bilbao Ubillos, J. M. *Ob. Cit.* p. 327.

posición es la que establece una analogía entre el poder privado y público, que trata de limitar el abuso de poder, como en el supuesto de las leyes laborales, las de protección al consumidor y las que prohíben el abuso de posiciones dominantes del mercado, mas el criterio deja fuera los supuestos cuando concurren en la relación dos particulares en relativa igualdad de condiciones.¹⁶⁴

Por su parte, puede hablarse de una teoría de la eficacia indirecta o mediata (*mittelbare Drittwirkung*) si los derechos humanos o fundamentales sólo tienen un rango de principios que se difunden a las relaciones privadas por vía de los valores que subyacen a ellos.¹⁶⁵ Esta tesis tiene por origen la decisión del Tribunal Constitucional alemán en el famoso caso *Lüt*, conforme a la cual, los derechos constitucionales constituirían un “orden objetivo de valores”, que no gobiernan sino que influyen las relaciones entre privados, pues su rango sería el de principios —antes que reglas— que se irradiarían a las relaciones gobernadas por el derecho privado a través de las “cláusulas generales” (buena fe, buenas costumbres, orden público) permitiéndose de ese modo un desarrollo armónico y consistente de éste con dichas ordenaciones sociales, con lo que se reconoce a los derechos fundamentales un valor como principios aplicables en los litigios puramente privados, antes que como derechos subjetivos directamente oponibles, sin que sea posible llegar al extremo de derogar o dejar sin aplicación una regla legal o bien extenderla o modificarla sustancialmente.¹⁶⁶

En otras palabras, el Tribunal constitucional alemán ha admitido que los derechos fundamentales no operan únicamente frente a los poderes públicos, pero descarta la vigencia inmediata e incondicionada de éstos en las relaciones privadas, pues la extensión se efectúa en su dimensión de valores, de simples parámetros interpretativos, que el juez ha de interiorizar, y no en su calidad de derechos subjetivos, pues no reconoce la oponibilidad *erga omnes* del derecho subjetivo constitucional, limitándo-

¹⁶⁴ Jana Linetzky, A. *Ob. Cit.* pp. 11-12.

¹⁶⁵ *Ibidem.* p. 1.

¹⁶⁶ *Ibidem.* pp. 13-14 y 17.

se a ponderar los bienes e intereses en juego, teniendo presente ese efecto de irradiación, mediante una influencia correctora o matizadora en sede interpretativa, particularmente sobre aquellas disposiciones del Derecho privado que contienen reglas imperativas y forman parte del orden público *lato sensu*.¹⁶⁷ Es esta la noción que parece ser aceptada por nuestra Sala Constitucional en sentencia N° 828 dictada el 27 de julio de 2000 (caso: “Segucorp”), en la que ha afirmado “(...) los derechos fundamentales han dejado de ser sólo un límite al ejercicio del poder público, para convertirse en el conjunto de valores o fines de la actividad de los poderes públicos (...)”.¹⁶⁸ No obstante, se le critica a la tesis del efecto horizontal mediato o indirecto que disuelve el concepto normativo del genuino derecho fundamental o distorsiona la misma noción de cláusula general como norma de reenvío a valores sociales, además de que genera incertidumbre al hacer depender la eficacia de una valoración discrecional del juez, lo cual puede degenerar en un decisionismo arbitrario y colocar en nivel mínimo la seguridad jurídica.¹⁶⁹

La sentencia ya citada del Tribunal Constitucional peruano del 13 de marzo del 2003 (caso: “Eusebio Llanos Huasco Huanuco”),¹⁷⁰ también

¹⁶⁷ Bilbao Ubillos, J. M. *Ob. Cit.* pp. 312-313.

¹⁶⁸ Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve>

¹⁶⁹ Bilbao Ubillos, J. M. *Ob. Cit.* p. 315, con sustento en Lombadi, G. (1970) *Potere privato e diritti fondamentali*. Torino: Giappichelli. pp. 65-77.

Dentro de esta problemática se percibe, sin embargo, cierto consenso entre los autores en cuanto a tres cuestiones cardinales: i) Que los derechos fundamentales deben tener algún alcance o grado de aplicación en las relaciones regidas por el Derecho privado; ii) Que ese alcance es necesariamente diferente en intensidad y efectos tratándose de poderes públicos y relaciones entre particulares, pues en las disputas horizontales se enfrentan dos titulares de derechos fundamentales cuyos intereses entran en tensión, como en el caso por antonomasia de la libertad de expresión frente a la privacidad o la igualdad y la autonomía individual; iii) Que, a todo evento, el asunto del efecto horizontal sólo se plantea respecto de algunos de los derechos contenidos en los catálogos constitucionales sobre derechos humanos, por lo que habrá que hacer un examen derecho a derecho para poder determinar si se le reconoce como vinculante entre individuos y en qué grado se le otorga tal reconocimiento, siendo el área de mayor aquiescencia el vinculado a la libertad de expresión, la privacidad, la libertad de conciencia, el honor, la libertad religiosa y, en general, los derechos relacionados con la dignidad humana, así como los deberes que el derecho a la igualdad imponería a los particulares se encuentran entre los casos más confusos que se han presentado. *Vid.* Jana Linetzky, A. *Ob. Cit.* p. 9.

¹⁷⁰ Disponible en: <http://www.cajpe.org.pe/rij/bases/juris-nac/0976-2001-AA.htm>

nos ilustra sobre la eficacia directa o indirecta de los derechos humanos o fundamentales:

6. Los derechos fundamentales tienen eficacia **directa** en las relaciones *inter privatos* cuando esos derechos subjetivos vinculan y, por tanto, deben ser respetados, en cualesquiera de las relaciones que entre dos particulares se pueda presentar, por lo que ante la posibilidad de que éstos resulten vulnerados, el afectado puede promover su reclamación a través de cualquiera de los procesos constitucionales de la libertad.

Como expresó la Corte Suprema de Justicia de Argentina, en 1957, en el *Leanding Case Angel Siri*: Nada hay, ni en la letra ni en el espíritu de la Constitución, que permita afirmar que la protección de los llamados derechos humanos (...) esté circunscrita a los ataques que provengan sólo de la autoridad. Nada hay, tampoco, que autorice la afirmación de que el ataque ilegítimo, grave y manifiesto contra cualquiera de los derechos que integran la libertad, *latu sensu*, carezca de la protección constitucional adecuada (...) por la sola circunstancia de que ese ataque emane de otros particulares o de grupos organizados de individuos (...)

Aun menos admisible es el distingo a que antes se ha hecho referencia, considerando las condiciones en que se desenvuelve la vida social de estos últimos cincuenta años. Además de los individuos humanos y del Estado, hay una tercera categoría de sujetos, con o sin personalidad jurídica, que sólo raramente conocieron los siglos anteriores: los consorcios, los sindicatos, las asociaciones profesionales, las grandes empresas, que acumulan casi siempre un enorme poderío material o económico. (...)

Lo que primordialmente tienen en vista el *hábeas corpus* y el recurso de amparo, no es el origen de la restricción, sino estos derechos en sí mismos, a fin de que sean salvaguardados.

7. En cambio, se dice que los derechos fundamentales sólo tienen eficacia **indirecta** cuando no tienen la capacidad de regular directamente las relaciones *inter privados*, sino que tal eficacia se materializa mediatamente a través de su recepción por la ley y la protección de los jueces de la jurisdicción ordinaria, quienes están llamados a aplicar las leyes y reglamentos de conformidad con la Constitución y, en especial, con el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales. Tal teoría de la eficacia de los derechos fundamentales matiza la incidencia de éstos en el ámbito del derecho privado, filtrándolos a través de las normas propias de cada sector del ordenamiento (civil, laboral, etc.).

Desde esta perspectiva, un problema entre privados en materia de derechos fundamentales no es resoluble, en principio, mediante los procesos de la justicia constitucional de la libertad, sino a través de los que existen en el ámbito de la jurisdicción ordinaria.

Lo anterior no quiere decir que tales problemas no puedan ser resueltos en algún momento a través del amparo, sino que, para que ello suceda, es precisa la mediación del juez ordinario, a quien por ficción, en caso de no dispensar una tutela adecuada, se le termina imputando la lesión de los derechos constitucionales. Como puede observarse, tal construcción en torno a la eficacia indirecta de los derechos se realiza en un marco donde es difícil salirse del esquema de los derechos fundamentales como derechos públicos subjetivos, de modo que mientras no exista acto estatal que se interponga, no es posible que mediante el amparo se pueda resolver este tipo de problemas.

Así sucede en España y en Alemania, países donde sus tribunales constitucionales, por disposición de sus leyes que los regulan, han proclamado que los derechos sólo pueden tener una eficacia indirecta o mediata entre particulares, por lo que a través del recurso de queja constitucional o del amparo no es posible que sean tutelados directamente [Alexei Julio Estrada,

“Los tribunales constitucionales y la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales”, en Miguel Carbonell, Compilador, *Teoría constitucional y derechos fundamentales*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México D.F. 2002, p. 203 y ss.].

También es el caso de los Estados Unidos de Norteamérica, cuya Corte Suprema, pese a los serios reparos que se la ha hecho, se ha negado a efectuar un control de constitucionalidad directo de los actos imputables a los particulares, entre tanto no exista una *state action*. De esa forma, los derechos reconocidos en las sucesivas enmiendas al texto constitucional, se han comprendido como que sólo vinculan al Estado y no pueden invocarse si no es en presencia de una acción estatal presuntamente ilícita. [Juan María Bilbao Ubillos, *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado (La noción de state action en la jurisprudencia norteamericana)*, McGraw-Hill, Madrid 1997].

En nuestra opinión, como principio, debe aplicarse la eficacia horizontal de los derechos humanos o fundamentales de manera mediata o indirecta, ya que el Juez debe respetar la lógica inherente al sistema del Derecho civil, elaborado ponderadamente por la sociedad occidental durante el transcurso de más de 25 siglos. Por excepción, verificada como sea el ejercicio abusivo de un derecho por parte de un “poder privado” en el sentido expresado *ut supra*, debe el órgano jurisdiccional considerar la posibilidad de aplicar la eficacia horizontal, ahora sí, en forma directa o inmediata. Se podrá objetar que nuevamente se le concede al juez un amplio margen de discrecionalidad para tomar su decisión, siendo además perceptible una eventual transgresión al principio de igualdad al otorgarse un tratamiento diverso a relaciones entre particulares en condiciones similares. Sin embargo, el margen discrecional del juez no puede ser obviado en tanto consideramos que los supuestos que analizamos deben ser resueltos caso por caso y no en base a una regla general. En cuanto a la segunda crítica, la alegada infracción al principio de igualdad no es tal en tanto la similitud de circunstancias en que se basa también deviene en falsedad, pues entre una situación y

otra existe la diferencia de la manifestación de un “poder privado” el cual precisamente destruye la eventual igualdad formal que debe existir entre los particulares, y que justifica el tratamiento desigual.

4.2 *PROCEDENCIA DE LA DOCTRINA DEL ABUSO DEL DERECHO EN EL SUPUESTO DE EFICACIA HORIZONTAL DE LOS DERECHOS HUMANOS O FUNDAMENTALES*

Se ha afirmado que, en principio, los derechos constitucionales que pueden generar un problema de efecto horizontal en el ordenamiento constitucional pueden ser los siguientes: i) libertad de tránsito; ii) inviolabilidad de domicilio; iii) libertad de religión; iv) intimidad; iv) honor y buena reputación; v) libertad de expresión; vi) libertad de información; vii) derecho de rectificación; viii) libertad artística; xi) libertad científica; x) igualdad; xi) libertad de educación; xii) libertad de trabajo; xiii) libertad de contratación; xiv) libertad de contratación; xv) asociación; xvi) libertad sindical; xvii) propiedad; xviii) medio ambiente equilibrado y adecuado.¹⁷¹ También se ha aseverado que las controversias sobre efectos horizontales de derechos constitucionales se darán cuando se haya lesionado cualquiera de los derechos mencionados (presupuesto procesal objetivo) y en cualquiera de los supuestos que, según entiende, dan lugar a controversias típicas de efectos horizontales, vale decir, con respecto a: i) actos jurídicos respaldados por la autonomía privada (incluye todo tipo de actos, unilaterales, bilaterales, plurilaterales); ii), sanciones disciplinarias privadas (las aplicadas por los entes corporativos de derecho privado); iii) normas privadas (los estatutos, convenciones colectivas, etc.); y iv) actos antijurídicos (alcanza los actos libres en ejercicio de derechos constitucionales o legales que devienen en antijurídicos por lesionar derechos constitucionales y que pueden adoptar la forma de ilícitos civiles, de responsabilidad extracontractual o de querrela penal, según la vía adoptada por el afectado).¹⁷²

¹⁷¹ Mendoza Escalante, M. *Los efectos horizontales de los derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional peruano*. p. 10. Disponible en: www.us.es/cidc/Ponencias/fundamentales/MijailMendoza.pdf

¹⁷² *Ibidem*. pp. 10-11.

¿Es aplicable, entonces, la teoría del ejercicio abusivo a los derechos humanos o fundamentales en su eficacia horizontal? En ordenamientos europeos como el alemán la posibilidad se encuentra prevista de manera indubitable en la propia Constitución. Así, la Ley fundamental de la República Federal del 8 de mayo de 1949, en su artículo 18 ha establecido que:

pierde los derechos fundamentales de la libertad de opinión, particularmente de la libertad de prensa, la libertad de enseñanza, la de reunión, la de asociación, el secreto de las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas, así como el derecho de propiedad y el de asilo, quien para combatir el régimen fundamental de libertad y de democracia abuse de los mismos. La pérdida y la extensión de la misma será dictada por el Tribunal Constitucional Federal.¹⁷³

Por otra parte, en sistemas jurídicos donde la previsión no es expresa, se ha denunciado que en nuestros días persiste una tesis restrictiva del abuso, la cual es admitida por algunos autores que, preocupados por asegurar el respeto absoluto de los “derechos del hombre”, no consienten sino a duras penas en exigir la responsabilidad de quien usa de las prerrogativas que la ley le confiere, por lo que, en la necesidad de no colocar en conflicto a la regla jurídica con la regla moral, deciden que hay abuso sólo cuando se ejercita un derecho con la finalidad de perjudicar a otro.¹⁷⁴

Nosotros nos inclinamos por una respuesta afirmativa a la interrogante formulada, conforme a las argumentaciones que de seguida exponemos:

i) En primer lugar, porque existe una fuerte tendencia en la doctrina contemporánea de considerar a la teoría del abuso del derecho como uno de los fundamentos de la ciencia jurídica actual, ya que se plantea en forma tal que desborda el campo limitado de la responsabilidad y

¹⁷³ *Apud.* Martín Bernal, J. M. (1982) *El abuso del derecho*. Madrid: Montecorvo. pp. 318-319.

¹⁷⁴ Mazeaud, Henri, Mazeaud, León y Tunc, André. *Ob. Cit.* Tomo I, volumen II. p. 247.

alcanza los conceptos más generales del derecho, en pie de igualdad con la teoría general de la ley.¹⁷⁵ El argumento es válido para extender la aplicación de la teoría de los actos emulativos a los derechos humanos o fundamentales en su eficacia horizontal, pues en tal hipótesis no se estaría buscando como primera opción el resarcimiento por el daño producido, sino más bien una tutela preventiva que impida el inicio o continuación del abuso en el ejercicio de un derecho constitucional esgrimido y aplicado para resolver una controversia planteada entre sujetos de derecho privado.

De hecho, en nuestro país se ha decidido judicialmente casos sobre abuso en el ejercicio de los derechos.¹⁷⁶ Por ejemplo, la Sala Constitucional, en su sentencia N° 2916 del 20 de noviembre del 2002 (caso: “Onésimo Hernández Pacheco”), desarrollo la tesis del abuso del derecho en el ejercicio de la acción procesal.¹⁷⁷ También se ha pronunciado nuestro

¹⁷⁵ Peirano Facio, J. *Ob. Cit.* p. 277; Fernández Sessarego, C. *Ob. Cit.* p. 4.

De hecho, la doctrina del abuso del derecho aplicada en los supuestos de eficacia vertical de los derechos humanos o fundamentales puede sustentarse constitucionalmente en los artículos 137 (“La Constitución y la ley definen las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen”) y 139 (“El ejercicio del Poder Público acarrea responsabilidad individual por abuso o desviación de poder o por violación de esta Constitución o de la ley”).

¹⁷⁶ En Venezuela, también se han sucedido eventos que no han sido objeto de decisión judicial hasta donde disponemos de información, en los que se ha violado o eventualmente pueden violarse los derechos humanos o fundamentales de los ciudadanos en su eficacia horizontal. Por ejemplo, en los acontecimientos acaecidos en Caracas entre el 27 de febrero al 5 de marzo de 2004 se produjo un evidente ejercicio abusivo del derecho de los manifestantes a la libertad de expresión, específicamente política, al impedir el ejercicio de la libertad de circulación de los demás ciudadanos, y secuestrarlos, de hecho, en sus residencias, mediante el cierre de calles y avenidas, lo cual fue en desmedro, no sólo del objetivo principal de este último derecho que asegura la libertad de circulación de los individuos en nombre del respeto de la dignidad de la persona, sino que también impidió la movilidad de los factores de producción, en este caso la mano de obra.

¹⁷⁷ Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve>. La sentencia mencionada también expresó lo siguiente: “El derecho como instrumento de regulación de las relaciones sociales está sujeto a una constante mutabilidad orientada a su adaptación a los valores sociales de cada época. La comprensión de la importancia del papel que juegan estos valores en el proceso de creación del derecho nos permite entender las construcciones realizadas por la doctrina civilista en torno a la figura del abuso del derecho. La sanción del uso abusivo de las facultades subjetivas es expresión de las exigencias axiológicas surgidas como consecuencia de la implantación del Estado Social de Derecho. La superación de la visión absolutista de los derechos subjetivos en una época que demanda la práctica de la solidaridad determinó la configuración de un relativismo de estas facultades en aras del interés social. La aceptación del relativismo de los derechos subjetivos constituye la base sobre la que se han elaborado las fundamentaciones doctrinarias y legales del abuso del derecho...

(...)

Tribunal Supremo de Justicia sobre el abuso de los derechos a la información y de la libertad de prensa por sujetos de derecho privado. La Sala Constitucional en su fallo N° 1942 del 15 de julio del 2003 (caso: “Rafael Chavero”) declaró que “el ejercicio abusivo de la libertad de expresión, conforme al artículo 13.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, genera responsabilidad en quien la ejerce, cuando se afecta el respeto y la reputación de los demás”.¹⁷⁸ Igualmente sobre el ejercicio abusivo de la libertad de prensa por parte de los medios de comunicación privados, la Sala Constitucional en la sentencia N° 1013 del 12 de junio del 2001 (caso: “Elías Santana”), acotó:¹⁷⁹

Resulta un abuso de los medios, que contraría la libertad de información, emitir conceptos negativos o críticos sobre ideas, pensamientos, juicios, sentencias, etc., sin señalar en qué consiste lo criticado, impidiéndole a las personas que tienen el derecho a informarse, enterarse de qué es lo deleznable. De igual entidad abusiva es acuñar frases con lugares comunes, tales como que una actitud es funesta, una idea un exabrupto o una locura, sin exponer cuál es la actitud o la idea criticada, o aislando de un contexto un sector y comentarlo, sin tomar en cuenta el todo donde se insertó lo resaltado, lo que cambia el sentido de lo aislado.

“De tal manera, podemos definir el abuso del derecho como la materialización del uso u omisión de una facultad subjetiva contrario al principio general de la buena fe y el fin que persigue su otorgamiento. Debe tenerse en cuenta que el elemento principal que permite la determinación del abuso del derecho es la realización de la conducta ilegítima dentro de los parámetros objetivos de una facultad. Es precisamente, esta característica la que permite diferenciar el abuso del derecho de las otras modalidades de actos ilícitos. La titularidad de un derecho no es razón suficiente para justificar actuaciones opuestas al bien común y al valor de solidaridad que rige a nuestro ordenamiento jurídico (artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela). En este marco de ideas, la acción como derecho de los particulares de acudir a los órganos de administración de justicia para la resolución de sus controversias no está revestida de un carácter absoluto que justifique su ejercicio en detrimento de los intereses sociales. La sociedad está interesada en el adecuado funcionamiento de los mecanismos de administración de justicia. El ejercicio de una acción impulsado por móviles temerarios es contrario a la finalidad que persigue el otorgamiento de este derecho, y genera retardos en la resolución de las controversias planteadas por otros particulares que actúan motivados por intereses serios (...)”.

¹⁷⁸ Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve>.

¹⁷⁹ Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve>.

Desde otra perspectiva, en lo que toca a los aspectos procesales, según explica Fernández Sessarego,¹⁸⁰ el Art. II del Título Preliminar del Código civil peruano de 1984 recoge una importante hipótesis conforme a la cual, a título preventivo, se faculta a un presunto agraviado a promover una acción inhibitoria dirigida a evitar que se produzca un daño futuro a raíz del ejercicio o de la omisión abusiva de un derecho subjetivo, cuyo texto es el siguiente: “La ley no ampara el abuso del derecho. El interesado puede exigir la adopción de medidas necesarias para evitar o suprimir el abuso y, en su caso, la indemnización que corresponda”.

La posibilidad incluida en el ordenamiento jurídico peruano *prima facie* parece no encontrarse expresamente prevista en el sistema jurídico venezolano. Pero si se analiza más profundamente el asunto y entendemos, por un lado, con Bidart Campos, que la función de los derechos humanos o fundamentales es la de ser la *condictio sine qua non* para que los hombres participen en libertad razonablemente igualitaria de los provechos del bien común público,¹⁸¹ teniendo los derechos humanos como valor jurídico fundamental que los legitima a la “igualdad”, cuya realización social efectiva supone la ausencia de discriminación hacia cualquier sujeto de derecho;¹⁸² y por el otro lado, que “**Todas las personas son iguales ante la ley**; en consecuencia: (...) **La ley** garantizará las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva; **adoptará medidas positivas a favor de personas o grupos que puedan ser discriminados, marginados o vulnerables; protegerá especialmente a aquellas personas que por alguna de las condiciones antes especificadas, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan**” (Art. 21.2 de la Constitución) (resaltado nuestro), podemos llegar a la conclusión de que constitucionalmente en nuestro país existe también la posibilidad de incoar una acción inhibitoria cuya pretensión sea la de evitar la produc-

¹⁸⁰ Fernández Sessarego, C. *Ob. Cit.* pp. 187 y 300.

¹⁸¹ Bidart Campos, G. J. *Ob. Cit.* p. 61.

¹⁸² *Vid.* Instituto de Estudios Políticos para América Latina y África. *Ob. Cit.*

ción de un daño futuro mediante el ejercicio o la omisión abusiva de un derecho subjetivo.

A todo evento, al tratarse de derechos humanos o fundamentales, y por ende, al estar consagradas tales prerrogativas en la Constitución o en los tratados internacionales sobre derechos humanos, bien de manera expresa o tácita, es inherente a ellos la tutela constitucional representada por la acción de amparo constitucional. Sobre la procedencia del amparo constitucional en estos supuestos sí ha habido pronunciamiento de nuestra Sala Constitucional, en sentencia N° 828 dictada el 27 de julio de 2000 (caso: “Segucorp”),¹⁸³ por vía de la cual realizó las siguientes precisiones respecto de los derechos fundamentales en su eficacia vertical y en su eficacia horizontal:

... Los derechos fundamentales representan el resultado del acuerdo básico de las diferentes fuerzas sociales, logrados a partir de los esfuerzos de cooperación para el logro de objetivos comunes. Vale decir, constituyen los presupuestos de consenso sobre los cuales se debe edificar cualquier sociedad democrática, pues comportan la garantía esencial de un proceso político libre y abierto, como elemento informador de cualquier sociedad pluralista.

Ahora bien, los derechos fundamentales han dejado de ser sólo un límite al ejercicio del poder público, para convertirse en el conjunto de valores o fines de la actividad de los poderes públicos. Es decir, como fue expresado por el Tribunal Constitucional de España en una sentencia dictada el 15 de junio de 1981 “...Los derechos fundamentales responden a un sistema de valores y principios de alcance universal que han de informar todo nuestro ordenamiento jurídico...”.

En consecuencia, **los derechos fundamentales determinan el estatuto jurídico de los ciudadanos, en sus relaciones**

¹⁸³ Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve>

con el Estado y en las que puedan tener entre ellos, pues regulan la libertad, autonomía y seguridad de la persona no sólo frente al poder, sino frente a los otros miembros de la comunidad social.

Del acuerdo social, surge el reconocimiento constitucional del régimen de derechos y libertades y, por supuesto, la sujeción del Poder Público y los ciudadanos, a las disposiciones de la Carta Fundamental (en el artículo 7 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se expresa que “...La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público, están sujetos a esta constitución...”).

(...)

Ahora bien, cuando el tema de los derechos subjetivos se relaciona con los derechos fundamentales y libertades públicas, se habla entonces del orden político, de la paz social y de la protección constitucional del ejercicio de esos derechos (en el artículo 3º se declara que “...El Estado tiene como fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad...” y en el artículo 19º se reafirma el principio indicando que el respeto y garantía de los derechos humanos son obligatorios para el Poder Público).

Son derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución, entre otros, el derecho a la vida y a la integridad física y moral, el derecho a la igualdad, la libertad ideológica y religiosa, la libertad y seguridad, la inviolabilidad del domicilio, el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen, a la libertad de expresión, de cátedra, el derecho de reunión, de asociación, de sufragio, de tutela judicial efectiva, de huelga, de educación, etcétera.

Entre los mecanismos de defensa de los derechos fundamentales, se encuentra la acción procesal de amparo, prevista en el artículo 27 de la Constitución (...).

En este mismo sentido se expresa el artículo 1° de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (...).

Entonces, el amparo constituye un mecanismo para proteger la situación jurídica de un ciudadano, desde la perspectiva del goce y ejercicio de los derechos fundamentales, que el acuerdo social ha incorporado a la Constitución para garantizar el orden político y la paz ciudadana. Luego, esta protección, que se extiende a los intereses difusos o colectivos (...) en la medida que sean expresión de derechos fundamentales, no tiene por objeto el reconocimiento de la existencia de los valores constitucionales, sino la restitución a la persona afectada en el goce y ejercicio de sus derechos fundamentales.

En otras palabras, la situación jurídica del ciudadano es un concepto complejo, en el que destacan derechos y deberes, pero la acción de amparo tutela un aspecto de la situación jurídica del ciudadano que son sus derechos fundamentales, pues la defensa de los derechos subjetivos –diferentes a los derechos fundamentales y las libertades públicas– y los intereses legítimos, se realiza mediante recursos administrativos y acciones judiciales (...).

Esto trae como consecuencia, que **en el procedimiento de amparo el juez enjuicia las actuaciones** de los órganos del poder público o **de los particulares, que hayan podido lesionar los derechos fundamentales**. Pero, en ningún caso, puede revisar, por ejemplo, la aplicación o interpretación del derecho ordinario, por parte de la administración o los órganos judiciales, a menos que de ella se derive una infracción directa de la Constitución (...) (resaltado nuestro).

Nuevamente, el fallo del 13 de marzo del 2003 proferido por el Tribunal Constitucional peruano (caso: “Eusebio Llanos Huasco Huanuco”),¹⁸⁴

¹⁸⁴ Disponible en: <http://www.cajpe.org.pe/rij/bases/juris-nac/0976-2001-AA.htm>

nos alecciona, esta vez, sobre el amparo contra particulares y la eficacia directa (e indirecta) de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares en nuestro ordenamiento:

Que cualquiera pueda interponer un amparo contra acciones u omisiones provenientes de una persona (natural o jurídica de derecho privado), quiere decir que los derechos constitucionales vinculan directamente esas relaciones *inter privados* y, precisamente porque vinculan, su lesión es susceptible de repararse mediante esta clase de procesos.

Evidentemente, tal cosa no quiere decir que el juez constitucional pueda realizar un control de la misma intensidad como la que normalmente se realiza en los actos que emanan de los poderes públicos. Con frecuencia existen justificaciones para la realización de conductas o acto de los privados que no podrían aducirse nunca respecto de los actos emanados de órganos estatales. Ello es consecuencia, naturalmente, de que en la figura del amparo contra particulares, las partes que en ella participan son titulares de derechos constitucionales.

De ahí que, a juicio del Tribunal Constitucional, el control constitucional de los actos de particulares debe realizarse caso por caso y a través de un delicado juicio de proporcionalidad y razonabilidad.

9. Sin embargo, que problemas constitucionales de esta naturaleza puedan resolverse en el ámbito de la justicia constitucional de la libertad, no excluye que también puedan plantearse y resolverse en el ámbito de la justicia ordinaria. Es decir, que los derechos fundamentales también puedan tener una eficacia indirecta.

Si, como antes se ha indicado, los derechos fundamentales no sólo constituyen derechos subjetivos, sino también el componente estructural básico del orden constitucional, quiere ello decir que éstos tienen la capacidad de irradiarse por todo el

ordenamiento jurídico, empezando, desde luego, por la ley y las normas con rango de ley. Lo que significa que las leyes deben de interpretarse y aplicarse de conformidad con los derechos fundamentales y que, en caso de que así no suceda, los jueces ordinarios se encuentran especialmente comprometidos en resolver las controversias para los cuales son competentes, de conformidad con esos derechos. Como también antes se ha expresado, ello se deriva del especial deber de protección que todos los poderes públicos están llamados a desarrollar a partir del carácter objetivo de los derechos fundamentales.

(...)

En definitiva, ello significa que en nuestro país los derechos fundamentales tienen eficacia en las relaciones entre particulares, ya sea de manera directa o indirecta. Lo que vale tanto como afirmar que dichas controversias pueden resolverse bien en sede constitucional o bien en la justicia ordinaria.

(...) para que eventuales abusos en las relaciones entre privados sean susceptibles de ser dilucidados en el ámbito de los procesos constitucionales, no basta que se produzca un acto arbitrario o que se haya vulnerado un interés o derecho subjetivo de orden estrictamente legal, sino que es preciso que éste repercuta directamente sobre un derecho constitucional.

ii) En segundo lugar, porque al considerar inserta la doctrina del abuso del derecho dentro de la teoría general del Derecho, ella es parte de los denominados límites internos de los derechos humanos o fundamentales. Recordemos que cuando hablamos de los límites internos de tales derechos, se explicó que son utilizados para precisar el propio contenido del derecho, al ser intrínsecos a su propia definición y porque allende de sus confines no se considera estar ante el ejercicio del derecho en concreto sino ante otra situación, no estamos más que argumentando a favor de la tesis funcional o finalista estructurada por Josserand para determinar cuando existe ejercicio abusivo de los derechos, aplicada ya dentro de la estructura de los derechos humanos. Como corolario, para-

fraseando a Valencia Zea¹⁸⁵ debemos afirmar que los derechos humanos o fundamentales, en tanto derechos subjetivos de los particulares, obedecen tanto en su existencia como en su ejercicio a una orientación determinada, y de esos derechos se abusa cuando existiendo el deber de ejercerlos no se ejercen, o cuando se ejercen en sentido opuesto a su propio destino o contenido.

La determinación de la orientación a la que responden tales prerrogativas está estrechamente vinculada con la problemática que en el Derecho público se ha planteado como del contenido esencial de los derechos humanos o fundamentales, la cual comprende, según expresa Prieto Sanchís, en primer lugar, aquellos elementos mínimos que lo hacen reconocible, que impiden su desaparición o su transformación en otra cosa; en segundo lugar, que para la determinación del contenido esencial no basta acudir a la Constitución, sino que ha de indagarse en la esfera de los conceptos jurídicos tradicionales, atender a las ideas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, pues el contenido esencial no coincide con el contenido constitucionalmente declarado; en tercer lugar, se trata de un concepto de valor absoluto y no relativo, ya que cualesquiera que fueren las circunstancias invocadas para la limitación del derecho, éste ha de conservar siempre sus rasgos esenciales, en tanto, es un parámetro independiente y distinto al de proporcionalidad, al no configurarse como una exigencia de proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y las circunstancias o finalidades que justifican dicho sacrificio, sino como una esfera de intangibilidad que nunca puede sobrepasarse; en cuarto lugar, al existir un contenido esencial propio y diferenciado de cada uno de los derechos fundamentales, particularmente en cuanto a su naturaleza jurídica y en lo tocante a los intereses protegidos, no puede existir un contenido esencial de la categoría “derechos fundamentales”, pues carece de operatividad como límite a la actuación del legislativo.¹⁸⁶

¹⁸⁵ Valencia Zea, A. y Ortiz Monsalve, A. *Ob. Cit.* Tomo III. *De las obligaciones*. p. 304.

¹⁸⁶ Prieto Sanchís, L. *Ob. Cit.* pp. 143-144.

Respecto de la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales, el *status quaestionis* permite afirmar que se han construido básicamente dos teorías: una relativa y otra absoluta. Las teorías relativas acogen una interpretación puramente formal de la noción de contenido esencial y parten de la constatación de que el contenido esencial no es una medida preestablecida y fija, en tanto no es una parte estable ni autónoma del derecho fundamental y, a la hora de evaluar la constitucionalidad de un límite legislativo a los derechos fundamentales, dicha restricción exige del intérprete un juicio acerca de su justificación constitucional explícita o implícita en la que, en última instancia, deben preservarse otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos. Tal juicio se sustenta en el *test* de razonabilidad o “principio de proporcionalidad en sentido amplio”, que tiene tres elementos: i) examen de la adecuación de la medida limitadora al bien que mediante ella se pretende proteger; ii) examen de la necesidad de la lesión del derecho para el fin pretendido, por no existir una alternativa menos gravosa; iii) el “principio de proporcionalidad en sentido estricto”, el cual trata de valorar si la lesión es proporcionada al fin que con ella se pretende, por lo que el contenido esencial es respetado o el límite es constitucionalmente correcto cuando se encuentra justificado razonablemente en la necesidad de preservar otros bienes constitucionalmente protegidos, y no lo es cuando esa justificación no se da.

Las teorías absolutas, *a contrario sensu*, acogen una interpretación material de la noción de contenido esencial y sostienen que existe una determinada esfera permanente del derecho fundamental que constituye el “límite de los límites”, por lo que se distinguen en cada derecho dos partes: i) un núcleo o contenido esencial, ámbito mínimo de libre autodeterminación del sujeto, garantizado por cada derecho fundamental y el cual es absolutamente indispensable para la reconocibilidad jurídica del derecho en cuanto tal, en el que la injerencia estatal se encuentra vedada; y ii) una parte accesorio o no esencial, en el que tal intervención es posible, pero siempre que no sea arbitraria o desproporcionada, esto es, debe dictarse conforme a una causa justificada, y que se respete el contenido esencial del derecho fundamental.

Una tercera propuesta, más reciente, estima que:

(...) el legislador no está autorizado a limitar o restringir los derechos fundamentales; pero está obligado, en cambio, a desarrollar los derechos constitucionalmente reconocidos, a interpretar y concretar su contenido, y a establecer las condiciones que hagan posible su más pleno ejercicio efectivo por los ciudadanos. La actuación del legislador se convierte, pues, en una pieza decisiva para la adecuada protección de los derechos fundamentales. Pero esa actuación debe desenvolverse en el marco del más exquisito respeto al contenido de los derechos fundamentales constitucionalmente declarado.¹⁸⁷

Claro está, en la aplicación de la doctrina del abuso del derecho respecto de los derechos humanos o fundamentales, se deben mantener ciertas exclusiones ya comentadas, que tocan precisamente el propio contenido esencial del derecho, como es el caso de los derechos que escapan de la posibilidad de abuso, *verbigratia*, los derechos “egoístas”, en los cuales, por su objeto, no postulan ningún uso u obrar, ninguna toma de posición activa o pasiva, por parte del titular, como en los supuestos del derecho a la vida, y del derecho al cuerpo o ser moral, a su intimidad, a su honor, a su individualidad.¹⁸⁸

iii) En tercer lugar, porque respecto de los límites externos de los derechos humanos o fundamentales, debemos ratificar que al ser los derechos humanos o fundamentales derechos subjetivos, por regla general, éstos son relativos y no absolutos. En tal sentido, se argumenta desde la doctrina de Derecho civil que a los derechos absolutos, discrecionales, exentos de causa, en los cuales el acto lleva en sí mismo su causa, que son concedidos sin restricción alguna, pues su ejercicio no puede comprometer nunca la responsabilidad de su titular, no es aplicable la teoría del abuso del derecho. En verdad, los derechos humanos o fundamenta-

¹⁸⁷ Martínez-Pujalte, A. L. (1997) *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. pp. 20-22 y 140-141.

¹⁸⁸ Fernández Sessarego, C. *Ob. Cit.* p. 170; con fundamento en Dabin, J. *Ob. Cit.* pp. 339 y 78.

les, a semejanza de los derechos reales, son de carácter absoluto respecto a todos los terceros, porque imponen un deber general de abstención (no penetrar en su esfera jurídica) y porque destaca su oponibilidad frente a todos. Mas ello no significa que sean derechos absolutos, discrecionales o exentos de causa, pues los derechos subjetivos, naturaleza que comparten los derechos humanos como vimos *supra*, son en general relativos en el desenvolvimiento de su eficacia, vale decir, como enseña Castán, “son derechos absolutos o de exclusión, en el sentido de su oponibilidad *erga omnes*. No son, en cambio, absolutos en cuanto a su contenido, pues están condicionados por las exigencias del orden moral y las del orden jurídico que obligan a ponerlos en relación con los derechos de los demás hombres y los imperativos del bien común”.¹⁸⁹

En consecuencia, no pueden los derechos humanos o fundamentales ser objeto de un uso u omisión abusiva en su ejercicio concreto, debiendo respetar el límite genérico del respeto al ejercicio del derecho de los demás, así como, en lo específico, la existencia de otro bien constitucionalmente protegido, debiendo resultar proporcionales de cara a alcanzar el fin que persiguen,¹⁹⁰ pues como expresa el artículo 20 de nuestra Constitución “Toda persona tiene derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, sin más limitaciones que las que derivan del derecho de las demás y del orden público y social”.

En esta línea, por ejemplo, la Sala Constitucional en la sentencia N° 1013 del 12 de junio del 2001 (caso: “Elías Santana”) acotó que “El derecho a la información, de esencia constitucional, debe ponderarse cuando debe prevalecer sobre otros derechos constitucionales de las personas, pero éstos tendrán primacía, cuando la información no es veraz, por falsa, o por falta de investigación básica del medio que la publica o la utiliza”.¹⁹¹

iv) En cuarto lugar, porque los derechos humanos o fundamentales no requieren estar definidos o delimitados por la Ley. Así, se argumenta

¹⁸⁹ Castán Tobeñas, J. *Ob. Cit.* Tomo 1º, volumen II. p. 368.

¹⁹⁰ Pérez Tremps, P. *Ob. Cit.* Volumen I. p. 148-151.

¹⁹¹ Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve>

desde el Derecho civil, en concordancia con la asunción de un Estado liberal, que solamente se puede abusar de un derecho definido y delimitado por la ley y que el concepto de ejercicio abusivo de los derechos no aplica a un derecho vago inconcreto, como lo sería el derecho a la libertad, el derecho a ejercer la propia actividad, la libertad de expresión o la de circulación, etc., porque es preciso que el derecho pueda ser esgrimido como causa de exoneración de responsabilidad civil, y resulta obvio que nadie puede pretender que un derecho vago tenga ese carácter.¹⁹² Tal afirmación consideramos no tiene sustento, pues analizamos a la doctrina del abuso del derecho aplicada al ejercicio de los derechos humanos o fundamentales, no como una mera fuente de resarcimiento patrimonial por efecto de un daño, sino como uno de los cimientos de la ciencia jurídica actual; además, los derechos humanos y fundamentales tienen por característica su indeterminabilidad en el sentido expresado *supra*, siendo que adicionalmente nos insertamos dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho y de Justicia en el que se ha previsto el texto de un artículo 22 de la Constitución, de acuerdo al cual la falta de ley reglamentaria de los derechos humanos no menoscaba el ejercicio de los mismos, y por ende, a todo evento tales derechos deben hacerse eficaces a pesar de no nacer el derecho humano o fundamental como “definido o determinado”, lo cual da pie para que el operador jurídico pueda determinar el contenido esencial del derecho fundamental de que se trate y compararlo con su manifestación concreta a fin de establecer, como expone Peirano,¹⁹³ que el titular del derecho, aún actuando de modo formalmente lícito, desarrolla su conducta de una manera substancialmente ilícita, en el sentido no sólo de contradicción con una norma jurídica determinada, sino de violación de alguna de las disposiciones de carácter superior y difuso que están en la base del ordenamiento social, y, además, que ha actuado con dolo, culpa o negligencia, por lo que dicha actuación es subjetivamente imputable. Fernández Sessarego,¹⁹⁴ en similar sentido, considera que la teoría del abuso del dere-

¹⁹² Peirano Facio, J. *Ob. Cit.* p. 279.

¹⁹³ *Ibidem.* pp. 297 y 293.

¹⁹⁴ Fernández Sessarego, C. *Ob. Cit.* p. 176.

cho opera tanto en el caso de la libertad, en tanto virtualidad, pues existe el deber genérico de no lesionar un interés ajeno, como en el supuesto de las diversas manifestaciones en que ella se actualiza de conformidad con lo dispuesto por el ordenamiento jurídico, pues se aplica el principio general que prohíbe el ejercicio abusivo o una regla especial acogida por el ordenamiento.

v) En quinto lugar, porque Venezuela se ha constituido en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como uno de los valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, en general, la preeminencia del goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos, así como la obligación de su respeto y garantía (artículos 2 y 19), teniendo entre sus fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, así como la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes reconocidos y consagrados en esta Constitución (artículo 3), encontrándose todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público sujetos a esta Constitución (Art. 7).

No debemos olvidar en este punto que, como ha expresado Irti, el Código Civil ha perdido todo valor “constitucional”, en tanto las libertades políticas y civiles, el derecho de propiedad, la iniciativa privada económica reciben hoy tutela de la Constitución, a la cual nada puede añadir el Código Civil, despojado de la función de garantía que había cumplido en el siglo XIX, y expropiado día a día por leyes especiales, por lo que ha cedido el carácter de centro del sistema de fuentes: ya no es más sede de las garantías de los individuos, ahora asumidas y desarrolladas por la Constitución,¹⁹⁵ mediante un procedimiento denominado de “constitucionalización”, esto es, la incorporación de derechos subjetivos del hombre en normas formalmente básicas, substrayéndose su reconocimiento y garantía a la disponibilidad del legislador ordinario, lo que trae como consecuencia la protección de los derechos fundamentales mediante el control jurisdiccional de constitucionalidad de los actos norma-

¹⁹⁵ Irti, N. (1992) *La edad de la descodificación*. Barcelona: Bosch. pp. 35 y 37. *Apud*. Bilbao Ubillos, J. M. *Ob. Cit.* p. 259.

tivos reguladores de estos derechos.¹⁹⁶ Pero hay acuerdo en que no es una influencia unidireccional, es un proceso de interpenetración y enriquecimiento recíproco, una “cohabitación” con algunos puntos de contacto, porque la realización de la Constitución pasa esencialmente por la vía política, parlamentaria, y la efectividad de la constitucionalización del Derecho privado pasa por la vía del control constitucional de las leyes, siendo que, desde otro ángulo, el Derecho constitucional no tiene vocación imperialista y no está destinado a sustituir al Código Civil y a las leyes de Derecho privado, que existían ya antes de la Constitución.¹⁹⁷

Conforme a las consideraciones anteriores, se concluye que en el Derecho venezolano, específicamente en sede de la aplicación de los derechos humanos o fundamentales en su eficacia horizontal, es procedente aplicar la doctrina general del Derecho comúnmente denominada “abuso del derecho” por ser un “Principio jurídico que constituye un tipo de limitación del ejercicio de los derechos humanos, consistente en la prohibición de realizar aquellos actos que resultan antisociales por causar un daño a un interés no especialmente protegido, aunque sea realizado en el ejercicio de un derecho objetivamente legal”.¹⁹⁸ El abuso de derecho significa, desde esta perspectiva, que ni los poderes del Estado ni los particulares pueden, al amparo del ejercicio de un derecho humano, limitar o atacar a otro derecho fundamental o bien desviarse de los límites intrínsecos en el ejercicio del derecho de que se trate,¹⁹⁹ pues tal conducta será considerada como antisocial, por “irregular” o “anormal”, al transgredir en su ejercicio, o a través de su omisión, un genérico deber jurídico que cristaliza el valor solidaridad y, por ende, la moral social.²⁰⁰

¹⁹⁶ Gomes Canotilho, J.J. *Ob. Cit.* p. 376.

¹⁹⁷ Bilbao Ubillos, J. M. *Ob. Cit.* p. 259.

¹⁹⁸ *Vid.* Instituto de Estudios Políticos para América Latina y África. *Ob. Cit.*

¹⁹⁹ *Vid.* Instituto de Estudios Políticos para América Latina y África. *El abuso de derecho como limitación en el ejercicio de los derechos humanos*. Disponible en: <http://www.iepala.es/DDHH/ddhh83.htm>

²⁰⁰ Fernández Sessarego, C. *Ob. Cit.* p. 179.

Los contratos electrónicos: El futuro ha llegado

Rómulo VELANDIA PONCE*

SUMARIO:

Introducción

- 1. De la periferia al contrato electrónico:** **1.1** *La cultura informática.* **1.2** *Los cambios en el mundo del derecho.* **1.3** *El contrato electrónico y la libertad de contratación:* **1.3.1** Vigencia de la libertad contractual a través de un cambio en su enfoque. **1.3.2** Los límites a la libertad de contratación. **1.3.3** Efectos de la limitación a los contratos electrónicos. **1.4** *Los contratos atípicos y la naturaleza del contrato electrónico.* **1.5** *Los contratos electrónicos como contratos de adhesión.* **1.6** *La Ley de Protección al Consumidor en los contratos electrónicos. Efecto de las cláusulas abusivas.* **1.7** *Las responsabilidades especiales en la contratación electrónica.*

* **Universidad Central de Venezuela**, Abogado en ejercicio profesional. Profesor de Derecho Procesal Civil.

- 2. Los contratos electrónicos en particular:** **2.1** *Nomenclatura específica en la contratación electrónica. Legalización de una nueva terminología consensual.* **2.2** *Formación de los contratos electrónicos y requisitos inherentes a su existencia y validez:* **2.2.1** El consentimiento. **2.2.2** El objeto. **2.2.3** La causa. **2.3** *Tipología de la contratación electrónica.* **2.4** *La prueba documental en el contrato electrónico:* **2.4.1** La fidelidad de la prueba instrumental a través de la firma electrónica. **2.4.2** La contratación electrónica y los medios probatorios. **2.4.3** Valoración probatoria. **2.5** *Solución alternativa de controversias en la contratación electrónica: La mediación y el arbitraje en la contratación electrónica.*

Conclusiones

INTRODUCCIÓN

Una sencilla vivencia familiar, me transportó a una realidad que nos está cambiando la vida a todos. Fue un día, cuando observé a mi padre, en la lucidez de sus 80 años, “luchando” contra Internet porque no le respondía en su deseo de enviar un mensaje electrónico. Descalificaba a su “computadora” cuando la llamó “la máquina infernal”. Ante el comentario de su abuelo, mi hijo, en la espontaneidad de sus 19, me decía que él no podría vivir sin una computadora a su lado.

En esa onda generacional, me preguntaba si habría alguna desventaja posible sobre el desarrollo de la era de las computadoras, desde algún punto de vista. La única duda se me presentó en un aspecto elementalmente humano. Recordé que el descubrimiento —entonces asombroso— de la televisión llegó a Venezuela hacia la década cuando nací. Para esa época, la infancia se distaría lúdicamente entre trompos y perinolas, volando papagayos, o haciendo cabañas en los árboles. Las fantasías se liberaban en representaciones de soldados y vaqueros. Los niños de hoy, frecuentan poco los campos de esparcimiento al aire libre, atrapados en su adicción por las computadoras, que les regalan otro tipo de fantasías, a través de juegos virtuales en los que participan como capitanes de naves espaciales, pilotos de automóviles Fórmula 1 o astrona-

tas que llegan a las mismas estrellas. ¿Afectará de alguna forma esa diferencia infantil u otras parecidas al ser humano?

Claro que ninguna persona puede dudar de los beneficios del progreso tecnológico, que ha potenciado los avances científicos, aeroespaciales y cualquier otro desarrollo que pueda pensarse. Pero no está de más recordar la contrapartida humana: ¿Será posible que nos “maquinicemos” o seamos de alguna forma reemplazados un día de nuestro trabajo debido a los infinitos avances tecnológicos? ¿Hasta dónde llega la verdad y dónde comienza lo irreal? ¿Podemos creer en lo que ahora se llama “realidad virtual”?

Esta comparación, solamente tendría sentido en la medida en que ese pasado nos sirva para conocer y evaluar mejor el presente y visualizar el futuro, tan impredecible como es, pero que ahora parece cada vez más cierto y cercano a la luz de las computadoras. Antes, la imaginación y la fantasía eran materiales para libros y películas, que a veces parecían tratar sobre una ciencia-ficción. Ahora, los equipos de computación han desplazado las comunicaciones telefónicas, las fotografías tradicionales, los videos comunes, los mismos faxes y el correo tradicional. A través de una computadora, se puede conversar y ver al interlocutor, en un segundo se recibe un correo desde cualquier parte del mundo, incluyendo videos y fotografías. Otro efecto importante, es que las personas se han acercado en tiempo y espacio, los países y sus gobiernos también; y, por supuesto los negociantes o meros contratantes, quienes en muy poco tiempo, a muy bajo costo, pueden formalizar sus transacciones, sin siquiera llegar a verse. De ahí que, para mí, el futuro ya ha llegado.

He concebido este trabajo en dos grandes áreas. La primera, se refiere al sustrato y entorno de la contratación electrónica, en su ubicación y comparación con el derecho contractual tradicional; mientras que la segunda, presenta los aspectos propios de la contratación electrónica. Recoge algunas posiciones doctrinarias y un planteamiento propio, además de presentar una revisión sobre la libertad de contratación, que se traduce en el principio de la autonomía de la voluntad, tan ligado al principio de libertad, el cual aparentemente estaría sufriendo una crisis debido a ciertos controles legales. También, se hace referencia a la tipología

de la contratación electrónica, haciéndose un análisis comparativo entre los contratos típicos de siempre y las modalidades que están presentándose a través de los contratos electrónicos, directamente relacionados con el progreso de la tecnología.

1. DE LA PERIFERIA AL CONTRATO ELECTRÓNICO

1.1 *LA CULTURA INFORMÁTICA*

El desarrollo tecnológico ha cambiado al mundo entero en muy corto tiempo. Ha sido tan rápido el avance de la informática que todavía un denso sector de la población mundial no ha logrado entrar directamente en esa transformación. No hay duda acerca del cambio social que conlleva esta novedosa revolución de la tecnología, que ha sido llamada la “Sociedad de la Información”. Esta realidad replantea aquella discusión en torno a la evolución social y la transformación o creación de las normas jurídicas, cuando se discutía si la sociedad cambiaba la normativa legal, o si, por el contrario, era la norma de derecho la que modificaba la conducta social. En este caso, no parece haber duda acerca de la influencia social, a través de los avances tecnológicos, en el campo del Derecho; por manera que éste ha de atender los nuevos fenómenos planteados por la electrónica, para ordenarlos desde su perspectiva jurídica.

En efecto, desde hace algún tiempo se viene consolidando esta evolución, caracterizada por descubrimientos y avances que han sorprendido a los más escépticos, tanto como la llegada del hombre a la luna, y como ha sido el caso de los trasplantes de órganos humanos, la fertilización artificial de seres humanos, la clonación y la posibilidad de realizarse con éxito cambios de sexo. Ese progreso llevó inevitablemente a la necesidad de crear normas para regularlo, que en algunos casos todavía lucen incipientes. A su lado, el despegue tecnológico de los medios electrónicos ha sido exponencial, en particular en el campo de la informática o de las computadoras.

El crecimiento del mercado electrónico ha sido violento y cada día se hace más necesario que así continúe. La tecnología se supera a sí misma constantemente. Las redes de comunicación electrónica se han con-

vertido en el medio más utilizado para el intercambio de mensajes y de información con cualquier variedad de opciones. En los Estados Unidos de Norteamérica se preveían para el 2003 inversiones de alrededor de 1,6 billones de dólares en redes de comercio electrónico; mientras que en Europa se calculó que el comercio electrónico a través de Internet llegaba para esa época a una cifra aproximada de 5.000 millones de euros. Se ha cifrado, además que cada día se produce un intercambio de 1.400 millones de correos electrónicos en el mundo. Se estima que la transformación de la economía norteamericana ha sido tal, que solamente durante 1999, se produjo medio billón de dólares proveniente de negocios realizados a través de Internet, según fuentes originadas de la Universidad de Texas (Austin).¹

Sin embargo, en Venezuela parece estar ocurriendo un comportamiento completamente inverso al del resto del mundo, probablemente explicable a través de la crisis política y económica que está afrontando su población. Según una información aparecida en el diario *El Universal*, la penetración de Internet ha decrecido durante 2003 en unos 220.000 *internautas*, quienes dejaron de transitar por lo que se ha dado en llamar la “super autopista de la información”, con equivalencia a un descenso cifrado en un 14% negativo; descenso que ya se había experimentado en un 6,31% para el cierre de 2002, de modo que la curva ha persistido en esa tendencia a la baja.² El contraste se plantea entre un 16% que dijo no estar utilizando el servicio, contra un 12% que manifestó lo contrario. Los mayores usuarios del servicio son menores de 49 años, pertenecientes a los estratos sociales identificados como D y E y lo hacen en establecimientos conocidos como “*cibercafé*” (56,6%), lo cual revela el interés de las clases menos pudientes económicamente, seguidos por personas mayores de 50 años de los estratos AB, conectados a través de sus casas por suscripción (19,35%); y luego, por quienes se conectan en sus trabajos, con más

¹ Álvarez-Cienfuegos Suárez, José María. *La Firma y el Comercio Electrónico en España*; Aranzadio Editorial, Navarra, 2000; p. 15.

² La fuente es una encuesta realizada por una filial de “Datanálisis” para la “Cámara Venezolana de Comercio Electrónico”.

de 25 años y pertenecientes a las clases ABC. El resto lo hace en los “*infocentros*”, son menores de 34 años, ubicados en los estratos D y E (9,55%); y los demás, en sus centros de estudios o en las casas de amigos y familiares, menores de 24 años.³

Esa “sociedad de la información” se arraiga cada vez más en las relaciones humanas, específicamente a través del sistema de “Internet”, que además de un nuevo lenguaje universal, ha creado canales ideales de acercamiento que tienden a su masificación internacional, convirtiéndose en un indispensable sistema de comunicación, caracterizado por su bajo costo, por su rapidez y su eficiencia. Se trata de una realidad que está produciendo un cambio de conciencia colectiva a la cual el mundo del Derecho no puede permanecer ajeno.

Los beneficios que se obtienen los reciben, en especial, los medios de comunicación, el comercio en general y la industria, pero también la ciencia y la educación y, por ende, el mundo entero. La magnitud de estas transformaciones permite vislumbrar la tarea que tiene por delante el ordenamiento jurídico, en su cometido de darle estructura y forma al desarrollo social que se está produciendo, caracterizado además, como se encuentra, por un mundo replanteado en términos de globalización, como se le llama a la tendencia integracionista que se ha gestado entre el universo de naciones.

La tecnología de la información ha modificado los hábitos de los ciudadanos del mundo, del comercio y de los consumidores. Las redes computarizadas de interconexión, como es Internet, imponen un cambio en las pautas de comportamiento, con incidencia en las relaciones sociales que se involucran de formas distintas. Se está presentando una nueva forma de comprender las relaciones humanas, se ha creado inclusive un nuevo vocabulario. Esa nueva forma de relacionarse y de entenderse ha provocado cambios profundos en las formas de contratación; pero, además, ha abierto nuevas fuentes de trabajo, ha facilitado mejoras en la productividad de los individuos y de las empresas, ha reducido costos

³ Diario *El Universal*, Caracas, 12 de marzo de 2004; p. I-18, Camel Anderson, Eduardo.

para todos; en fin, ha producido beneficios que hasta hace poco tiempo podían parecer insospechables. Pero ese mismo desarrollo ha irrumpido tan rápidamente que es muy fácil caer en el descontrol, en un exceso de libertades que puede atentar contra la seguridad jurídica que requieren las relaciones humanas.

De ahí que al Derecho le interese manifestarse en la regulación de estas tendencias hacia el desarrollo y la adaptación de las nuevas conductas, dado que ha de enfrentarse a cambios importantes, inevitables y contundentes, como es el tratamiento de los actos y negocios jurídicos ante el avance de la electrónica. Uno de los más importantes aspectos se refiere a la contratación electrónica, además de la transferencia electrónica de fondos en las entidades bancarias y afines, porque cada vez más, los negocios dependen de los sistemas de informática; pero también conlleva la atención o previsión ante nuevas formas delictuales, tan específicas como la tecnología misma de que tratan. En fin, se ha hecho imperativa la creación de la seguridad jurídica que ameritan estos aspectos en general y la contratación electrónica en particular.

La aparición de las nuevas tecnologías de la comunicación electrónica es un desafío para los juristas. Se hace necesario adaptar las nociones jurídicas tradicionales a las nuevas negociaciones y contrataciones derivadas de la tecnología electrónica. Representa, como señaló Aparicio Vaquero,⁴ “una ruptura con el pasado y una desacralización de la Informática, que queda al alcance de cualquier empresa sin necesidad de grandes inversiones o constantes actualizaciones fruto de la rápida obsolescencia de los equipos y programas”. Las nuevas figuras jurídicas que van presentándose, indican que las legislaciones tienen ante sí una de estas opciones: a) la adaptación que se haga a la normativa tradicional a través de interpretaciones jurisprudenciales y doctrinarias; o, b) la creación de un nuevo marco jurídico que regule la materia. La mayoría de los países está adecuándose a esta última opción, entre ellos Venezuela, a través de la creación de una normativa especializada, a la cual se dedicará buena parte de este trabajo.

⁴ Aparicio Vaquero, Juan Pablo. *La nueva contratación informática*. Colección Derecho y nuevas tecnologías; N° 2; Editorial Comares, Granada, 2002; p. 11.

1.2 LOS CAMBIOS EN EL MUNDO DEL DERECHO

El Derecho, como la sociedad en general, parece atravesar una severa crisis cuyos desajustes son evidentes en el área social, política y financiera. Así ha quedado reconocido tantas veces, que cabe pensar que la humanidad siempre ha vivido en una perenne crisis, que es parte del propio devenir humano. En el terreno jurídico, el ambiente crítico, cuestionador y cambiante, parece presentarse con la característica naturaleza inquisidora y abierta de los abogados, sin la discreción que guardan otros profesionales para debatir sus ideas. Entre tantas manifestaciones renovadoras de los enfoques jurídicos que se han planteado recientemente, pueden recordarse como ejemplos, el planteamiento de Rudolf Von Ihering (*La lucha por el Derecho*), el de León Duguit (*Las transformaciones del Derecho*); y, más recientemente, están John Rawls (*Una Teoría de la Justicia*) y Ronald Dworkin (*Los Derechos en serio*).

Para tomar sólo a uno de los renovadores más contemporáneos, se tiene la filosofía de Dworkin, fundamentada en los principios, de modo que el respeto de los derechos individuales constituye un triunfo frente a la mayoría. Según Dworkin, el problema de los derechos no se resuelve mediante el mero reconocimiento legal, porque el umbral entre derechos morales y jurídicos es difuso, y el Derecho no es más que un dispositivo que tiene como finalidad garantizar los derechos de los individuos frente a las agresiones de la mayoría y del mismo Gobierno.

Puede trasladarse la aplicación de esta filosofía a la resolución de los problemas que se presentan en un terreno tan vasto y novedoso como es la protección del usuario dentro del mercado electrónico, cuya tecnología no le es asequible fácilmente por su complejidad; de modo que su preservación sólo puede garantizarse mediante el respeto de sus derechos individuales, sustentados en los principios, como la moral y la buena fe, además del mismo orden público, para resguardarlo de las asechanzas que le puede presentar el *ciberespacio*. La bilateralidad y el equilibrio que deben regir entre los contratantes pueden verse afectados, debido a la supremacía que tiene el prestador cedente de bienes o el prestador de servicios electrónicos, a adquirientes o usuarios de los equipos y programas que se suministran a través de las computadoras;

de forma que en este tipo de contratación los valores, los principios, la orientación de la moral, cobran especial preponderancia. Son los mismos elementos que tendrán que emplear los juzgadores de las causas cuando deban dirimir las controversias correspondientes.

Al unísono, han surgido nuevas manifestaciones o disciplinas jurídicas, como es el caso del Derecho de Competencia, el Derecho de Consumo, el de la Propiedad Compartida y la Bioética, entre otros. El surgimiento de estas modalidades jurídicas tiene repercusiones en el campo del Derecho, tanto el público como el privado, llevando a lo que se puede concebir también como un nuevo derecho contractual. Por eso, al compás de las políticas integracionistas que llevan cada día a la instauración de la globalización, el desarrollo de la contratación electrónica puede ser un instrumento para lograr la armonización de sus cometidos, siendo posible que se articulen las bondades de la libertad de los mercados con los intereses de los más necesitados.

1.3 *EL CONTRATO ELECTRÓNICO Y LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN*

El artículo 1159 del Código Civil establece que el contrato es ley entre las partes, y es así también porque las partes lo desean, vale decir, la voluntad de contratación conllevó la creación de una norma de tal entidad. Puede recordarse que esta disposición es el reflejo del viejo y conocido principio *pacta sunt servanda*, referida a la voluntad concurrente que se da en los contratantes para establecer una fuerza obligatoria entre ellos, equiparable al imperio de la misma Ley. Entretanto, en el mundo de la cibernética, junto a la voluntad de las partes, hay que considerar también la protección del comercio, de los consumidores y la afectación que sobre ellos pueda tener la tecnología indiscriminada (por ejemplo, el acceso indiscriminado de menores a páginas pornográficas o engaños provenientes de la suplantación de la identidad de una persona), lo cual puede requerir de cierto intervencionismo que atenúe de alguna manera la libertad de contratación, al menos en cuanto a la contratación electrónica se refiere. Para aceptar este planteamiento, puede pensarse en la presencia de los llamados *hackers*, que son aquellas personas tan versadas en el campo de

las computadoras, que son capaces de intervenir los programas informáticos de forma furtiva y prácticamente imperceptible, violando de esa forma el derecho a la privacidad que tienen todas las personas. Lo deseable es lograr un equilibrio tal que admita una intervención que no genere daños y perjuicios a los factores intervinientes en los sistemas de computación, que pueden llegar a ser peores que el intervencionismo mismo del Estado, esto es, que la regulación normativa se ejerza mediante mecanismos de control que no afecten en modo alguno este tipo de contrataciones y de relaciones.

El tema de la libertad contractual también ha sido llamado por la Doctrina como autonomía privada, tratándoseles como sinónimos cuando hay quienes consideran que, en rigor jurídico, no lo son. En este trabajo, se hace referencia específicamente a la libertad contractual, como una categoría del negocio jurídico.

En la Asamblea General de las Naciones Unidas, celebrada entre mayo y junio de 1996, bajo la orientación de la Comisión de las Naciones Unidas sobre la Ley Internacional del Comercio, se aprobó el Modelo de Ley Sobre Comercio Electrónico, que estableció las bases para el desarrollo normativo del comercio electrónico. Si bien esta Ley Modelo se refiere al principio de la autonomía de la voluntad contractual al consagrarlo, no lo desarrolla plenamente.

Se previó una norma de carácter dispositivo para la regulación de la comunicación de mensajes electrónicos, conforme a la cual, las partes pueden disponer lo que a bien tengan de acuerdo con el principio de la autonomía de la voluntad; pero por otra parte, delineó a los contratantes en su adecuación al cumplimiento de una serie de requisitos legales sobre los mensajes electrónicos, sobre cuya materia, no pueden las partes disponer de los derechos referidos a tales requerimientos.

Poco después, los países más avanzados en tecnología, como los Estados Unidos y los pertenecientes a la Unión Europea, formularon en diciembre de 1997 una declaración conjunta dirigida a la creación de otra Ley Modelo en torno al contrato electrónico, conscientes como estuvieron, de que las naciones están signadas inevitablemente por la

globalización; de modo que se imponía la necesidad de concebir un marco jurídico internacional, considerando la naturaleza de las transacciones electrónicas realizadas a través del sistema de Internet. En dicha declaración, propusieron propiciar diálogos abiertos con todos los gobiernos y con el sector privado mundial para “constituir un entorno legal y comercial idóneo para la realización de los negocios de Internet”, para lo cual instaron a involucrar a todos los países, incluidos los que están en vías de desarrollo.

La política que se diseñó en aquella oportunidad planteó áreas referidas a la libertad del mercado contractual, pero también al intervencionismo estatal en la regulación de esta modalidad comercial. En aquella Declaración Conjunta, se acordó trabajar para el desarrollo de un mercado global donde la competencia y la capacidad de elección del consumidor dirijan la actividad económica, con estas recomendaciones:

- a) La expansión del comercio electrónico global estará orientada esencialmente al mercado y será manejada por la iniciativa privada. Debe tener en cuenta los intereses de todos los actores, en particular de consumidores, bibliotecas, escuelas y otras instituciones públicas, así como la necesidad de asegurar el uso más amplio posible de las nuevas tecnologías.
- b) El papel de los gobiernos es proporcionar un marco legal claro y consistente, promover un entorno competitivo en el que el comercio electrónico pueda florecer y asegurar la protección adecuada de objetivos de interés público como la intimidad, los derechos de propiedad intelectual, la prevención del fraude, la protección del consumidor y la seguridad nacional.
- c) La autorregulación de la industria es importante. Dentro del marco legal puesto por los gobiernos, los objetivos de interés público pueden estar previstos en códigos de conducta internacionales o recíprocamente compatibles, contratos tipo, recomendaciones, etc., que sean el resultado de un acuerdo entre la industria y otros estamentos del sector privado.

d) Las barreras legales y reguladoras que resulten innecesarias deben ser eliminadas y debe impedirse la aparición de otras nuevas.

e) La operatividad, la innovación y la competencia son importantes para el desarrollo de un mercado global y, en ese contexto, los estándares voluntarios, basados en un acuerdo, preferentemente a nivel internacional, pueden jugar un papel importante.

Venezuela ha seguido la línea trazada mundialmente. El 28 de febrero de 2001 se decretó en Venezuela la Ley de Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas (Decreto con fuerza de Ley), cuyo contenido no permite ubicar claramente la posición que se asume en torno al principio de la autonomía de la voluntad de los contratantes. La disposición más relacionada con el contrato electrónico está presentada en el Artículo 5°, al señalar que “los Mensajes de Datos estarán sometidos a las disposiciones constitucionales y legales que garantizan los derechos de la privacidad de las comunicaciones y de acceso a la información personal”.

La materia requiere mayor análisis, pero someramente puede observarse que no se encuentra establecida la voluntad del legislador de una manera inequívoca; por manera que, para iniciar la revisión del tema, puede comenzarse por considerar que se ratifica la libertad contractual, tomando como referencia los postulados constitucionales centrados en la garantía a la privacidad comunicacional y el acceso personal a la información, aplicables desde la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y del Código Civil.

Otras leyes han reforzado la utilización de los medios electrónicos, como es el caso del Decreto con rango y fuerza de Ley sobre Simplificación de Trámites Administrativos (1999), cuyo artículo 5° plantea que los órganos de la Administración Pública deben simplificar los trámites administrativos, y para ello, deben “utilizar al máximo los elementos tecnológicos de los que se disponga actualmente” (literal d) e “incorporar controles automatizados que minimicen la necesidad de estructuras de supervisión y control adicionales”. La otra, es la Ley de Registro y del

Notariado (2001), que establece en su artículo 2º que para garantizar la seguridad jurídica, la libertad contractual y el principio de legalidad de los negocios jurídicos, debe emplearse “la automatización progresiva de sus procesos registrales y notariales” y que “para el cumplimiento de las funciones registrales y notariales, de las formalidades y solemnidades de los actos o negocios jurídicos podrían aplicarse los mecanismos y la utilización de los medios electrónicos consagrados en la ley”.

1.3.1 Vigencia de la libertad contractual a través de un cambio en su enfoque

La autonomía de la voluntad ha sido mantenida tradicionalmente, en el derecho positivo, como un principio jurídico enraizado en un inveterado derecho natural, dependiente del Derecho Privado. No obstante, de forma relativa y paulatina el principio ha sufrido una suerte de crisis que lo ha llevado a una revisión doctrinaria que está cobrando sus resultados. Hay quienes, como Vázquez De Castro,⁵ señalan que es una institución en constante evolución, sometida a un extraordinario dinamismo que conlleva la redefinición de sus contornos y, “como resultado de la evolución, el límite legal se ha convertido, en la actualidad, en el protagonista indiscutible y ha dejado un reducidísimo campo de actuación al límite moral y al orden público”.

La libertad contractual sigue vigente, pero la autonomía privada encuentra cada vez más limitaciones legales, sea por razones de orden público o por exigencias de la realidad jurídica que tiende a lo que se ha llamado la socialización del derecho contractual, con la finalidad de brindar mayor seguridad jurídica a los contratantes, lo cual ha llevado a concebir nuevas modalidades contractuales que requieren ser reguladas y que se desvinculan parcialmente de las concepciones tradicionales del Código Civil, como ocurre, precisamente, con el caso de los contratos electrónicos. Esta situación nos lleva a lo que el mismo Vázquez De Castro ha referido como la búsqueda de la justicia contractual, señalando que “las nuevas leyes están cada vez más dirigidas a

⁵ Vázquez De Castro, Eduardo. *Determinación del contenido del contrato: presupuestos y límites de la libertad contractual*. Valencia, 2002; p. 16

corregir y orientar la voluntad de los contratantes con la menor virulencia posible y conforme a los parámetros constitucionales que delimitan el principio de la libertad contractual”.⁶

La evolución social y política de nuestra contemporaneidad ha introducido elementos cambiantes en la concepción de la libertad contractual. Se aprecia una tendencia a incorporar elementos sociales dentro del Derecho Privado, lo cual ha llevado a la creación de una normativa que le permite al Estado una mayor participación en la orientación de los intereses comunes. Vásquez De Castro cita el trabajo realizado por Federico De Castro⁷ para referirse a la reiterada coincidencia doctrinaria de utilizar las expresiones “crisis del contrato” y “crisis de la autonomía de la voluntad”, vertida en criterios que generaron alguna preocupación que hoy día ha sido superada, al comprenderse que lo que se ha producido es una modificación en el enfoque del principio, quedando evidenciado que no tiene una naturaleza absoluta ni es estática, sino que es un principio general, que puede amoldarse a las circunstancias que correspondan.

Diez-Picazo⁸ explica el cambio a través de dos causas: por una parte, el cambio proveniente de la evolución propia de la naturaleza de los negocios y, con ellos, de los mismos contratos; y, por la otra, la influencia de la política, moldeada por la aplicación de nuevas tendencias socioeconómicas, que se ha traducido en limitantes de la libertad contractual.

Al respecto, señala Vásquez De Castro⁹ que, aunque el principio de la autonomía de la voluntad tiene plena vigencia, lo que ha ocurrido es que han aparecido nuevas figuras contractuales, que él denomina “contratos modernos”, caracterizados por imprimir mayores límites a la tradicional concepción de la libertad contractual. Las nuevas figuras contractuales responden en su gran mayoría al fenómeno de la contra-

⁶ *Ob. Cit.* p. 17.

⁷ Cita de *Las condiciones generales de los contratos*, 1975, p. 77.

⁸ Diez-Picazo, L. *Derecho y masificación social. Tecnología y Derecho Privado...*; Madrid, 1987; p. 30.

⁹ *Ob. Cit.* pp. 42-43.

tación masiva, que es típica en las relaciones de consumo, pero que las diferencian de los contratos clásicos, que son producto de negociaciones individuales. En cambio, las nuevas modalidades contractuales en su mayoría son *contratos atípicos* que se han desarrollado para atender a la propia dinámica socio-jurídica. Esta situación ha llevado a un mayor intervencionismo público que busca la ya mencionada justicia contractual que se propugna, la cual se manifiesta en la protección al consumidor, las limitaciones al dominio, la tutela del medio ambiente y de los intereses difusos.

1.3.2 *Los límites a la libertad de contratación*

La Doctrina ha ubicado tres límites al principio de la autonomía de la libertad contractual: el orden público, la moral y la propia ley, que es el más influyente. Se trata de nociones heterogéneas entre sí, diferenciables, aunque pueden coincidir o yuxtaponerse; pero todas tienen relación con los valores y principios que modulan el ordenamiento jurídico a través de los ideales de la justicia.

Ya es sabido que la moral no es un concepto unívoco, sino que se ha relativizado a través de las culturas, del tiempo y de las realidades sociales. No hay tampoco una moral única, sino que, más bien, mientras mayor libertad existe en un Estado, vale decir, con el desarrollo de la democracia, la moral tiende a pluralizarse. Con relación a los contratos, no cabe duda sobre la importancia que tiene el sentido ético, en el modo como se establezca la causa contractual. En materia contractual, esa moral se puede traducir en lo que comúnmente se menciona como las “buenas costumbres”. Lo importante en este momento, para no extender el eje central del tema, es que existe un límite en la libertad de contratación derivada de la inobservancia de los valores que se representan en la moral y las nociones que la circundan, como pueden ser la buena fe, la ética, la lealtad y las buenas costumbres.

En cuanto al Orden Público, se trata de una institución subordinada al interés colectivo, que lo hace invulnerable frente a la libre voluntad de los justiciables y contratantes, de modo que no puede trastocarse de ninguna forma porque conlleva la nulidad de cualquier actuación que

atente en su contra. El contenido obligatorio del Orden Público puede provenir expresamente de una norma jurídica, pero también puede inferirse de ella. Siendo así, tampoco las relaciones contractuales pueden atentar contra principios considerados de Orden Público, de forma que la autonomía de la voluntad se incluye dentro de ese concepto, con una equivalencia a una causa ilícita.

En cuanto a la limitación legal, la vigencia de la libertad contractual se institucionalizó desde la Revolución Francesa, y ha quedado establecida como un principio de arraigada aplicación o consagración. No obstante, se trata de una libertad sometida a ciertas restricciones que impiden que su exceso pueda conducir a alguna manifestación de anarquía o perjuicio. El Estado moderno ha ido tomando cada vez mayores espacios para regular la conducta contractual en ciertos sectores, atendiendo particularmente a factores de orden económico y social, que no escapan de un todo al mundo político.

Se ha hablado incluso del llamado “Orden Público Económico”, que refleja el influjo estatal sobre el comercio y la industria, fundamentalmente a través de la aplicación de políticas fiscales que buscan incrementar el erario público. En este campo se aprecia la tendencia limitativa sobre la voluntad individual de los contratantes ante la diversidad de límites normativos impuestos por el ordenamiento jurídico. La Doctrina se ha debatido entre la afirmación y la negación de una crisis en la tradicional autonomía de la voluntad; entre quienes justifican esa limitación a través del intervencionismo del Estado por razones de interés colectivo y quienes no temen la existencia de tal crisis, sino que la justifican como una forma de ajustar la autonomía de la voluntad a una nueva concepción o alcance que preserve a los contratantes más vulnerables de cualquier exceso o riesgo que altere de alguna forma el equilibrio social, como puede ser la contratación en masa y la instauración de formas monopólicas en cualquiera de sus manifestaciones.

El mundo contemporáneo se debate entre la aplicación de diversidad de políticas económicas, cuya aplicación influye de una forma u otra en la libertad de contratación, pues, de acuerdo a la orientación que se siga, la autonomía volitiva será mas o menos amplia. En efecto, si se tratase

del *liberalismo*, corriente que desarrolló y generalizó el principio de la autonomía de la libertad hasta convertirlo en la cúspide del sistema jurídico y económico, su finalidad puede centrarse en la de garantía de los derechos individuales de libertad (con especial énfasis en los contratos) dentro de los límites de la soberanía del Estado. En términos generales, esta tendencia consideró que el Estado solamente debe intervenir en el área económica y jurídica para corregir las distorsiones del mercado, basado en la iniciativa libre y espontánea de los particulares. En el caso del *neoliberalismo*, se eleva a mayor grado de autonomía la libre voluntad contractual, reduciendo la participación del Estado a la de un mero garante del ejercicio de los derechos de los contratantes a través del señalamiento de principios morales elementales que provienen de las doctrinas liberales. En las más conocidas escuelas neoliberales, como la London School of Economics, la Escuela Austríaca, la Escuela de Chicago (llamada monetarista) y la Escuela de Friburgo de Brisgovia o Escuela Ordo-Liberal de Friburgo, el sistema de mercado aumenta al máximo la eficiencia económica, siendo además la garantía de la libertad individual y la solidaridad social.¹⁰ Y puede mencionarse también como contrapartida, la llamada doctrina socializadora del Derecho, que considera el derecho de contratación como un instrumento útil de la política económica, buscando un equilibrio con los principios sociales, porque consideran que el derecho contractual necesita incorporar los valores de la comunidad y sus ideas sobre la justicia y la racionalidad.¹¹ Bajo esta tendencia, la autonomía contractual opera menguada, en función de los intereses colectivos; y, por ende, está más restringida que en los otros sistemas.

Las democracias modernas han entrado desde hace algún tiempo en una suerte de revisión y de ajustes. Algunas Constituciones proclaman o definen su orientación en el marco económico, y Venezuela no es la excepción. La Constitución vigente contiene un capítulo sobre la Constitución Económica, y declara que el modelo económico adoptado es el de la libertad económica, opuesto al de la economía dirigida;

¹⁰ Vázquez De Castro. *Ob. Cit.*, pp. 112-113.

¹¹ *Ibidem*.

pero además, se previeron una serie de principios dirigidos a la obtención de la justicia social, con lo cual se le permite al Estado la intervención necesaria para que la obtenga, mediante la debida orientación del sistema económico.

En opinión de Brewer-Carías,¹² sobre la materia, la vigente Constitución no varió de la anterior (1961) en el sentido que adopta una economía social de mercado, fundamentado “en la libertad económica, la iniciativa privada y la libre competencia, pero con la participación del Estado como promotor del desarrollo económico, regulador de la actividad económica, y planificador con la participación de la sociedad civil”.

En el mundo contemporáneo han aparecido nuevas formas de contratación, sobre todo en el sector industrial y comercial, en las instituciones bancarias y las empresas aseguradoras, como también entre los particulares (franquicias, propiedad compartida, join venture, etc.). Todas dependen hoy día de las contrataciones electrónicas. Además del sector comercial, también se incluye el científico y el académico, y el hombre común, consumidor de cualquier servicio. Esta nueva realidad exige la concepción de una normativa jurídica especializada que atienda estas nuevas manifestaciones del mercado, reconocidas, como se dijo, por el “orden público económico”, que no puede omitir o desamparar a ese contratante común que en determinadas circunstancias pueda quedar desprotegido o ser víctima del aprovechamiento de aquellos que suministran un servicio, caracterizado la mayoría de las veces por su complejidad tecnológica, que no está al alcance o conocimiento de las masas humanas, tornándolos en contratantes virtualmente debilitados frente a la magnitud de la contratación.

Este fenómeno requiere la revisión del Derecho Privado, en especial del Derecho Civil y, dentro de él, el atinente a la materia contractual, porque va afectando el principio de la autonomía de la voluntad, enfrenado, de alguna manera, con el principio de igualdad de las partes y, sobre todo, con el principio de seguridad jurídica, porque el desarrollo

¹² Brewer-Carías, Allan R. *La Constitución de 1999*, Editorial Arte, Caracas, 2000, p. 204.

de la tecnología y la diversidad de modalidades contractuales puede resultar en una gran desigualdad entre los contratantes, evidenciando la superioridad del técnico sobre aquel consumidor neófito en la materia. De ahí que pueda ser necesario el establecimiento de algunos controles que protejan a los contratantes o consumidores. Un sector de la Doctrina que trata la materia ha llegado a señalar que se está presentando una invasión del Derecho Público sobre el Derecho Privado. Pero otro sector se muestra menos preocupado, como es el caso de Vásquez De Castro,¹³ quien expresa que “en realidad lo que se está produciendo es simplemente una acentuación de la imperatividad de las normas que afectan los contratos donde antes predominaba la disponibilidad (cita a De Cossío). Ciertamente, existen nuevas normas de todo tipo que afectan de forma necesaria a los contratos, pero no todas esas normas son de Derecho Público en sentido estricto y aunque se tratase mayoritariamente de normas de tal carácter no perdería la materia sobre la que recae su carácter de Derecho Civil. Hemos de acostumbrarnos al concepto de unidad de todas las normas del Ordenamiento Jurídico y a la tendencia socializadora que se aprecia en todas ellas en su conjunto” (cita a varios autores).

El Estado puede tratar entonces de afectar la finalidad y el funcionamiento de la libre contratación bajo el prisma de una necesidad colectiva de protección social y económica a la población contratante, pero lo esencial es que esa modalidad intervencionista se refleje siempre en el equilibrio que le corresponde, para que los servicios lleguen regulados a los consumidores, pero de forma masiva, asequible en términos de menores costos y mayor calidad de esos servicios. Tales han de ser las orientaciones que auspicien esa regulación de la libertad contractual en este campo. Esta concepción no significa que la autonomía de la voluntad contractual se encuentre en vías de desaparición, sino que está readquiriendo un nuevo enfoque, aunque no puede negarse que esta nueva visión, comparada con la que tradicionalmente se venía apreciando, le imprime a la libertad de contratación un carácter menos absoluto del que traía, lo cual puede entenderse como una limitante sometida a la

¹³ Vásquez De Castro; *Ob. Cit.*, p. 106

fluctuación del mercado en una época determinada, que pudiera tener una presencia circunstancial, porque la historia enseña que los límites se modifican con las épocas y los cambios sociales determinan también la modificación de ciertas limitaciones.

Lo criticable, entonces, es el exceso en el intervencionismo estatal, lo cual conduce inevitablemente al abuso y, de alguna forma, a asfixiar la libertad de contratación, lo cual sería inconveniente.

1.3.3 Efectos de la limitación a los contratos electrónicos

La consecuencia regularmente establecida para aquellos contratos que vulneran algunos de los límites de la autonomía contractual es la de la nulidad, pasando por sus variables, desde la nulidad absoluta hasta la relativa en sus sentidos más latos. Pero la tendencia actual es la de atenuar el rigorismo de esa consecuencia a través de otro tipo de sanciones más flexibles que la declaratoria de la nulidad, como puede ser el establecimiento de multas. Empero, en términos generales se tiene que el remedio más eficaz para combatir la ilicitud de un contrato por esta razón, es el de la nulidad, puesto que el efecto que produce es que hace inejecutable la convención.

La Constitución venezolana (1999) hace referencia a la informática, sobre la materia bajo análisis, a través del artículo 60, cuando dispone que “la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y ciudadanas y el pleno ejercicio de sus derechos”.

La globalización de los mecanismos de comunicación y de contratación ha orientado las relaciones humanas hacia la integración, por diversas razones de conveniencia recíproca. En cuanto al contrato electrónico, su propia naturaleza revela la necesidad de que se establezca un marco legal internacional para su regulación. Las transacciones comerciales canalizadas a través de este medio se verán mejor garantizadas si se dispone de una reglamentación internacional que las regule, la cual, en alguna medida, se traduce en limitaciones para cada país, en función de la regulación que atañe al resto de los países. Se han hecho esfuerzos

en este sentido, dentro de estudios de leyes modelos que han sido denominados como “comercio electrónico global”.

La relación contractual electrónica puede presentar además algunas limitaciones muy específicas, dentro de las cuales, pueden mencionarse las siguientes:

- a) Sobre la **fecha de remisión**: cuando el documento electrónico ingresa al sistema de información, quedando así fuera del control del emisor, la fecha formal de su recepción va a depender de si el destinatario del mensaje ha diseñado o no un código de recepción de este tipo de documentos. Si lo ha hecho, la recepción queda formalizada desde el momento cuando el mensaje entra en el sistema de información establecido expresamente; de lo contrario, será cuando el mensaje ingrese al sistema informativo del destinatario. Nada obsta para que se estipule un acuerdo al respecto entre el emisor y el receptor del mensaje electrónico.
- b) En cuanto al **tiempo de confirmación**: El mensaje electrónico puede quedar condicionado al reconocimiento por parte de su destinatario, de modo que se le tiene formalmente como no recibido mientras el emisor no reciba la confirmación de su recepción. Una modalidad adicional, al respecto, se da cuando se establece el tiempo que se dan las partes para que se envíe el reconocimiento, pues de no pactarse habría que recurrir al criterio de una interpretación razonable en cuanto a ese tiempo, que no sería otra cosa que una presunción *hominis*.
- c) Y, con relación al **establecimiento de condiciones técnicas**: se presenta otra limitación, basada en el condicionamiento, que surge cuando las partes han pactado la utilización de determinada técnica para la remisión del mensaje, la cual debe observarse.

1.4 *LOS CONTRATOS ATÍPICOS Y LA NATURALEZA DEL CONTRATO ELECTRÓNICO*

La importancia de los contratos atípicos radica fundamentalmente en los efectos que produce. Las relaciones humanas crean nuevas formas de entendimiento y de acuerdos que en un momento dado, no han sido previstos por la ley positiva de un país, sea porque va perdiendo su vigencia, debido a su antigüedad o por la aparición de nuevas tendencias o descubrimientos. Surgen, como cualquier otro contrato, como producto del principio de la autonomía de la voluntad, dentro del derecho de autorregulación de los intereses de las personas y el de discutir libremente el tipo de contrato que se desea, incluidas las cláusulas que lo van a regir.

Los contratos electrónicos han irrumpido en el mundo jurídico prácticamente sin previo aviso. Puede decirse que su naturaleza es la de un contrato atípico; ya habría quedado asentada la razón, aunque la naturaleza misma de los contratos atípicos no ha sido resuelta definitivamente. Según Díaz Molina,¹⁴ no podrá resolverse satisfactoriamente “mientras la vida jurídica no evolucione al ritmo y en la medida con que evoluciona su vida económica y social”, porque las relaciones humanas crean nuevos vínculos y procedimientos que sobrepasan la regulación y actualidad de la ley positiva, pero que, cuando no se produce la adaptación de esos cambios dentro de la normativa legal, pueden producirse decisiones injustas y lesionar intereses legítimos”.

Dentro de las muchas definiciones sobre los contratos atípicos, tal vez una de las más sencillas y completas sea la de *Chuliá Vicent* y Beltrán Alandete,¹⁵ quienes presentan una definición que, además, concreta las características del contrato cuando señalan que “son contratos atípicos aquellos que no estando definidos por la legislación positiva están reconocidos por la realidad social, y en ocasiones por Leyes especiales, ba-

¹⁴ Díaz Molina, Iván Mario. *Los contratos atípicos*, Libro Homenaje a la memoria de Lorenzo Herrera Mendoza; Tomo I, Universidad Central de Venezuela, 1982; p. 351.

¹⁵ Chuliá Vicent, Eduardo y Beltrán Alandete, Teresa. *Aspectos jurídicos de los contratos atípicos*. I; José María Bosch Editor, Barcelona; 1999, p. 12.

sándose en la libertad contractual y en la autonomía de la voluntad, rigiéndose por su afinidad con otros contratos típicos, por los principios generales de las obligaciones y contratos y subsidiariamente por los principios generales del Derecho”.

Las razones que explican la existencia de los contratos atípicos, señalan los autores citados, a partir de su auge en los años sesenta, son las siguientes:

- a) La influencia del derecho anglosajón, a través de nuevas formas de contratación, como el leasing, la franquicia y el factoring;
- b) Los avances tecnológicos que se traducen en nuevos estilos contractuales (usos);
- c) El auge del comercio exterior y los intercambios entre las naciones, con la necesidad de aceptarse formas nuevas de contratación que eran desconocidas en un lugar determinado;
- d) La reducción progresiva del comerciante individual para su reemplazo por las empresas y sociedades mercantiles, con programaciones a larga distancia, intercambio de tecnología, utilización de patentes, etc.; y
- e) La obsolescencia de los Códigos Civil y de Comercio, al no haberse adaptado a la revolución industrial y tecnológica que se ha verificado después de la Segunda Guerra Mundial.

Acerca de la clasificación de los contratos, los atípicos o innominados se contrastan con los contratos típicos, cuya división puede resultar algo compleja y además, ha recibido una diversidad de nomenclaturas. Pero sí hay consenso en señalar que los contratos innominados pueden dividirse en función del grado de atipicidad, así:¹⁶

- a) Contratos totalmente atípicos o unidos, que no tienen ningún elemento de los contratos ordinarios o legalmente clasificados.

¹⁶ Díaz Molina, Iván Mario. *Ob. Cit.*, pp. 359-360.

En este tipo de contratos, la ley se encarga de proporcionarle al intérprete las reglas supletorias que deberán aplicarse, como son las disposiciones generales y específicas que los cotejan con los demás contratos, las disposiciones sobre hechos y actos jurídicos, más la analogía.

b) Contratos mixtos o complejos, que están compuestos por ingredientes contractuales típicos y atípicos. Albaladejo¹⁷ define los contratos mixtos como aquellos en que las partes le dan vida a un contrato que no está regulado autónoma ni expresamente por la ley, pero que lo hacen combinando obligaciones y elementos que toman de diversos contratos típicos. Aquí la interpretación puede hacerse más difícil, que ha tratado de resolverse a través de tres proposiciones o teorías:

b.1) La de la absorción, que busca un elemento prevaleciente que absorba los elementos secundarios, en cuyo caso la interpretación se conduce a través del contrato típico que tenga un elemento principal o absorbente a la prestación.

b.2) La de la analogía, que señala la aplicación analógica de los contratos típicos que se adapten más al tipo de negocio que desea regularse; y,

b.3) La de la combinación, considerada la menos criticable, que busca desintegrar el contrato típico en sus componentes (atomización del contrato) para investigar cuál es la disciplina que le corresponde a cada uno. Vicént¹⁸ aporta como ejemplo el contrato de *factoring*.

Una vez asentado el preámbulo sobre los contratos atípicos, se tratará de revisar si los contratos electrónicos se insertan realmente dentro de esa

¹⁷ Albaladejo, Manuel. *Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones, Vol. I, La obligación y el contrato en general*. Ed. José María Boschi, Barcelona, 1997.

¹⁸ Vicént Chuliá, Francisco. *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, Librería Bosch, Barcelona. Citado por Chuliá Vicént, E. y Beltrán Alandete, T., *Ob. Cit.*; p. 14.

opción contractual. No es sencillo el establecimiento de la naturaleza de este tipo de contrato, porque se trata de una figura sumamente compleja, llena de matices, sometida a las variables de la misma tecnología y de las relaciones comerciales que se estén ventilando dentro de un mismo acuerdo. No puede obviarse la frecuencia como se vinculan los contratos electrónicos con los negocios, muchas veces involucrando grandes cantidades de dinero y diversidad de voluntades que interactúan en contrataciones mixtas o cruzadas, que involucran a distintos participantes y que conllevan con frecuencia a sub-contrataciones que lo convierten, como se dijo, en un contrato que suele resultar muy complejo.

Uno puede preguntarse cuál sería la importancia de establecer la naturaleza del contrato electrónico, y la respuesta ha de encontrarse en la previsión de la resolución de los conflictos que puedan presentarse después de celebrada la contratación, precisamente debido a la complejidad a que se hizo referencia. Según López Vilas,¹⁹ “debemos tener presente que cuando dos o más partes se ponen en relación para negociar entre sí, sólo atienden a los fines económicos y prácticos que les interesan, sin considerar ni el número, ni el tipo de las figuras que hacen nacer la contratación”. Pero a pesar de esa aparente inconsciencia que puede ubicarse en los intereses de los contratantes, los abogados están llamados a asumir la realidad con criterio previsorio, de modo que tengan en cuenta la forma jurídica de la convención que se está trabajando, desentrañar su verdadera naturaleza para concebir el contrato debidamente; porque, en caso de eventuales conflictos será la mejor forma de proyectar la normativa que le será aplicable y, por ende, aplicarle la mejor solución que merezca, además de que incidirá en la mejor ejecución de ese contrato. De ahí, la importancia de este asunto.

Puede ser, entonces, el primer aspecto a tratar con relación a los contratos electrónicos el de su acoplamiento a los tipos legales ya existentes, o sea la posibilidad de ubicarlos dentro de uno de los contratos típicos; o, por el contrario, establecer que se trata meramente de un contrato atípico, porque como se ha dicho, puede surgir como uno de esos con-

¹⁹ López Vilas, R. *El subcontrato*, Editorial Tecnos, Madrid, 1973; p. 216.

tratos que no responden a las características de ningún contrato ya regulado, pero también, como tercera posibilidad, que le sea aplicable alguna característica o varias de los contratos existentes, dando lugar a un contrato mixto o complejo.

Aspecto a dilucidar para arribar a una aproximación acerca de la naturaleza jurídica que le corresponde al contrato electrónico –porque consideramos que los estudios sobre la materia apenas comienzan– puede ser el de intentar establecer si se trata de un contrato de medios o de resultados. De acuerdo con lo señalado por Jordano Fraga,²⁰ hoy día, la distinción entre estos dos tipos de obligaciones tiene relevancia solamente para la determinación del cumplimiento o no de lo acordado por las partes, además del establecimiento de la carga de la prueba de la responsabilidad contractual en este tipo de obligaciones. Es una materia tan discutible que ameritaría su propio estudio y desarrollo; pero sí podría concluirse que se trata de una combinación de ambas obligaciones, esto es, de medios y de resultados, sin que deba reducirse a una sola tipología, porque existe una interdependencia tal entre ellas, que ninguna puede existir sin la otra. Otro aspecto que refuerza este criterio es que el contrato electrónico se caracteriza por estar referido a un servicio de intermediación, como es el que prestan los operadores de redes a través de la transmisión de esas redes de telecomunicación de datos, dirigido dicho servicio al destinatario del servicio. La actividad de transmisión incluye el almacenamiento automático, provisional y transitorio de datos, siempre que sirva exclusivamente para permitir su transmisión por la red de telecomunicaciones. De esta forma, existe también una vinculación de este tipo de contratos con la Ley de Telecomunicaciones.

Hay autores, como De Carlos Beltrán²¹ que aportan una metodología para resolver lo atinente a la naturaleza jurídica bajo análisis. Empezando por la voluntad de las partes, conforme a lo establecido en el propio contrato

²⁰ Jordano Fraga, F. *Obligaciones de medios y de resultado*, *Anuario de Derecho Civil*, España, 1991, N° 44-I; p. 96.

²¹ De Carlos Beltrán, J.M. *El Outsourcing como técnica de gestión alternativa y su regulación contractual*, *Derecho de los Negocios*, N° 91, abril 1998; pp. 9-32.

(voluntad declarada), puesto que es allí donde constan las obligaciones de las partes; pero también con la influencia de aquellos pactos que acompañen o complementen el objeto principal del contrato, porque, de acuerdo a su importancia y alcance, se podrá establecer si sus estipulaciones son realmente accesorias o si, en cambio, pueden conllevar a transformar un contrato típico en uno atípicamente complejo.

A primera vista, el contrato electrónico puede ser relacionado con los contratos típicos, como la venta y el arrendamiento simple, pero también con el arrendamiento de servicios y el arrendamiento de obra. Esto lo haría un contrato atípico complejo o mixto. Esta tipología conduce a dos consideraciones: primero, que estamos en presencia de un contrato que se rige fundamentalmente conforme a sus propias cláusulas específicas (condiciones especiales de la contratación), pero que, en su defecto, se aplican también las disposiciones relacionadas con las otras figuras contractuales que contribuyen a darle vida y autonomía propias, como también por la normativa general que inspira y se aplica a las obligaciones y los contratos (condiciones generales de la contratación). En segundo lugar, nos conduce a lo que puede llamarse el fenómeno de la subcontratación informática, que se explica por la complejidad de las negociaciones informáticas, por las mezclas entre diversos contratos típicos más las estipulaciones que le son muy particulares y le dan una fisonomía propia, a veces casi única, a cada contrato informático, demarcando así su propia realidad.

La configuración natural de la estructura y concepción informática advierte sobre su complejidad, porque los elementos que hacen posible el servicio informático son muchos y variables, tanto material (equipos y programas llevados desde su creación a los instrumentos que los contienen) como subjetivamente (personas que intervienen directa o indirectamente en la cadena comercial). Se plantea así la interdependencia de todos esos factores para que se produzca la contratación electrónica. Se articulan entre sí sus componentes, al extremo de que uno no tiene sentido propio sin el otro. En efecto, el *hardware* sólo funciona cuando le es aplicable un *software*, y ninguno de los dos tiene sentido ni existencia si no confluyen en un aparato de computación. Del mismo modo, un contrato de asistencia técnica solamente tiene viabilidad a través de

esos mismos elementos tripartitos, asumidos integralmente, por la interdependencia que los caracteriza; y que, a la vez, nos hace comprender en la práctica, que se trata de negociaciones mixtas y complejas. Esa característica explica en buena medida la concepción de los contratos electrónicos de adhesión y el cuidado que han de tener legisladores y abogados, como factores integradores del sistema legal, considerando especialmente la posibilidad de que se estipulen cláusulas abusivas, que deben conducir a la declaración de su nulidad.

1.5 *LOS CONTRATOS ELECTRÓNICOS COMO CONTRATOS DE ADHESIÓN*

En los contratos de adhesión suelen presentarse las cláusulas limitativas o exoneratorias de la responsabilidad contractual. Ese tipo de cláusulas está relacionado con el fenómeno contemporáneo de la contratación en masas, que conduce de alguna forma al debilitamiento de la libertad contractual, con ineludible incidencia en la autonomía de la voluntad que ha caracterizado a los contratos. De ahí la importancia en delimitar aquellas cláusulas que deben considerarse válidas porque constituyen la aplicación de la autonomía de la voluntad privada de las partes, de aquellas que van más allá de ese ámbito y que, por lo tanto pueden ser susceptibles de censura.

La contratación electrónica representa una de esas variables de contratación masiva. La mayoría de los contratos masivos responde a condiciones predispuestas por empresas o grupos de empresas que le imponen a sus contratantes las cláusulas contractuales que han preestablecido, sin que puedan discutir las ni modificarlas. Este tipo de contratación puede conllevar a un desequilibrio, cuyo alcance debe analizarse a fin de determinar si la reciprocidad de intereses está preservada; o si, por el contrario, se trata de un desequilibrio de tal entidad que puede conducir al establecimiento de responsabilidades disminuidas o exceptuadas; e, inclusive, a la nulidad del contrato por atentar contra el orden público, la moral y el propio sentido de la ley.

Ejemplos típicos de empresas que presentan a sus contratantes cláusulas limitativas de sus responsabilidades son aquellas empresas que pres-

tan servicios aéreos y marítimos, las empresas bancarias y las de seguros. En ellas, se aprecia con frecuencia que se protegen de los riesgos que asumen, dada la condición aleatoria de sus servicios y la exposición elevada a esos riesgos, con afectación de sus intereses económicos, lo cual se traduce en un predominio o imposición de sus condiciones a los contratantes, pues de lo contrario, no reciben el servicio. El contenido de los contratos en masa le es impuesto así a los consumidores, al extremo de que, muchas veces, hasta desconocen ese contenido.

Esta realidad, sobre todo la profusión de estos contratos masivos de nuestros días, ha de merecer la preocupación estatal para regular la situación y encausarla hacia la protección de los usuarios. Es por eso que países avanzados legislativamente han concebido una nueva disciplina jurídica que comienza a conocerse como Derecho del Consumo, en algunas partes también como Derecho de Competencia, que se ha convertido en una expresión de evolución del derecho contractual, que busca básicamente un equilibrio contractual que restablezca el desequilibrio al que es proclive la contratación en masa, para amparar a los consumidores y usuarios. En Europa, sobre todo a partir del funcionamiento de la Unión Europea, se han evidenciado esfuerzos para establecer una legislación homogénea sobre la materia, a pesar de que la mayoría de los países que la integran ya disponen de sus legislaciones locales. La finalidad de la ley está orientada hacia la protección del más débil, en este caso, aquel que se encuentra en desventaja al momento de establecer el contenido del contrato cuyas estipulaciones ya se encuentran preestablecidas. Es lo que se ha llamado en algunos lugares como la “tutela del adherente”.

Desde la perspectiva de la empresa, el contrato de adhesión le depara una serie de ventajas, porque se trata de un instrumento caracterizado por la rapidez que requiere ese tipo de negociación, además de que lo dota de una uniformidad que le facilita la relación comercial y jurídica, le abarata costos y lo protege de los riesgos, lo que no ocurriría si se manejara la relación de una forma particular o singular a través de contactos previos y personales. Pero esas ventajas no tienen que traducirse necesariamente en afectación o preocupación para el contratante o cliente, porque en la mayoría de los casos encuentra también ventajas corre-

lativas, beneficiándose con el establecimiento de reglas claras y el abaratamiento de costos como resultado de la masificación contractual.

Los contratos masivos pueden concebirse entonces como contratos de adhesión. El consumidor, usuario o cliente no puede, en principio, discutir el contrato, lo toma o lo deja; tampoco puede modificarlo, de modo que el prestador del bien o del servicio, al que se denomina también en este sentido “el predisponente” se permite imponer las condiciones de la contratación. Esta condición es lo que ha justificado la previsión de algunos controles y sanciones a aquellos agentes de cesiones o servicios informáticos que abusen de sus contratantes. Como en la mayoría de los países, en Venezuela existe una Ley de Protección al Consumidor (1995), actualmente en revisión, dirigida a la protección de quien finalmente consume el bien o el servicio.

Se tiene que precisar si su aplicación afecta a todos aquellos que intervienen en el proceso de comercialización o solamente a quien en último término celebra el contrato con el consumidor. García Amigo²² suministra una serie de ejemplos para explicarlo, diciendo que no se aplicaría una Ley de esta naturaleza “a la compra de un neumático por el dueño de un taller de reparación de automóviles, pero sí al dueño del vehículo frente al dueño del taller o la casa comercial o al fabricante; incluso se aplicaría la Ley si el dueño del taller adquiere el neumático para el propio vehículo con el que se desplaza para realizar las operaciones o para el coche-grúa”. Claro está, ese ejemplo tiene su aplicación en correspondencia con los contratos electrónicos, cuando la contratación se ha hecho compleja debido al número de intervinientes o participantes, hasta que se llega al beneficiario del servicio. La idea imperante en la Doctrina es que aquellos bienes o servicios ya adquiridos por el consumidor no regresan al mercado dentro del alcance de la Ley de Protección al Consumidor, esto es, cuando se produce una negociación que podría considerarse de segundo grado, como puede ser una reventa o una nueva transferencia del bien.

²² García Amigo, M. *La defensa de los consumidores desde el Derecho Privado*, Revista de Derecho Privado, 1985; pp. 395 y ss.

Lo cierto es que no cabe duda sobre la necesidad de establecer mecanismos o instrumentos de control sobre las condiciones de contratación de los contratos masivos, como es el caso de los contratos electrónicos, para evitar que se cometan abusos contra los consumidores o usuarios del bien o del servicio que se presta, por ser considerados como la parte más débil de la relación jurídica. Serra Rodríguez²³ señala que los operadores jurídicos han evaluado las ventajas y los inconvenientes de la aplicación de los controles posibles, como son el judicial, el administrativo y el legislativo, encontrando que lo mejor sería la aplicación de un sistema mixto que preserve la libertad contractual de la parte adherente, pero que también aplique un control sustantivo o formal que incida en aquellas cláusulas que produzcan algún desequilibrio en afectación de la buena fe y de la equidad. Destaca que tal es la tendencia europea y la adopción concreta del derecho alemán y del español. El control judicial se ejerce de forma indirecta, a través de la interpretación de los contratos como facultad jurisdiccional y, de forma directa mediante la declaración de la ineficacia de las cláusulas abusivas; mientras que el control administrativo se ejerce generalmente en aquellas empresas públicas o concesionarias de servicios públicos en las cuales se requiere un control previo de la Administración, como también en aquellos contratos que requieran la aprobación administrativa en su papel de vigilancia y control, tal es el caso de los contratos de seguro o cuando se corra el riesgo de establecerse monopolios; y por último, el control legislativo es ejercido a través de normas reguladoras y protectoras de la parte contractual más débil, de modo que se prohíban pactos o cláusulas específicas que afecten a aquella parte que debe ser tutelada.

1.6 LA LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR EN LOS CONTRATOS ELECTRÓNICOS. EFECTO DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

La estipulación de cláusulas abusivas merece la aplicación de una Ley que proteja los intereses de los consumidores, por cuanto pueden gene-

²³ Serra Rodríguez, Adela. *Cláusulas Abusivas en la Contratación*.

rar un perjuicio desproporcionado que atenta contra la buena fe y la equidad. En la defensa de los derechos de los usuarios y consumidores, se han planteado dos sistemas muy bien demarcados en Europa. El sistema continental, instaurado en Alemania establece una cláusula general sobre las cláusulas abusivas, acompañada por una enumeración no limitativa (*numerus apertus*) de los supuestos que las configuran, es decir, se elaboran listados de cláusulas abusivas. En el sistema anglosajón, se prevén las cláusulas abusivas a través de un sistema de lista cerrada (o *numerus clausus*) que contempla todos los supuestos que puedan presentarse a fin de aplicarles las sanciones o correctivos que correspondan (*Unfair Contracts Term Act*, 1977).

En la práctica, sabemos que lo más corriente es que las empresas que suministran bienes y servicios, a los cuales no escapan los de naturaleza electrónica, establecen cláusulas limitativas de sus responsabilidades. De ahí que el mundo jurídico no pueda mantenerse pasivo ante la posibilidad de que surjan excesos, razón por la cual le corresponde tanto a la legislación como a la jurisprudencia establecer criterios que determinen la validez de esas cláusulas, y como consecuencia, aquellas que sean susceptibles de nulidad por reputárselas de abusivas. Lo mejor sería que la Ley de Protección al Consumidor pudiera determinar criterios al respecto, si es que no logra elaborar un elenco de causales o supuestos generales (como en los países europeos) que permita identificar aquellas cláusulas que pueden calificarse de abusivas, para facilitar las relaciones comerciales de las partes en esta materia. Se trata, sin embargo, de un tema revestido de cierta complejidad, porque se requiere suficiente claridad para que no se invada con un exceso de intervencionismo el principio de la autonomía de la libertad contractual, que no es otra cosa que una manifestación de la afectación del Derecho Público sobre el Derecho Privado.

Sobre el tema, no puede negarse que, por el principio de la autonomía de la voluntad contractual de las partes, ellas son libres de modificar las responsabilidades que les corresponden, siempre que no violen postulados legales, la moral y el orden público. Pero esa facultad o iniciativa privada encuentra su limitante dentro del marco de la Constitución. El artículo 21 de la Constitución Bolivariana (1999) proclama que toda

persona tiene derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, con las únicas limitaciones que provengan del derecho de los demás y del orden público o social. Por otra parte, el artículo 299 establece, dentro del régimen socioeconómico, que su sustentación se encuentra en el principio de la libre competencia, pero también de la justicia social para así asegurar el desarrollo humano integral que conduzca a una existencia digna y provechosa para toda la colectividad. Esta norma también está en sintonía con la previsión del artículo 112 que se refiere a la libertad de comercio, pero siempre teniendo por norte la seguridad y el interés social.

Pero como contrapartida de las libertades esbozadas, se encuentra la limitación establecida por el artículo 113 de la misma Constitución sobre el abuso que surge de la posición de dominio que un particular o empresa adquiera en un determinado mercado de bienes o servicios, independientemente de su causa, pero que conduzca a esa posición de dominio. Está previsto entonces que, en situaciones como éstas, el Estado adopte las medidas necesarias para evitar los efectos dañosos que conlleva esa posición de dominio, calificando esas causas como abusivas y dirigidas a la protección del público consumidor, de los propios productores y de las condiciones adecuadas para la libre competencia en el campo económico.

La vigente Ley de Protección al Consumidor y al Usuario (1995) se refiere y regula expresamente al contrato de adhesión, definiéndolo en el artículo 18 como “aquel cuyas cláusulas hayan sido aprobadas por la autoridad competente o establecidas unilateralmente por el proveedor de bienes o servicios sin que el consumidor pudiera discutir o modificar su contenido”. Esta norma refuerza la legalidad de estos contratos, pero sin prever mayores limitaciones, como no sea el señalamiento de que el proveedor debe redactar el contrato en forma clara y visible para el usuario o consumidor. Además, establece que no produce efecto alguno aquella cláusula que establezca la resolución unilateral del contrato, la que establezca el aumento de precios por adiconamientos que no correspondan a servicios adicionales, las que trasladen al usuario la responsabilidad por causas imputables al proveedor y las que priven al

usuario de su derecho a resarcimiento por deficiencias del producto o servicio (artículo 21).

Ninguna referencia directa hace esa Ley acerca de las llamadas cláusulas abusivas, como sí lo prevé la Constitución de forma directa, a través de la conducta de aquellos sujetos que incurran en “abuso de la posición de dominio” dentro de un determinado mercado de bienes o servicios. Sería conveniente que, con la revisión de la Ley de Protección al Consumidor, se actualice debidamente el postulado constitucional. Para que esta situación se configure, debe entenderse que existe una parte contractual débil cuyos intereses deben ser tutelados, puesto que su voluntad contractual queda virtualmente debilitada con posible afectación del principio de la buena fe, que es uno de los soportes para la validez contractual.

1.7 LAS RESPONSABILIDADES ESPECIALES EN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

En el derecho común, en materia contractual, es factible la agravación de la responsabilidad de uno o de ambos contratantes, como es el caso del establecimiento de cláusulas penales, que pueden aumentar la responsabilidad del deudor de la obligación, sea cualitativa (causales de la responsabilidad) o cuantitativamente (monto de la indemnización). Estos casos refuerzan la posición del acreedor, mas no presentan inconvenientes por provenir en forma igualitaria una expresión de libertad contractual de las partes. Donde pueden surgir los inconvenientes es en aquellas estipulaciones dirigidas a la limitación o la exoneración de la responsabilidad de una de las partes en detrimento de la otra, lo cual puede ocurrir, en particular, en los contratos masivos o los de adhesión, siendo de destacar que ambas modalidades pueden y suelen coincidir.

La mayoría de la Doctrina coincide en la improcedencia del pacto de cláusulas que exoneren absolutamente de responsabilidad a uno de los contratantes. Dice De Castro y Bravo,²⁴ que en estos casos, está pre-

²⁴ De Castro y Bravo, F. *Limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad*; Anuario de Derecho Civil, 1982; p. 1035.

sente el orden público y que la consecuencia, no puede ser otra que su censura por abusiva y la consiguiente declaratoria de su ineficacia. Sobre las cláusulas que limitan la responsabilidad de un contratante, la tendencia es diferente, porque se ha entendido que forma parte de la autonomía privada en el campo contractual. No obstante, han surgido alertas para tratar de regular estas liberalidades cuando este tipo de pactos produce un debilitamiento de los derechos de aquel contratante que no ha podido influir en el texto contractual. Serra Rodríguez²⁵ refiere sus consideraciones con relación a la legislación española sobre el tema. Expresó que “una exposición crítica sobre las cuestiones suscitadas por las cláusulas limitativas de la responsabilidad en los contratos de adhesión debe tener en cuenta tanto su fundamento y límites, esto es, la autonomía privada, las reglas de responsabilidad, así como la identificación de ciertos principios de orden público que juegan en este ámbito en cuanto se configuran como límites de la renuncia de las leyes”.

En su análisis, la misma autora ordena las consecuencias de las limitaciones que se presentan en sus diversas manifestaciones; así:

- a) En el orden legal, se tiene que, en ningún caso puede eximirse al deudor de su responsabilidad por incumplimiento doloso, siendo que su irrenunciabilidad está sancionada con la nulidad; considera que “admitir lo contrario sería inmoral, puesto que el mismo deudor doloso ya conocería su impunidad”. Con relación a la culpa, se señala que la situación se complica por no existir en el Código Civil español una disposición que prohíba la exclusión de la responsabilidad proveniente de la culpa; pero destaca que se ha llegado a la conclusión, a través del consiguiente análisis jurisprudencial y doctrinal, sobre la equiparación de la culpa grave con el dolo, para rechazar aquellas cláusulas de exoneración de responsabilidad, cuando formen parte de los contratos de adhesión o de las condiciones generales de los contratos.

²⁵ *Ob. Cit.*, p. 109 y ss.

b) En cuanto al orden público, se señala que las limitaciones convencionales de responsabilidad utilizadas por el predisponente pueden chocar contra la moral y el orden público como límites de la autonomía privada. El orden público “se configura como fundamento de la ilicitud de las cláusulas de exoneración de la responsabilidad cuando se produzcan daños a la salud e integridad física de las personas”; de modo que la sanción ha de ser la nulidad de pleno derecho.

c) En España, la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, amplió el ámbito de su aplicación a los sujetos responsables cuando intervienen en el proceso de producción, distribución y comercialización de los bienes.

En Venezuela, se dispone de dos fuentes legales para el establecimiento de la responsabilidad en los contratos electrónicos: el derecho común a través de la responsabilidad civil en materia contractual y la legislación especial sobre tales contratos. En el primer caso, basta el incumplimiento culposo de una obligación contractual para que se active la responsabilidad civil, tal como lo dispone el artículo 1271 del Código Civil: “El deudor será condenado al pago de los daños y perjuicios, tanto por la inejecución de la obligación como por retardo en la ejecución (...)”. La única forma de liberarse de tal obligación es que demuestre que el incumplimiento derive de una causa extraña no imputable o cuando se trata de una culpa levísima. No obstante, los daños y perjuicios contractuales son reparables en la medida que fueron contractualmente previstos en el propio contrato, pero si se trata de una situación dolosa esa indemnización siempre es procedente, por cuanto el legislador ha considerado como ilícito el incumplimiento doloso.

En el campo específico de los contratos electrónicos, la previsión sobre la responsabilidad en materia de contratos electrónicos todavía puede considerarse muy precaria. La Exposición de Motivos del Decreto con fuerza de Ley de Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas (2001) señala cuáles son los principios que la rigen, refiriéndose al de Responsabilidad de la siguiente forma:

Responsabilidad. Se excluye la responsabilidad siempre que el sujeto pueda demostrar que ha tomado las diligencias necesarias según las circunstancias. Los Proveedores de Servicios de Certificación Electrónica pueden limitar su responsabilidad, incluyendo en los certificados que emitan las restricciones, condiciones y límites establecidos para su utilización.

Puede observarse que la redacción de la Exposición de Motivos no difiere de la falta de técnica jurídica plasmada en la redacción de la propia Ley. En primer lugar, se hace referencia a un sujeto de forma tan genérica, que no puede precisarse a cuál de los intervinientes en la relación jurídica se está haciendo expresa referencia, para después aludir directamente a los Proveedores de Servicios de Certificación de Servicios, que no son los únicos participantes en la prestación del servicio. Pero además, le concede absoluta libertad para limitar sus responsabilidades, bastando para ello que incluyan las restricciones, según las conciben unilateralmente en los certificados que ellos mismos emitan para la prestación de sus servicios.

Se infiere de lo anterior que la única alusión expresa a la responsabilidad que comporta la prestación de un servicio relacionado con las firmas electrónicas en nuestra legislación, es la que se refiere a los Proveedores de Servicios. El artículo 32 de la Ley mencionada se refiere a la garantía que debe prestar el Proveedor de Servicios de Certificación para “cubrir todos los perjuicios contractuales y extracontractuales de los signatarios y terceros de buena fe derivados de actuaciones dolosas, culposas u omisiones atribuibles a los administradores, representantes legales o empleados del Proveedor de Servicios de Certificación”. Esta garantía se refiere a un requisito que debe cumplirse con la finalidad de obtener y mantener la acreditación del Proveedor durante el tiempo de su vigencia. Sin embargo, la disposición es tan imprecisa como reducida, puesto que no desarrolla el alcance de la responsabilidad, como tampoco los supuestos de hecho que configuran tal responsabilidad, la cual, por cierto, se traslada a las personas naturales, sin mencionarse a la firma mercantil que presta el servicio, cuando puede prestarlo una o varias personas jurídicas, como lo prevé el artículo 31 en su numeral 6°, inclusive aquellas no domiciliadas en el país.

La figura del Proveedor de Servicios ha sido mundialmente concebida bajo el principio de libertad, con el propósito de reforzar su credibilidad y suministrarle garantías sobre el tráfico electrónico a los terceros; pero precisamente, por esa misma razón, requiere de una autorización emanada del organismo público competente que, a la vez, pueda ejercer algunos controles para que esa garantía sea completa y veraz.

La Junta Directiva del Parlamento Europeo aprobó (13-12-99) un “Marco comunitario para la firma electrónica” en el cual se precisaron las responsabilidades de los Proveedores de Servicios de Certificación. Tales responsabilidades se conciben (artículo 6), en base al perjuicio causado a cualquier persona física o jurídica, con respecto al certificado y su veracidad al momento de su expedición, la garantía sobre los datos de creación de la firma y las garantías sobre los datos de su creación. El precepto crea las bases de la responsabilidad de esos Proveedores frente a cualquier persona que confíe de buena fe en el certificado. Dentro de esta concepción se considera que en materia de responsabilidades, los Estados puedan establecer un valor máximo indemnizatorio a las transacciones que se realicen válidamente a través de un certificado reconocido, por lo cual el Proveedor no sería responsable de eventuales daños y perjuicios que excedan a ese límite. El peligro a considerar es que se produzca una situación de insolvencia.

Es necesario que nuestra legislación se actualice debidamente en materia de responsabilidades en la contratación electrónica, porque como se ha observado, se caracterizan por su complejidad y por la intervención de un conjunto de operadores o agentes cuya participación, sea principal o accesoria, forma parte del objeto de la contratación. Tal es el caso de los intermediarios en Internet y otras redes de la informática. Las redes de comunicación, sobre todo Internet, han creado una nueva forma de comunicación en la que los usuarios pueden obtener información inmediata de cualquier parte del mundo; e, incluso establecer compromisos con la propia Administración Pública. Por ejemplo, en “Procompetencia” y en “Cadivi” se admiten tramitaciones mediante Internet.

Pues bien, dentro de las redes de telecomunicaciones pueden cometerse ilícitos civiles y penales que generan las consiguientes responsabili-

dades, que pueden extenderse a otros campos, como por ejemplo, la propiedad intelectual, la competencia desleal, las actuaciones contrarias a la protección del niño y del adolescente, la introducción de virus o el acceso no autorizado a un equipo de computación en particular. El agente del daño en alguno de estos casos puede ser cualquiera, pero el sujeto más versado para cometer algún ilícito de esta entidad suele ser el intermediario del servicio informático, porque disponen de un espacio y una tecnología que los acercan a la transmisión de datos a través de los equipos computarizados ajenos.

Otro de los aspectos más importantes sobre el tema de las responsabilidades es la necesidad de establecer mecanismos de solución rápida, por la naturaleza misma de los contratos, investidos de agilidad; lo cual contrasta con la realidad de las estructuras judiciales, sobre todo en países como Venezuela, donde el factor tiempo no es debidamente valorado para los justiciables. Una de las alternativas para lograr las respuestas requeridas puede estar en el arbitraje y la mediación, como medios de resolución de conflictos en estas transacciones. La otra puede ser la de crear tribunales en todo el país con competencia específica y especializada en esta materia. No debe olvidarse tampoco, que sobre este tema, la tendencia es la misma que en la globalización, en el sentido que las relaciones jurídicas suelen plantearse con alcances internacionales.

Hasta ahora, se han planteado una serie de temas que están relacionados inevitablemente con la contratación electrónica, sea porque la definen, la naturalizan o la complementan, sirviéndole de sustrato legal. Su importancia deviene de la conveniencia de situar adecuadamente un negocio jurídico novedoso que está dando espacio al Derecho Informático o a la Informática Jurídica, como la nueva disciplina jurídica que es. Corresponde a continuación, el tratamiento de aspectos más específicos inherentes al contrato electrónico.

2. LOS CONTRATOS ELECTRÓNICOS EN PARTICULAR

2.1 *NOMENCLATURA ESPECÍFICA EN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA. LEGALIZACIÓN DE UNA NUEVA TERMINOLOGÍA CONSENSUAL:*

Un nuevo lenguaje se ha venido afianzando en las comunicaciones humanas con repercusiones en las relaciones jurídicas. Parte de ese nuevo lenguaje obedece al origen anglosajón de la tecnología electrónica, así como a la creación de palabras prácticamente nuevas, producto del apócope de varios términos, como también de la combinación de dos o más palabras. Es frecuente observar cómo se distingue bajo el término “Derecho-*e*” a la normativa jurídica que regula los servicios provenientes de la sociedad de la información y del comercio electrónico. También se emplean muchos anglicismos, como “*e-commerce*” o “*e-marketing*”, entre otros.

Ciertamente, hoy en día leemos o escuchamos cada vez con más frecuencia conceptos con arraigo técnico, como informática, software, hardware, base de datos, bytes, Internet, etc., al extremo de que, quien no tome interés o se familiarice con semejante léxico se irá reduciendo ante el nuevo mundo cultural resultante del avance tecnológico, que no parece tener fronteras. Es reflejo de esa sociedad de la información, a la cual ya se hizo referencia; y el Derecho, como regulador de la conducta social, no puede mantenerse ajeno a esa realidad.

Siendo así, no solamente los abogados y los legisladores están comprometidos a adentrarse cada vez más en ese nuevo mundo, sino que, para los funcionarios públicos es una obligación ineludible hacerlo para poder desempeñar debidamente sus funciones como servidores sociales. Nos referimos especialmente a los Jueces, Registradores y Notarios, puesto que es inminente que se les presente la necesidad de pronunciarse con relación al registro de marcas, patentes, derechos de autor y todos sus afines, sin olvidar la interpretación de los contratos electrónicos. La Informática crea así unas relaciones jurídicas que deben ser tuteladas por el Estado, en función de la trascendencia social que representan para la convivencia social. Por eso puede decirse que estamos en presencia de una nueva disciplina jurídica que bien puede denominarse el

Derecho Informático (hay quienes hablan de Informática Jurídica), como ya ha sido propuesto en diversos estudios. Se han presentado definiciones al respecto, como es la de Frossini,²⁶ quien dice que el Derecho de la Informática es aquella normativa dirigida a reglamentar el uso y a reprimir el abuso del nuevo poder informático de posesión y comercio de la información.

Dentro de ese Derecho Informático, puede incluirse la contratación electrónica, cuyo objeto es un bien o un servicio informático, o ambos. A la luz de la contratación electrónica, han surgido elementos diferentes que forman parte de la contratación, medios técnicos y modalidades que han de considerarse como parte del contrato; como es el caso de las formas de pago, como las tarjetas de crédito y de débito, y medios de instrumentación de la contratación, como el fax y el teléfono, además de la computadora en sí. Se trata de elementos que forman parte de la denominada Telemática, que es la ciencia de la comunicación y de la informática, que ha venido eliminando la tradicional necesidad de establecer el contacto físico y personal entre los contratantes.

En nuestro país, dos nuevas leyes han sido aprobadas durante el año 2001 para regular la actividad electrónica: la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas y la Ley Especial contra los Delitos Informáticos. Ambas definen los términos relacionados con la actividad informática en Venezuela (artículo 2, en ambas leyes). Puede considerarse que ambos textos legales adolecen de algunas fallas, como es el caso del artículo 2° de la Ley Especial contra los Delitos Informáticos, el cual, a la letra, establece que, “a los efectos de la presente Ley, y **cumpliendo con lo previsto en el artículo 9 de la Constitución** de la República Bolivariana de Venezuela, se entiende por (...)” y procede a definir términos como tecnología de la información, sistema, data, información, documento, computador, hardware, firmware, seguridad, virus, y otros términos más. Pues bien, el artículo 9, de la referencia constitucional,

²⁶ Frossini, Vittorio. *Hacia un Derecho de la Información*, II Congreso Internacional de Informática y Derecho, Mérida, 1995, Revista Informática y Derecho, Centro Regional de Extremadura, Mérida, España, 1996.

no ordena, ni prevé, ni hace alusión alguna a la necesidad o conveniencia de definir acepciones en las leyes. Esa norma lo que dice es que “El idioma oficial es el castellano (...)”, lo cual, además, parece un contrasentido cuando entran dentro del articulado anglicismos como software, hardware y firmware, sin que el empleo de tales palabras sea objeto de crítica, sólo que destaca el equívoco y el contrasentido.

La confrontación terminológica entre ambas Leyes conduce a algunas confusiones. Una define el término “sistema” mientras la otra se refiere a “sistema de información”, una menciona el término “data (datos)” y la otra el “mensaje de datos”, a la vez, que ambas definen el alcance del concepto sobre “mensaje de datos”, sin que cualquier simple lector pueda inferir si tienen el mismo significado. Veamos el cotejo entre ambas definiciones:

Decreto con fuerza de Ley Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas	Ley Especial contra los Delitos Informáticos
Mensaje de Datos: Toda información inteligible en formato electrónico o similar que pueda ser almacenada o intercambiada por cualquier medio	Mensaje de Datos: Cualquier pensamiento, idea, imagen, audio, data o información, expresados en un lenguaje conocido que puede ser explícito o secreto (encriptado), preparados dentro de un formato adecuado para ser transmitido por un sistema de comunicaciones.

La Ley Contra Delitos Informáticos se refiere al Mensaje de Datos como a cualquier expresión humana o material de forma secreta, cuya manifesta-

ción es equiparada con la criptografía. La similitud de las dos leyes puede resultar desafortunada si se revisa el alcance de la criptografía, concebida originalmente como “el arte de proteger en secreto una correspondencia por medio de una escritura convencional”, pero que modernamente ha trascendido a considerarse más bien como un “conjunto de técnicas que permiten cifrar y descifrar”, para hacer referencia a técnicas o métodos “basados en algoritmos materiales de claves simétricas y asimétricas”, que se soporta en la utilización de claves para descifrar un texto, vale decir, una información. Según Moreno Navarrete²⁷ “los algoritmos criptológicos representan, directa o indirectamente, el único procedimiento conocido para garantizar la confidencialidad y la autenticidad de los documentos mediante la clave secreta y la firma electrónica”.

Contrasta la legislación especializada sobre la contratación electrónica con la de muchos otros países, específicamente los que pertenecen a la Unión Europea. Para referirnos a la redactada en nuestro idioma, en España se dictó la Ley 34/2002, de 11 de Julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, que bien pudiera servir de modelo a nuestros legisladores. Por eso, mientras la ley venezolana ignora prácticamente el régimen de responsabilidades de los intervinientes en estas contrataciones, la ley española dedica ordenadamente toda una sección al Régimen de Responsabilidades de todos los factores participantes. No se tuvo la necesidad de entrar a hacer definiciones de ningún tipo, menos de forma inapropiada ni contradictoria.

Es preferible que la conceptualización terminológica sobre la materia se le deje a la Doctrina, que si bien nunca será sino una manifestación expresiva, producto de análisis, revisiones, acopios y opiniones, que por humanos no son perfectas, son mejorables, permiten su discusión y revisión libremente. Asistidos de esa opinión, se reproduce a continuación el acopio de los términos más usuales sobre la contratación electrónica, que pueden tener mayor utilización en ellos.²⁸

²⁷ Moreno Navarrete, Miguel Ángel. *Contratos Electrónicos*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid-Barcelona, 1999; p. 104, citando a la Gran Enciclopedia Larousse y a J. Ruiz y a M.A. Gallardo Ortiz.

²⁸ Barruiso Ruiz, Carlos. *La contratación electrónica*, Editorial Dykinson, Madrid, 2002.

- Link: enlaces de canales de comunicación, a través de un cable de cobre que forman redes de conexión con las computadoras a través de un “modem” o de un puerto, que permite el intercambio interactivo de datos, la prestación de servicios y el uso de diversos recursos.
- Internet: es la espina dorsal del intercambio electrónico de datos y servicios, que junto con otros sistemas electrónicos hacen posible la contratación a distancia. Es la red de redes, con arquitectura cliente-servidor y un protocolo de comunicaciones común, a los que están unidos millones de computadoras en todo el mundo.
- w.w.w.: son las iniciales de World Wide Web, cuya traducción interpretativa sería “telaraña mundial” y se refiere a la forma de recibir, presentar y descubrir la información de Internet, a través de una computadora, de manera que facilita al cliente su acceso y populariza el empleo del Internet.
- E-Mail: electronic mail o correo electrónico, es el sistema de comunicación más usado hoy día en Internet, y permite la comunicación e intercambio de mensajes de manera rápida y fiable, entre personas conectadas a la red. Está estructurado en buzones ubicados en una computadora conectada a una red, con sus direcciones individualizadas por usuarios (*e-mail address*), en el cual se indica primero un nombre (*login*), seguido del símbolo arroba (@) y luego la dirección del destinatario. Después de obtenida la cuenta de correo, la configuración del sistema y la confección del mensaje, se procede a activar el envío de ese mensaje.
- Chat: siglas que indican que se decide mantener una conversación o tertulia “*on-line*” entre uno o varios usuarios (internautas), a través de la cual pueden intercambiar opiniones sobre algún asunto o contrato, tecleando en cada computadora, para lo cual tienen que coincidir a una hora determinada. Hoy día puede establecerse un contacto más extenso que el de la escritura, a través de una imagen, video, voz o ficheros.

2.2 FORMACIÓN DE LOS CONTRATOS ELECTRÓNICOS Y REQUISITOS INHERENTES A SU EXISTENCIA Y VALIDEZ

Como es sabido por los profesionales del Derecho, los contratos tienen condiciones esenciales a su existencia (consentimiento, objeto y causa), según el artículo 1.141 del Código Civil, y requisitos esenciales a su validez (capacidad y ausencia de vicios en el consentimiento), de acuerdo a los artículos 1.143 y 1.146 *ejusdem*. No habrá contrato sin la concurrencia de los primeros tres requisitos.

En los contratos electrónicos, muchas de esas condiciones se presentan de una forma particular, dada la naturaleza de este tipo de contratación. Como el contrato electrónico representa una moderna concepción de acceder a los negocios, del mismo modo se produce un cambio en la forma de concebirlos en comparación con la contratación ordinaria. La utilización de medios comunicacionales como el teléfono, el fax, las computadoras, combinados con el uso del Internet, revela de por sí, cómo se producen esas diferencias, quedando desplazado el tradicional empleo de la comunicación directa, cara a cara, el empleo del papel y la firma autógrafa.

En realidad, el objeto y la causa (fin económico-social) no varía prácticamente con relación a los contratos tradicionales. Es en el modo de manifestarse el consentimiento donde se presentan las diferencias principales.

2.2.1 *El consentimiento*

La consensualidad es una regla en los contratos, no cabe ninguna duda, y está determinada por la concurrencia de consentimientos bilaterales. Este requisito obviamente se mantiene en los contratos electrónicos, sólo que la forma de su manifestación suele ser diferente y en muchos casos puede ser fuente de inconvenientes. En los contratos ordinarios la formación del consentimiento obedece a uno o varios encuentros entre las partes, en la mayoría de los casos son personales y directos, las partes se conocen, se observan desde su aspecto físico, pasando por el lenguaje corporal hasta las proposiciones recíprocas que se tienen, como aspectos preliminares a la manifestación del consentimiento. En los con-

tratos informáticos este trámite ha quedado prácticamente suprimido. El contacto entre las partes se realiza en forma virtualmente “despersonalizada”, esto es, se conduce a través de un medio mecánico, como es típicamente la computadora. Las personas se identifican, más que son su nombre, mediante códigos o claves, mientras que la firma autógrafa es reemplazada por otra forma de expresión, también vinculada con esas claves. Es frecuente que los contratantes se mantengan en una especie de anonimato.

Por otra parte, es característico de estos contratos el consentimiento abierto, producto de la masificación, como se presenta la oferta de un bien o de servicios; mientras que queda en criterio del receptor de la oferta su aceptación o no, siendo suficiente que no haga nada para que se dé por entendido el rechazo, vale decir, la omisión del consentimiento. Como contrapartida, en principio, la aceptación ha de ser pura y simple (a veces basta con pulsar una tecla de la computadora para que se active la aceptación de un contrato de adhesión y quede acreditado el consentimiento), porque, de no ser así, al presentarse una contraproposición, se pasaría a la consideración de otro contrato, en el sentido de que las condiciones diferentes, dan lugar a otra modalidad o términos contractuales. Puede entonces observarse que, de cualquier forma, se preserva el principio de la libertad contractual de las partes.

Ahora bien, en los contratos electrónicos marca un acento particular la posibilidad de que se presenten vicios del consentimiento en el proceso de formación de la voluntad, específicamente por la posición que pueda asumir el usuario o contratante de un servicio electrónico. Tales vicios pueden presentarse mediante una divergencia entre la voluntad real y la declarada; puede, además, producirse el vicio a través de un error, dada la tecnicidad que muchas veces se presenta en este tipo de contratos. Puede recordarse que el error es el conocimiento falso de una cosa o de un hecho. El error puede presentarse en la formación de la voluntad o en la declaración propiamente dicha. En torno a la violencia o intimidación, no es fácil de presentarse, pero menos todavía, su demostración.

Hay autores que han planteado algunas complicaciones en el orden interpretativo, hablando del “pensamiento cibernético”, pretendiendo así-

milar las máquinas computarizadas con la estructura humana. Moreno Navarrete²⁹ aclara de forma sencilla ese equívoco, señalando que “entendemos que el consentimiento es la exteriorización de la voluntad humana, y que éste puede manifestarse de muy diferentes formas (...) por tanto, no existe un consentimiento electrónico, sino una forma electrónica de consentir”, agregando que “lo que diferencia un contrato tradicional de un contrato electrónico es, tan sólo, la formación del mismo, la forma de prestación del consentimiento, de perfección del negocio y, en consecuencia, su prueba, tanto judicial como extrajudicial. Por tanto, no es posible hablar de *consentimiento electrónico*, sino de *forma electrónica de consentir*”.

En consecuencia, considerando que el contrato electrónico se realiza a través de medios electrónicos, esto conduce al establecimiento de formas diferentes de manifestación del consentimiento, en este caso, a través de las nuevas tecnologías de la información. Hay medios electrónicos análogos a los instrumentos escritos, como es el caso del correo electrónico; pero también existe la tecnología multimedia, que combina la voz con la imagen, y está también la telefonía móvil o celular con un sustrato netamente oral. Esto nos lleva a la versatilidad que presenta este tipo de contratación, proyectados en los modos de percepción por los sentidos humanos. Paradójicamente, nos lleva además a los orígenes históricos de las contrataciones más antiguas, que se realizaban en forma oral, pasando a ser reemplazados por la escritura, por razones de seguridad y por las facilidades que trae desde el punto de vista memorístico y la certeza que conlleva. Ahora, el desarrollo tecnológico nos plantea de nuevo la combinación de la oralidad y la escritura e, inclusive, la forma exclusivamente oral o visual para la celebración de algún contrato moderno, como es el caso de las videoconferencias.

En efecto, el contrato electrónico comúnmente se celebra sin la presencia física de los contratantes. Las negociaciones pueden realizarse a través de mensajes, simultáneamente o diferidas en el tiempo, a través de la

²⁹ Moreno Navarrete, M. Ángel. *Derecho-e Derecho del Comercio Electrónico*; Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid-Barcelona; 2002; p. 63.

voz o del intercambio comunicacional, a través de las computadoras (*chat*), o mediante la combinación de recursos. Es lo que se conoce como contratación a distancia. Lo importante desde el punto de vista del orden legal, es que se preserve la voluntad de las partes a través de un medio instrumental que sirva de prueba, que es el documento electrónico.

Otro aspecto que puede merecer una consideración especial, es el caso de los menores, restringidos de la capacidad de obrar, cuando celebran contratos electrónicos. Los niños y los adolescentes hoy día se desenvuelven como los más avezados operadores de las computadoras; de manera que tienen la habilidad fáctica necesaria para celebrar contratos informáticos. Esta realidad conduce al planteamiento de interrogantes sobre la validez de estas contrataciones. Una es, si a quien contrate con un menor de edad debe considerársele que ha obrado con mala fe, cuando es claramente factible que, por el contrario, pueda presumirse la buena fe. La opinión de Gómez Calle³⁰ puede resultar suficientemente esclarecedora: “La celebración de un contrato con un menor que se hace pasar por mayor de edad conlleva la responsabilidad por culpa *in contrahendo* del menor, siempre que el otro contratante haya confiado en la plena capacidad de obrar del mismo, el menor tenga capacidad de entender que no tenía la necesaria aptitud para la realización de tales actos y, debido a su conducta, el otro contratante sufra un daño. La línea doctrinal actual es que la víctima del engaño del menor puede impugnar el contrato por dolo, eludiendo de esa manera la aplicación de los artículos (...) siendo así, no hay obstáculo alguno para que, además de la acción de anulación, ejercite la acción indemnizatoria por culpa *in contrahendo*”.

2.2.2 El Objeto

Sobre este requisito no se encuentran mayores diferencias con los contratos regulares, porque en todo caso, el objeto tiene que ser lícito, posible, además de determinado o determinable. El objeto del contrato parece tener el mismo objeto de la obligación, lucen como nociones coincidentes; aunque puede considerarse que el objeto del contrato es la opera-

³⁰ Gómez Calle, E. *Los deberes precontractuales de información*. Madrid, La Ley, 1994; pp. 50-51.

ción jurídica que se desea realizar, y el de la obligación consiste en el contenido que tiene, sea consistente en dar, hacer o no hacer.

2.2.3 *La causa*

Siendo la finalidad que se pretende por el contrato, debe existir, ser lícita y ser cierta; por lo cual no producen efecto alguno aquellos contratos que no tengan causa, que pretendan una causa ilícita o que sean contrarias a la ley y a la moral. Como se trata de un requisito inherente a su existencia, la falta de causa produce la nulidad del contrato, sin que sea susceptible de subsanación.

En el mismo sentido se encuentran los contratos electrónicos. No está demás recordar que la Teoría de la Causa es uno de los aspectos contractuales más debatidos en el Derecho. Cabe señalar el comentario específico de Carrascosa López, Pozo Arranz y Rodríguez de Castro:³¹ “Si la utilización de un medio electrónico se reduce al mero nexo entre las partes, este resultado empírico debe estar totalmente objetivado en el programa, no pudiendo verse afectado por un querer interno variable del contratante”.

2.3 *TIPOLOGÍA DE LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA*

El número y la tipología de los contratos electrónicos es tan variada como la cantidad de relaciones jurídicas que puedan concebirse entre las partes, razón por la cual no ha de pensarse en la posibilidad de establecer modelos aplicables, pues cada convención puede imaginarse como si se tratara de un traje a la medida. La variedad tecnológica que plena el mercado hace que se traduzca en diversidad de contrataciones.

Ni siquiera hay acuerdo acerca de la nomenclatura que reciben estos novedosos contratos, mostrando una indecisión terminológica que puede generar confusiones. Se hacen diferenciaciones entre los contratos informáticos, electrónicos y telemáticos, que a la vez, parte de la Doc-

³¹ *Ob. Cit.*, p. 23.

trina, y la colectividad en general, utiliza como si se tratara de lo mismo. Un sector doctrinario está de acuerdo en que es admisible agruparlos a todos como contratos informáticos, en un sentido muy amplio. Son contratos que se caracterizan por su heterogeneidad, y por la eventual desigualdad en que se encuentra una parte frente a la otra, porque el usuario o cliente puede encontrarse en desventaja ante el prestador del servicio o proveedor de bienes; por manera que la buena fe cobra una preponderante importancia en este tipo de contratación.

Siguiendo el trabajo de Llanea González,³² en un estudio sobre varios autores, se consideran contratos informáticos “a todos aquellos que tengan por objeto bienes y servicios informáticos o, de forma más precisa, aquellos en que la prestación de una de las partes consista en la puesta a disposición de la contraparte de un bien o cosa informática, o la obligación positiva de prestar un servicio informático”. Agrega que “estamos ante un servicio informático cuando la prestación a realizar por una de las partes consiste en el desarrollo de una determinada actividad o tenga una relación directa con la informática (mantenimiento, desarrollo de software, creación de base de datos, etc.) lo que excluye todas aquellas tareas en que el uso del ordenador u otros bienes informáticos es simplemente instrumental para la consecución del fin previsto en el contrato, sin una consideración especial de los mismos”.

La Doctrina anglosajona no ha mostrado mayores inconvenientes terminológicos, porque se refieren, sin contradicciones, los “*computer contracts*” para referirse a los acuerdos que se realizan sobre bienes y servicios informáticos. En el mundo de habla hispana, hay autores que consideran que el contrato informático es más general que el electrónico y el telemático, que son considerados una parte de aquellos, o contratos informáticos en el más estricto sentido. Autores como Davara³³ señalan que los contratos informáticos son todos aquellos que tengan por objeto bienes o servicios informáticos. Los bienes informáticos son de dos tipos: los equipos físicos que se materializan en un aparato de

³² Llanea González, Paloma. *e-contratos*, Editorial Bosch, Barcelona, 2004; p. 19.

³³ Davara Rodríguez, M.A. *Manual de Derecho Informático*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1997; p. 41.

computación (Hardware) y los programas (Software), concebidos ambos de forma integral, pues depende el uno del otro de forma inevitable. Ya se ha aceptado que la documentación que se obtenga a través del Software constituye una extensión suya, susceptible incluso de ser protegida por la normativa de la propiedad intelectual.

Plantear una clasificación de los contratos electrónicos implica el riesgo de que quede incompleta o indebidamente presentada, pero siempre tendrá que considerarse que recaerá sobre bienes y servicios informáticos. No obstante, la Doctrina comienza a formular sus clasificaciones sobre los contratos electrónicos. Puede considerarse la que se presenta, combinando otras proposiciones que caracterizan el contrato:

A) En consideración a los aspectos típicamente informáticos, pueden dividirse en sus dos componentes, así:

1.- **Sobre el Hardware**, para distinguirlos de figuras como la compraventa, el arrendamiento, el leasing y el servicio de mantenimiento. Está referido el hardware al elemento físico de los servicios electrónicos, a las máquinas y equipos informáticos. Aparentemente, su importancia ha sido desplazada por el contenido “inteligente” que caracteriza al *software*, bastando para ello pensar en la aparición de Internet, que parece haber relegado la importancia de todos aquellos factores relacionados con la electrónica a una menor expresión. Pero lo cierto es que el *hardware* es un elemento indispensable para hacer viable cualquier programa o *software*, representado en el aspecto físico del sistema, como los PC (disco duro), las impresoras, las agendas electrónicas, las computadoras portátiles, las centrales telefónicas, los servidores de Internet, etc.

2.- **Sobre el Software**, para distinguirlo de la licencia de uso, el “*escrow*” o garantía de acceso al código de fuente, el de desarrollo, el de mantenimiento, el de actualización de versiones y el de compraventa de base de datos.³⁴ El *software* es el programa o programas a través del cual se procesa el contenido informático. Estos contratos sobre *soft-*

³⁴ Llaneza González, P. *Ob. Cit.*, p. 20.

ware tienen relación o dependencia con su utilización y su mantenimiento, lo cual dependerá de la empresa que haya creado el *software*, que puede ser varias empresas a la vez, que colaboren o trabajen entre sí. Este tipo de contrato tiene directa relación con la Ley sobre el Derecho de Autor (1993), cuyo artículo 17 define al programa de computación como “la expresión en cualquier modo, lenguaje, notación o código, de un conjunto de instrucciones cuyo propósito es que un computador lleve a cabo una tarea o una función determinada, cualquiera que sea su forma de expresarse o el soporte material en que se haya realizado la fijación”. La persona natural o la empresa de software puede ceder total o parcialmente sus derechos de explotación.

Pueden concebirse diversos tipos de contratos sobre el software: de creación, de desarrollo y de licencia de uso del *software*, pueden ser los más comunes, porque pueden surgir otras modalidades y seguramente así será a medida que continúe desarrollándose la tecnología.

B) Por su relación con los contratos típicos, los contratos electrónicos más utilizados son:

1.- La compraventa informática:

Su objetivo es la adquisición de un bien informático, que puede abarcar el *hardware* y el *software*, es decir, sobre el equipo informático y sobre los programas, que usualmente se verifican de forma simultánea y a través de una licencia de uso, en el caso de los programas, los cuales en la mayoría de los casos se encuentran protegidos por la Ley de Derecho de Autor.

No presenta mayores diferencias con el contrato de compraventa ordinario, salvo precisamente, las derivadas de la misma naturaleza del contrato electrónico. Por lo tanto, sigue concibiéndose un contrato bilateral, oneroso y traslativo de la propiedad.

Una característica particular de este tipo de ventas es que cobra especial relevancia el principio de la buena fe, porque la tecnicidad que demarca la contratación puede confundir y equivocar al comprador, quien

pocas veces conocerá detalles sobre el equipo y los programas, de modo que requerirá confiarse de la oferta y la palabra del vendedor o proveedor; por manera que el vendedor debe dar toda la información y garantías posibles sobre el bien informático. También se obligará por el saneamiento de ley, la evicción, o por vicios ocultos. Cualquier cláusula en contrario puede configurar un abuso de derecho y conllevar la nulidad del contrato, con arraigo en la mala fe del vendedor, tratándose además de una cláusula tipificable como abusiva.

2.- El arrendamiento de servicios o contrato de mantenimiento:

Ha sido considerado uno de los contratos más identificados con el mundo de la informática, siendo que lo característico en ellos es la dependencia que tienen los usuarios de una tecnología que no manejan de forma ordinaria, sea del hardware o del software, dependiendo entonces del proveedor o del técnico que le garantice el funcionamiento del sistema informático, para lo cual el mantenimiento del equipo y de los programas es indispensable.

Cabe recordar que la legislación no ha dictado reglas indubitables sobre la materia, de modo que es la Doctrina la que ha llenado ese vacío a través de diversidad de opiniones que orientan a los contratantes. Aquí también se encuentran opiniones diversas. Hay quienes consideran que la naturaleza de este contrato es la de un arrendamiento de servicios (algunos los llaman contratos de *engineering* o de ingeniería) y otros como un arrendamiento de obras; en cuyo sentido hay también quienes opinan que por eso no puede decirse que se trate de un contrato atípico, dada su semejanza con formas contractuales típicas; en tanto que otros divergen de tal criterio al manifestar que esa circunstancia no le resta atipicidad a este tipo contractual.

Para Marchilli³⁵ el contrato de mantenimiento es un acuerdo bilateral a través del cual una parte (proveedor) se obliga independientemente a mantener el equipo físico y lógico de computación en buenas condicio-

³⁵ Marchilli. Alberto. *El contrato de mantenimiento*, ed. Ágora, N° 6, 1983/2.

nes de funcionamiento, mientras que la otra parte (el usuario) se compromete a cambio a pagar un precio.

Hay otros autores que han buscado una solución ecléctica, esto es, hacen coincidir los dos tipos contractuales de manera articulada, como es el caso de Carrascosa López, Pozo Arranz y Rodríguez de Castro³⁶ al expresar que “podría obtenerse una solución más equitativa y favorable para ambas posiciones contractuales: orientar el mantenimiento como un contrato que participe de la naturaleza del arrendamiento de servicios y del de obra, en el sentido de no poder exigir un resultado que pudiera tornarse inalcanzable o que fuera difícil de precisar en un principio, pero tampoco dejar al arbitrio de una de las partes, considerar realizadas sus obligaciones por un mero ejercicio infructuoso. Así podemos considerar el contrato de mantenimiento como contrato de servicios, si bien, en su perfeccionamiento, deberán establecerse unos básicos resultados de funcionamiento que muestren, *prima facie*, el cumplimiento verdadero del mantenimiento”.

3.- El *leasing* informático:

El leasing, de origen norteamericano hacia la década de los años cincuenta, puede considerarse uno de los nuevos tipos contractuales que ha permitido a muchas personas enfrentar el alto costo de las inversiones ante los avances tecnológicos, a la vez que lo alivian de los costos de financiamiento. En términos generales una persona recibe un bien por cuyo uso paga unas cuotas, con la posibilidad de adquirirlo más tarde imputando el pago de esas cuotas al precio de una compraventa. Más formalmente, Llanea González³⁷ lo define “como un arrendamiento financiero a mediano o largo plazo, de bienes de equipo o inmuebles destinados a finalidades empresariales o profesionales en el que el cliente-arrendatario financiero dispone, al término del contrato, de una opción de compra que le permite adquirir el bien por un valor residual”.

³⁶ Carrascosa López, V., Pozo Arranz, M^a A. y Rodríguez de Castro, E.P.; *Ob. Cit.* p. 195.

³⁷ Llanea González, P.; *Ob. Cit.*, p. 275.

Su naturaleza jurídica ha sido ampliamente discutida por la Doctrina. Hay quienes lo consideran como un contrato mixto entre la venta y el arrendamiento, con variaciones que van desde una venta semejante a una reserva de dominio, hasta el arrendamiento con opción de compra.

Otros autores lo conciben como un mutuo (préstamo de dinero) que hace un sujeto a un usuario para que use un bien que adquiriría al cabo de un tiempo, pero en realidad no hay compromisos concretos o vinculantes ni para que uno venda ni el otro compre. En realidad, lo que sí puede admitirse sin contratiempos, es que se trata de un contrato atípico, de carácter financiero.

El *leasing* puede revestir diferentes modalidades: el *leasing* operativo o *renting* (concesión del uso y disfrute de una cosa mueble a cambio de una contraprestación dineraria, cuyos gastos de mantenimiento están a cargo del arrendador); el *lease-back* (una empresa vende bienes de capital a otra que los entrega en alquiler, de modo que la primera empresa pasa a ser la arrendataria, produciéndose un aumento del capital circulante a una empresa necesitada de ese auxilio), y el típico *leasing* o arrendamiento financiero (contrato mercantil mediante el cual un sujeto da una cosa a otra para que la use pagando un precio determinado durante un tiempo, luego del cual, a su elección, la devuelve o la compra por el saldo del precio).

En el caso de los contratos electrónicos, el objeto del *leasing* es el financiamiento del *hardware* o del *software*, esto es, de un equipo o conjunto de equipos o sistema de computación, pero también puede ser de un programa. El caso del *hardware* no debe presentar mayores inconvenientes, pero hay que considerar que la evolución vertiginosa de la tecnología conlleva a la pronta obsolescencia de los equipos de computación. Los equipos y programas que se adquieren hoy muy pronto parecerán anticuados; de modo que las compañías de *leasing* suelen cubrirse de la tendencia de las devoluciones por parte del cliente, cuando ya el equipo ha perdido su valor en gran medida, pactando que la recompra se realice sobre el valor residual de la operación, así que pocas veces harán uso de la opción a compra. De ahí que las empresas de

leasing tiendan a reducir al máximo el valor residual para estimular así al usuario a comprar el bien informático.

El *leasing* puede pactarse tanto sobre el *hardware* como del software; pero la Doctrina no es unánime con relación al *software*. Un sector doctrinario considera que no es viable la financiación del software por las dificultades que presenta dada su naturaleza inmaterial. Se señala, además, que no parece posible concebir un *leasing* sobre el *software* sin el del *hardware*. Por otra parte, que el software no puede ser objeto de compraventa, sino de una licencia de uso, que limita la transferencia del producto, de manera que el *software* no podría ser cedido, sino que puede ser objeto, cuando mucho, de una licencia o sublicencia. El otro sector de la Doctrina no encuentra inconvenientes acerca del *leasing* sobre el *software*, sea sobre los derechos de explotación o de cesión en arrendamiento financiero. Lo cierto es que no hay ninguna prohibición para convenir esta modalidad.

4.- El Outsourcing:

La mayoría de los autores que ha estudiado este contrato, de origen anglosajón hacia los años sesenta, ha coincidido que no es una figura jurídica autónoma, sino que es “una técnica de gestión empresarial que va a revestir diferentes formas jurídicas, aunque generalmente se reserve tal denominación, para aquella que se articula como un contrato de servicios, de naturaleza mercantil, cuyo objeto es la prestación informática completa a una empresa”.³⁸

Surgió como una necesidad para aquellos empresarios que querían y necesitaban acceder a la moderna tecnología de la informática, pero cuya actividad le incrementaba los costos de los equipos y programas, además del salario del personal que debían contratar para conseguirlo. Mediante el Outsourcing, una empresa especializada surge con sus pro-

³⁸ Aparicio Vaquero, Juan Pablo. *La nueva contratación informática. Introducción al outsourcing de los sistemas de información*. Colección Derecho y nuevas tecnologías, N° 2; Granada, 2002; p. 12. En idéntico sentido: Llana González, Paloma; *Ob. Cit.*, p. 409.

pios equipos y personal para prestarle un servicio informático a un cliente, de acuerdo a sus solicitudes y necesidades. Bajo esta óptica puede concebirse como la subcontratación de servicios informáticos de una empresa a otra.

A través del Outsourcing, todas o una parte de las actividades informáticas de un empresario pasan a ser realizadas por una empresa especializada en este tipo de servicios, durante un tiempo determinado y a cambio de un precio. Tiene una serie de ventajas que van, desde el abaratamiento de costos para el cliente, pasando por el acceso directo a la tecnología informática, hasta los beneficios colaterales, como son los reflejados en la contabilidad y los laborales, que conforman el llamado “valor añadido”; pero además, le permiten al empresario poder centrar mejor su atención en el objeto principal del propio negocio. Se le han señalado algunas desventajas, como es la contribución a la “despersonalización” de las empresas, en el sentido de que puede haber un desplazamiento de la mano de obra o recursos humanos, por una parte; y, por la otra, el trabajador ya contratado puede sentirse más ajeno en su vinculación con el patrono al introducirse un tercero en esa relación directa que es tradicional en este tipo de relación jurídica, produciendo alguna desmotivación e, inclusive, la reducción o pérdida de trabajos; y, adicionalmente, para el empresario, puede producir una sensación de inseguridad en cuanto a sus secretos comerciales o industriales, al compartirlos con un tercero extraño, cuando se dé ese caso.

A pesar de la discusión en torno a su naturaleza jurídica, que incluye a quienes le restan autonomía, o un carácter atípico contractualmente, hay quienes lo reputan como un arrendamiento de servicios y quienes sí le asignan una tipología atípica, en este caso, que se trata de un contrato complejo por la presencia de obligaciones de resultado junto a las de medios, que le son propias a los arrendamientos de servicios, como sostiene Del Peso Navarro.³⁹ No obstante, otros autores, como Carrascosa Ló-

³⁹ Del Peso Navarro, E. *Contratación global de los servicios informáticos: el contrato de Outsourcing*, VIII Encuentros sobre Informática y Derecho, Facultad de Derecho e Instituto de Informática Jurídica de la Universidad Pontificia de Comillas, Ed. Aranzadi, 1994-95; p. 116.

pez, Pozo Arranz y Rodríguez de Castro,⁴⁰ piensan que se trata de un contrato atípico, complejo, porque incluye en su objeto prestaciones propias de otros contratos, calificables singularmente como arrendamiento de servicios y por otro lado, como contrato de obras. Siendo así, se está en presencia de un contrato mixto atípico que se rige básicamente por sus propias cláusulas y, en su defecto, por las disposiciones relativas a las figuras contractuales típicas que inspiran sus estipulaciones. Aparicio Vaquero⁴¹ está en desacuerdo con esa tesis, a la cual critica por su simplicidad excesiva, expresando que, en realidad, no se trata de una atipicidad radical, sino que su carácter atípico le viene dado por su complejidad, proveniente de la mezcla de dos tipos contractuales, como son el contrato de obras y el de servicios cuya distinción depende, según se trate de obligación de resultados y de medios, respectivamente.

Lo cierto es que no existe un Outsourcing único, sea global o particular. El Outsourcing global, se caracteriza por la prestación del servicio por el tercero ajeno a la actividad empresarial, donde el tipo contractual es el Outsourcing simple, que no implica la transmisión de activos patrimoniales entre el proveedor y el cliente, ni tampoco informáticos, ni laborales; sino que persigue la cobertura de las necesidades informáticas de ese cliente, de modo que su naturaleza es la de un contrato de servicio. Pero nada impide que, dentro del Outsourcing se pacte la transferencia de activos informáticos, porque es perfectamente admisible bajo la base de la autonomía de la voluntad de las partes, sin que desnaturalice la esencia del Outsourcing. Del mismo modo, puede convenirse que se trata de una figura de carácter esencialmente mercantil, porque se da siempre entre dos empresarios o comerciantes; y, por lo demás, bilateral, onerosa, consensual, *intuitu personae* y de tracto sucesivo.

Hasta el momento se han presentado las consideraciones generales que corresponden al Outsourcing. Dentro de las que le son particulares, pueden mencionarse: su naturaleza confidencial, en el sentido de que el cliente le suministra al proveedor una base de datos o información que

⁴⁰ Carrascosa López, Pozo Arranz y Rodríguez de Castro; *Ob. Cit.*

⁴¹ Aparicio Vaquero, J.P.; *Ob. Cit.*, p. 72.

para él son privadas y confidenciales (nómina de sus trabajadores, secretos comerciales o industriales, su clientela, etc.), todo lo cual puede catalogarse como información reservada, que el proveedor del Outsourcing debe preservar con el mayor celo posible. Como complemento o alcance de lo anterior, puede decirse que otra característica especial es la extrema buena fe que debe establecerse entre los contratantes, para quienes la confianza es fundamental. Y por último, como derivación de los dos aspectos anteriores, es frecuente que el cliente le exija al proveedor del Outsourcing una cláusula de exclusividad, de forma que se garantice así ante su competencia comercial o industrial.

5.- El contrato de “Escrow”:

Con respecto al escrow, de origen anglosajón, Barriuso Ruiz⁴² afirma que “se constituye el contrato de *escrow*, cuando el fabricante o editor, titular de los derechos de un programa, deposita el código fuente de este programa, en un organismo o entidad, para permitir el acceso al comprador o adquiriente de una licencia de uso (...)”. Agrega que, lo que realmente constituye el depósito es el diskette con su contenido referenciado, porque las cosas inmateriales no pueden ser objeto del depósito.

En la práctica, la empresa informática evita entregar el código fuente al cliente, porque además de tratarse de la protección de un derecho de autor, de esa forma se garantiza tanto la confidencialidad como la preservación de la información. En realidad, puede afirmarse sin mayor discusión, que se trata de un contrato caracterizado por la cesión de uso de un *software*.

La mayor parte de la Doctrina lo ha considerado como una variable del depósito mercantil, con la particularidad de que, en el típico depósito mercantil, el depositario debe devolverle el bien al requerimiento del titular; mientras que en el *escrow* no se le puede permitir al licenciante retirar el código fuente en perjuicio del licenciataria. Otros autores lo conciben como un contrato de compraventa sometido a una condición

⁴² Barriuso Ruiz, Carlos. *Ob. Cit.*, p. 198.

suspensiva; mientras que algún otro sector doctrinario piensa que se trata de un mandato irrevocable, a través del cual el licenciante cumple con realizar una actividad de acuerdo a las instrucciones recibidas del agente de *escrow*, a cambio de recibir una remuneración o pago.

2.4 LA PRUEBA DOCUMENTAL EN EL CONTRATO ELECTRÓNICO

Ante la innegable aparición de una nueva disciplina jurídica, como es el Derecho Informático, surgido como tantas otras, a la luz de las innovaciones tecnológicas, tal como ocurrió con el Derecho Aeronáutico, el Derecho Comunitario y la Bioética, es necesario regular integralmente la utilización de la informática y la telemática. Se produce así, como en todas las ciencias sociales, el intercambio e interrelación a través de los cuales, así como la informática influye con su aplicación instrumental al Derecho, ahora el Derecho Informático tiene que canalizar esa tecnología subsumiéndola dentro de una normativa específica.

El Derecho Informático, como disciplina jurídica, con su fisonomía propia, está caracterizado, además, porque trasciende las fronteras de cada país para cubrir su tendencia necesaria hacia la internacionalización de su normativa, sin perder su aplicación territorial. No es ya un reducto de otras ramas jurídicas establecidas, ni tan sólo un enunciado de problemas aislados que han ido presentándose, sino que se trata de una nueva disciplina con entidad independiente. Sus vinculaciones se extienden principalmente al derecho contractual, al derecho penal, al derecho internacional privado y al procesal.

Pero la realidad nuestra es que el desarrollo de la tecnología no ha llegado todavía siquiera a los tribunales ordinarios, recintos que a pesar de ser los encargados de administrar la justicia en nombre de la República, escasamente disponen de una línea telefónica, máquinas de escribir y una que otra computadora.

El surgimiento de diversos instrumentos de comunicación y registro del acontecer humano (telefax, correo electrónico, satélites de comunicación, entre tantos) crece tan vertiginosamente que ha ido produciendo una suerte de fagocitosis sobre los medios tradicionales al extremo de

que, con frecuencia, han llegado a desplazar al “papel” como portador documental por excelencia.

Sería conveniente, como reflejo de la globalización que caracteriza estos tiempos, especialmente en el campo tecnológico, comercial y económico, que nuestra legislación se pusiera también a tono con la realidad y la modernidad; en particular con relación al Derecho Informático. La Unión Europea se muestra sensibilizada en torno a la necesidad y conveniencia de crear una normativa común y armoniosa sobre la contratación electrónica.

La realidad es que existe un “documento electrónico”, que requiere ser validado como medio probatorio, sobre todo como efecto de esa realidad, y es que se trata de un medio tan masivo como efectivo y potente para registrar las expresiones del pensamiento y de la actividad humana en general, con especial incidencia en el campo social y económico. Esa realidad conduce a una serie de interrogantes que ya se han ido despejando a través de numerosos estudios de reciente data.

Las interrogantes a resolver pueden resumirse en algunas como éstas: ¿son los instrumentos informáticos un nuevo medio probatorio o son parte de alguno de los medios de prueba tradicionales? ¿Cuáles son los requisitos que deben cumplirse para admitirlos como medios de prueba? ¿Cómo ha de procederse para la valoración de estos medios como pruebas? ¿Cuál es el documento original y cuál la copia?

Los estudios revisados llevan a la conclusión de que la inmensa mayoría de la Doctrina considera que los soportes empleados en el área informática forman parte de la prueba instrumental o documental, no constituyendo un medio autónomo de prueba. Efectivamente, la palabra documento (etimológicamente del verbo *doceo*) significa enseñar, mostrar, indicar, lo cual implica todo aquello que puede representar la existencia de un hecho. Carnelutti⁴³ señaló que “es el medio a través del cual viene representado un determinado hecho”. Por su parte, Chioven-

⁴³ Carnelutti, F. *Sistema de Derecho Procesal Civil*, t. II, Ed. Uteha, Buenos Aires, 1944; p. 414.

da⁴⁴ dijo que el documento es toda representación material que manifiesta una voluntad o un pensamiento. No cabe duda, entonces, de que los soportes electrónicos son un documento, más cuando apreciamos las expresiones de Ramos Méndez⁴⁵ al señalar que “el concepto de documento trasciende al del simple escrito”.

Es así como se produce una extensión de la prueba instrumental a los medios electrónicos, al igual que ya ha ocurrido con las fotografías, los videos, las cintas magnetofónicas, los discos compactos o CD, etc. Por lo tanto, el documento electrónico es un verdadero documento. Se ha considerado, por extensión, que la electrónica puede ser considerada como una forma de escritura, que queda subordinada a su reproducción en soportes de papel o en cintas u otros medios que permitan materializar su contenido. Se trata de un lenguaje codificado, como cualquier otro.

2.4.1 *La fidelidad de la prueba instrumental a través de la firma electrónica*

Un aspecto esencial a considerar sobre el documento es el de su suscripción. La firma constituye un medio de declaración de voluntad que establece un nexo jurídico entre el contenido del instrumento y una persona. Los documentos deben tener una impresión que normalmente se representa a través de una firma. Pero en el campo electrónico esa firma no puede representarse siempre de la forma tradicional, dada la propia naturaleza tecnológica del medio electrónico. Couture⁴⁶ define la firma como aquel “trazado gráfico, conteniendo habitualmente el nombre, los apellidos y la rúbrica de una persona, con el cual se suscriben los documentos para darles autoría y virtualidad y obligarse con lo que en ellos se dice”. Pueden apreciarse de esa definición dos conclusiones: a) Que la firma tiene una triple función: identificatoria, declarativa y probatoria; y, b) Que, además de la rúbrica que represente el nombre y el apellido de un sujeto, la firma consiste en un trazado gráfico, lo cual

⁴⁴ Chiovenda, G. *Principios de Derecho Procesal Civil*, t. II, Ed. Reus, Madrid, 1922; p. 369.

⁴⁵ Ramos Méndez, F. *Derecho Procesal Civil*, Barcelona, Ed. Bosch, 1980; p. 514.

⁴⁶ Couture, Eduardo J. *Vocabulario Jurídico*. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales; Montevideo, 1960.

admite concebirla a través de grafismos ilegibles. La rúbrica tradicional se puede representar en forma autógrafa u ológrafa, vale decir, a través de los trazos provenientes de puño y letra del firmante, que implica el contacto directo entre un papel y el suscriptor.

Pero en nuestro tiempo, la firma autógrafa no es la única forma de adjudicar la autoría de un instrumento a una persona, como son las claves, los códigos y los signos (criptografía), que son susceptibles de personalizarse también. Hay papeles que no tienen firma autógrafa en original, pero no puede por eso negárseles el valor que tienen, como son los billetes o papel moneda (contienen un facsímil con la firma autorizada del Presidente del Banco Central) o algunas solvencias de impuestos (contienen sello y firma autorizados). Del mismo modo, puede existir un documento electrónico sin firma, aunque sea firmable o reconocible por su autor. Para que un instrumento sea viable como prueba tiene que presentarse de forma documentada o ser legalmente reconocido. La presentación, además del papel, puede tener lugar mediante otro tipo de soporte, como un diskette o un disco compacto (CD). A través de esas fuentes y del recurso de las impresoras los discos o diskettes, o en general, la información almacenada en una computadora, pueden transmitirse también de una computadora a otra y pueden plasmarse en el papel.

No puede negarse, entonces, la existencia de una firma electrónica y de un documento electrónico. La firma electrónica se constata a través de caracteres colocados al final del documento. Está elaborada mediante procedimientos matemáticos (criptográficos) de forma codificada; y sustituye a la tradicional firma autógrafa que se coloca en un papel.

Una de las dudas que plantea esta nueva forma de instrumentar un documento es la determinación de cuándo un documento es original y cuándo una copia, pues su inscripción se realiza a través de un grabado en un disco magnético, que se lee o aprecia a través del monitor de una computadora, y esa forma documental se plasma en un papel a través de una impresora; de modo que hay, al menos, un soporte magnético y otro de papel. Probablemente, surgirán interpretaciones diversas, pero en realidad, puede afirmarse que se trata de un mismo documento, instrumentado a través de diferentes soportes; o, también, que hay un do-

cumento de primer grado, que es el soporte magnético y otro de segundo grado, que es el impreso en la hoja del papel.

Es el caso, por ejemplo, de los comprobantes que emite el cajero automático de un banco, a través del cual se deja constancia de un retiro dinerario, pero que no contiene una firma autógrafa. En este caso, se trata de un asentamiento que proviene de un soporte magnético, plasmado en un papel que constituye, cuando menos, un principio de prueba por escrito, porque su emisión activa la responsabilidad proveniente de la guarda de la cosa, como se infiere del artículo 1193 del Código Civil. Aquí se verifica algo semejante a lo que ocurre en el caso de los videos y de los diskettes, como recursos para la concentración del hecho probatorio.

El valor probatorio del instrumento electrónico va a depender de la clase de prueba donde conste como documento. Si ese documento es reconocido ante un funcionario legitimado tradicionalmente para darle carácter de fe pública al documento, como un Juez, Registrador o Notario, pues no habría inconveniente en establecer que se trata de un instrumento público. El problema puede presentarse cuando el registro de la información se ha confeccionado privadamente, lo que tampoco significa que sea inadmisibile. La autenticidad de estos documentos puede quedar establecida a través de su admisión o por su reconocimiento judicial, obviamente bajo juramento, sin que pueda descartarse también la recurrencia a la prueba pericial. Una vez establecida la identidad entre el texto de la información y su autor, procederá su valoración como prueba instrumental.

El problema que puede presentarse con relación a los documentos electrónicos, es el de su seguridad, siendo uno de los mayores escollos a afrontar el de la mentalización de la población y de los funcionarios públicos ante la modernidad y novedad que representan los medios electrónicos. La configuración de la “firma digital”, está concebida con base a dígitos o números y a símbolos, que vienen a representar una especie de clave o llave que solamente sería del conocimiento del autor de la firma, quien crea su propia identidad e identificación, pero no con trazos caligráficos, sino mediante símbolos o signos que deben encontrarse en poder de su titular. Puede decirse que se trata de un procedimiento

novedoso para la humanidad, de cierta complejidad técnica, pero de empleo sencillo para los usuarios.

Sin embargo, hay aspectos que pueden presentar mayor dificultad y que todavía no estarían completamente resueltos, como es el caso de los delitos que se pueden cometer para la obtención fraudulenta de una firma electrónica, o puede ocurrir sin mucha dificultad que una persona se haga pasar por otra; como también estaría por resolverse el caso del fallecimiento del titular de una firma electrónica cuyos archivos contengan información importante desde la perspectiva legal.

La firma electrónica requiere de una participación tripartita, cuyos sujetos son:

a) El firmante: es aquella persona física que actúa en su propio nombre o en representación de una persona jurídica. En la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas (artículo 2) se le alude de varias maneras:

- Persona: todo sujeto jurídicamente hábil, bien sea natural, jurídica, pública, privada, nacional o extranjera, susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones.
- Emisor: Persona que origina el Mensaje de Datos por sí mismo, o a través de terceros autorizados.
- Signatario: Es la persona titular de una Firma Electrónica o Certificado Electrónico.

El signatario es entonces, el autor o persona que crea una firma electrónica, quien lo hace a través de un “dispositivo de creación de firma”, que son los códigos, datos o claves criptográficas privadas de configuración única.

b) El certificador: viene a ser aquel sujeto (persona física o jurídica), un tercero en la relación, suficientemente acreditado, que brinda confiabilidad suficiente de su servicio, que se tra-

duce en seguridad jurídica de las comunicaciones por medios informáticos y telemáticos, actividad que debe ser regulada legalmente para que se produzca la citada confiabilidad. Se le menciona en la Ley así:

Proveedor de Servicios de Certificación: Persona dedicada a proporcionar Certificados Electrónicos y demás actividades previstas en el Decreto-Ley.

El certificado (se le reconoce como una constancia de clave pública o identificador digital) es un documento electrónico emitido por una autoridad certificadora, que permite la identificación segura del poseedor de la firma, evitando su suplantación identificativa por terceros.⁴⁷ El certificado confiere así seguridad sobre la clave pública que se maneja para la verificación de una firma, de modo que permite inferir que un texto le pertenece realmente a quien creemos es su autor. Al respecto, legislaciones de otros países han considerado como una presunción “que la firma electrónica vinculada a una autoridad de certificación establecida legalmente es eficaz desde el punto de vista probatorio, al igual que la firma manuscrita”.⁴⁸

La Ley venezolana (LMDFE) contempla esta actividad a través de los Proveedores de Servicios de Certificación, que pueden ser personas naturales o jurídicas y cuya acreditación depende de una Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica. No obstante, la Ley (artículo 38) establece que el Certificado Electrónico garantiza la autoría de la Firma Electrónica y la integridad del Mensaje de Datos, pero no le confiere autenticidad o fe pública como la que otorgan los funcionarios públicos a los actos y documentos que (dentro de su competencia) suscriben.

c) El tercero o el destinatario: con base a criterios de confianza acepta el contenido de la información que equivale al tercero de

⁴⁷ Página Web: <http://a01-inix.gsync.inf.uc3m.es/>

⁴⁸ Moreno Navarrete. *Ob. Cit.*, p. 110, refiriéndose a la Propuesta de Directiva del parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece un marco común para la firma electrónica.

buena fe no tiene que ser, necesariamente, una contraparte en la relación contractual, sino aquel que cree en el certificado que determina la identidad entre el autor de una firma electrónica y la información que se presenta. La Ley lo alude así:

Destinatario: Persona a quien va dirigido el Mensaje de datos.

2.4.2 *La contratación electrónica y los medios probatorios*

Como es sabido, los documentos pueden ser públicos o privados teniendo que los primeros plena eficacia probatoria por estar dotados de la llamada fe pública. De manera que, en principio tenemos que inferir que el documento electrónico equivale a un documento privado, porque es emitido solamente por un particular. No puede descartarse tampoco, la posibilidad de que en un futuro próximo se conciba alguna forma de emisión de estos documentos a través de una certificación expedida por algún funcionario público, como lo son en la actualidad los Jueces, Registradores y Notarios, para que alcancen una categoría similar a la de los documentos públicos. Muchos países disponen, por ejemplo, de un moderno sistema de registro público.

La Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas se erige como norma rectora sobre la materia, aunque la previsión es tan genérica que no establece una pauta concreta, sino que, sin suficiente precisión, se diluye en el código procesal. Se transcribe la norma, contenida en el artículo 4°:

Los Mensajes de Datos tendrán la misma eficacia probatoria que la ley otorga a los documentos escritos, sin perjuicio de lo establecido en la primera parte del artículo 6 de este Decreto-Ley. Su promoción, control, contradicción y evacuación como medio de prueba, se realizará conforme a lo previsto para las pruebas libres en el Código de Procedimiento Civil.

La información contenida en un Mensaje de Datos, reproducida en formato impreso, tendrá la misma eficacia probatoria atribuida en la ley a las copias o reproducciones fotostáticas.

La Ley presenta algunos equívocos en el tema probatorio, puesto que, primero declara la equiparación de los mensajes electrónicos con la prueba documental, lo cual es una ratificación de que se encuadra dentro de las pruebas legales consagradas en el Código Civil; pero a la vez, ordena su tramitación como si se tratara de una prueba libre, que se refiere a aquellos medios probatorios que no se encuentran expresamente consagrados en un texto legal y en un momento determinado; y, finalmente establece que la impresión de un mensaje tiene la misma eficacia probatoria de las copias fotostáticas, que está prevista como prueba legal en el artículo 502 del Código de Procedimiento Civil.

En efecto, es sabido que los medios legales de pruebas son aquellos expresamente previstos en las leyes (llamados también medios nominados), no así los medios libres (medios innominados), pero que, sin embargo, pueden ser utilizados para llevar determinados hechos al proceso. Así está establecido por el artículo 395 del Código de Procedimiento Civil. Bajo este prisma, resulta un contrasentido que la Ley entremezcle conceptualmente los dos tipos o medios probatorios. Es posible que la confusión del legislador devenga de la diferenciación elemental que ha de tenerse entre una fuente y un medio de prueba. Es fuente de prueba todo aquello que tenga significación probatoria, resultando preexistente e independiente del proceso mismo; mientras que es medio de prueba el acto de incorporación de esos hechos al proceso.

Rengel Romberg⁴⁹ hace alguna referencia al tema cuando señala que “resulta difícil aislar un medio de prueba innominado que no se encuentre incluido entre los medios expresamente contemplados por las leyes, o que no tenga alguna semejanza con éstas. Sobre todo ahora, que el nuevo código ha incluido entre los admisibles en el juicio civil, no sólo a los medios tradicionales previstos en el Código Civil y en otras leyes de la República, sino también, otros que la moderna “*ciencia informática*”, o “*informática jurídica*”, ha venido poniendo a disposición de la administración de justicia, entre ellos: radiografías, radioscopias, análi-

⁴⁹ Rengel Romberg, Aristides. *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano*, Tomo III, Editorial Ex Libris, Caracas, 1991; p. 324.

sis hematológicos, bacteriológicos, la representación mecánica de documentos, las reproducciones o grabaciones fotográficas, fonográficas y cinematográficas; las pericias técnicas y experimentos, y en general la reconstrucción o reproducción de hechos y circunstancias que requieren el empleo de medios, instrumentos o procedimientos mecánicos o científicos”.

Los recaudos electrónicos representan, por consiguiente, una prueba documental; y, para confirmarlo podemos hacer uso de la definición que aporta Devis Echandía⁵⁰ al referirse al documento como “toda cosa que sea producto de un acto humano, perceptible con los sentidos de la vista y el tacto, que sirve de prueba histórica indirecta y representativa de un hecho cualquiera”. No obstante, la regulación de estos medios parece más compleja que la mera prueba documental, mereciendo mayor atención y regulación que la exigua atención que le ha prestado el legislador venezolano.

El primer problema a abordar es el de la fidelidad del medio probatorio, porque la tecnología representativa del documento electrónico no descarta la posibilidad de que se puedan cometer ilicitudes o irregularidades en su obtención. En otras palabras, es factible que sea fácil para determinadas personas con conocimientos especializados, falsear el contenido de la información. Tampoco es fácil determinar la autoría del medio, como sí ocurre con los documentos regulares, porque no es posible una grafología de la firma ni de la escritura para demostrar la autenticidad y la integridad del instrumento. Por lo tanto, las garantías de fidelidad de la prueba no se corresponden con los documentos convencionales; aunque, claro está, ambos se asemejan ante la factibilidad de su falsificación.

En un trabajo realizado sobre la prueba a través de un documento multimedia, caracterizado porque su contenido se expresa a través de medios como el sonido, la imagen e inclusive el texto, presentables a través

⁵⁰ Devis Echandía, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*, Tomo 2, Biblioteca Jurídica Dike, Bogotá, 1987; p. 486.

de computadoras, que por lo tanto atañe a la firma electrónica, Nieva Fenoll⁵¹ señala la afectación que este tipo de instrumentos tiene sobre la seguridad jurídica y por ende la necesidad de tutelarlos. De ahí la existencia de algunas técnicas, como el clásico código “PIN” (*personal identification number*) de cuatro dígitos y la encriptación (codificación del documento para que lo vea solamente quien dispone de una clave) del contenido del documento que se hace llegar al otro contratante. Esta sería una vía para garantizar tanto la identidad de los contratantes como la integridad del documento.

Pero a la vez, cabe suponer la posibilidad de que un tercero pueda utilizar indebidamente la firma, si por ejemplo el usuario no la ha guardado bien (o si alguien observó y tomó la clave de otro para utilizarla) si la entidad certificadora almacena los datos de la firma y accede a ella indebidamente; es decir –agrega– así como alguien puede robarnos un documento, puede hacerlo con nuestra cartera donde tenemos una tarjeta de crédito llevando apuntado el PIN para activarla.

Nieva Fenoll considera la posibilidad de utilización de otros medios para la autenticación de la identidad de un documento electrónico o soportes informáticos, pero aclara que tales medios todavía pueden presentar fallas que no las hacen suficientemente confiables. Se refiere a la técnica de la biometría, todavía en fase experimental, “que consiste en la identificación automática de personas a través de rasgos físicos de la propia persona, tales como manchas de iris, las huellas dactilares o incluso la mano sin necesidad de pruebas periciales dactiloscópicas, la tipología de tejidos, los análisis de ADN, etc. También se está ensayando, con cierto éxito, mecanismos que reconocen la voz de la persona”. De hecho, la telefonía celular ya ha instalado en los aparatos actuales la posibilidad de grabar el teléfono de las personas y activar la llamada mediante la voz del dueño del teléfono celular.

⁵¹ Nieva Fenoll, Jordi. *La prueba en documento multimedia en la Ley Española 1/2000 de Enjuiciamiento Civil*, en Revista de Derecho Probatorio N° 13, Director: Jesús Eduardo Cabrera Romero, Ediciones Homero, Caracas, 2003; pp. 451-453.

En suma, pueden concebirse tres grandes técnicas para la autenticación del documento electrónico, que son:

- a) El Código Secreto o Código de Ingreso, reconocido comúnmente con las siglas inglesas “PIN”, que es una combinación de letras y números que crea y reconoce el titular mismo para acceder a su propia información.
- b) La Criptografía, que es un texto creado en claves confidenciales a través de procesos matemáticos (llamados algoritmos), que no son identificables por terceros por corresponder a una clave secreta.
- c) La Biometría, cuya identificación se traduce en datos o signos físicos o biológicos, como la voz, iris ocular, las huellas digitales, entre otros.

Retomando el asunto de la norma rectora de los medios probatorios de la Firma Electrónica, tenemos que, además de la prueba documental propiamente dicha, también se establece una remisión a la normativa del código procesal a través de las copias fotostáticas previstas por el artículo 429, como a las copias o reproducciones fotostáticas, establecidas en el artículo 502 del mismo código. En el primer caso se le asigna a esas copias un valor fidedigno mientras no hayan sido impugnadas por el adversario; admitiéndose el recurso del cotejo en caso de impugnación, el cual sí podría presentar algunas dificultades en el caso de los documentos electrónicos, porque no se dispone de un instrumento original para hacer la confrontación instrumental, que es el objeto del cotejo. En el caso de la reproducción de copias a que se contrae el artículo 502 conllevaría a la asistencia de una prueba pericial.

Puede inferirse que la contratación electrónica plantea una serie de modalidades en materia probatoria, algunas de ellas pueden además resultar bastante onerosas por requerir, precisamente, de la asistencia pericial, suficientemente calificada para merecer la necesaria confianza. Tales medios y modalidades tienen entonces que circunscribirse, subsumiéndolos en la prueba documental y dentro de la licitud de la prueba, de modo

que refleje su autenticidad, fidelidad y veracidad, presentándose el respeto al principio del contradictorio y a la tutela jurídica efectiva.

Al respecto, considerándolo como una complementación, opina Henríquez La Roche⁵² que, si “la ley impone la carga de desconocimiento o tacha de falsedad al presunto otorgante, también ha de imponerse, por analogía, la carga de tacha de falsedad al sujeto o corporación de quien se reputa emanado del papel impreso (*printeado*) por una computadora, aunque no tenga firma. La prevalencia probatoria de ciertos documentos informáticos sobre el instrumento privado por reconocer, debería llevar a concederle un valor probatorio pleno, hasta prueba en contrario, si el origen de tales documentos es verosímil. La presunción *iuris tantum* de veracidad de su contenido surte efecto contra el antagonista en litigio, de la misma manera que el documento reconocido produce efectos probatorios frente a terceros (terceros no destinatarios ni involucrados en la relación jurídica), según lo dispone la tarifa legal del artículo 1.363 del Código Civil”.

En conclusión, el documento electrónico ha de ser subsumido dentro de los documentos privados, pero no debe descartarse la posibilidad de recurrencia a otros medios probatorios que conforman el marco legal complementario que está relacionado con la contratación electrónica, como puede apreciarse a continuación. En consecuencia, cabe organizar el elenco probatorio que regula la documentación electrónica de la forma siguiente.

1.- **Pruebas esenciales:**

Es la prueba instrumental, en principio el documento privado, sin que deba descartarse al documento público cuando se cumplan las formalidades que lo caracteriza; incluidas las copias fotostáticas y reproducciones. También sería factible el empleo del recurso de la exhibición

⁵² Henríquez La Roche, Ricardo. *Código de Procedimiento Civil*, T. III, Caracas, 1996; p. 228.

instrumental cuando el documento electrónico no se encuentre en posesión de las partes, razón por la cual tendría que solicitarlo una de ellas; requiriéndose que la comprobación se haga *in situ*, en presencia del juez, donde se encuentre el documento electrónico, y siendo el medio un equipo de computación.

2.- Pruebas complementarias:

Con la finalidad de que el juez arribe libremente a la convicción del caso, la admisión de un documento electrónico puede provenir, por no estar prohibido y haberse consagrado la libertad probatoria sobre la materia, obteniéndosela a través de medios probatorios complementarios, como los siguientes:

- a) La confesión, a través de las posiciones juradas sobre la veracidad y certeza de los documentos provenientes de procedimientos electrónicos que se hayan aportado al procedimiento judicial.
- b) La prueba testimonial, a través de la declaración de terceros que hayan presenciado cualesquiera de los hechos controvertidos relacionados con el proceso que ventile un contrato electrónico, sea porque lo hayan manipulado o porque haya presenciado su elaboración.
- c) La experticia o dictamen de peritos, que pueden ser necesarios o determinantes en ciertos casos, cuando su concurso se requiera para verificar el contenido y autenticidad del documento electrónico e informático, siendo que, por su naturaleza técnica, se esté en presencia de hechos que hacen conveniente la pericia científica de técnicos en la materia. Cuando se dude de la autenticidad de un documento electrónico, es evidente que se requerirá de la prueba pericial, la cual debe ser realizada por un experto informático en comunicaciones, quien puede establecer la titularidad del documento y si se han producido alteraciones, según el caso. Sin duda que la experticia sería apreciada por el juez conforme a las reglas de la sana crítica.

d) El reconocimiento judicial, para casos cuando ha de dejarse constancia de las características de un determinado documento electrónico proveniente de determinada computadora, programa o sistema, para su elaboración y para determinar si ha sido objeto de manipulaciones o adulteraciones; lo cual implica, además, la asistencia de prácticos o expertos en la materia. No debe confundirse con la Inspección Judicial, como puede apreciarse.

e) Las presunciones, que no serían descartables como medio indiciario o supletorio de prueba.

3.- Pruebas Libres:

De acuerdo a la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas (LMDFE), en atención a la prueba libre, sería viable cualquier otro medio no previsto expresamente, pero que pudiera conferir certeza al hecho o acto que sea objeto de la prueba, mediante el cumplimiento de las formalidades legalmente establecidas.

2.4.3 *Valoración probatoria*

Una vez cumplidos los extremos legales, la firma electrónica tiene el mismo valor jurídico que una firma manuscrita. Así lo reconoce expresamente el artículo 16 de la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas. Como contrapartida, la falta de valoración de los elementos de convicción que comporta puede dar lugar a los recursos previstos en materia de valoración probatoria.

La Ley en referencia condiciona la eficacia probatoria a que la Firma Electrónica cumpla los requisitos que le establece ella misma; pero agrega que, sin embargo, cabe entender que, cuando no se cumpla con todos esos requisitos, puede constituir “un elemento de convicción valorable conforme a las reglas de la sana crítica”.

Por lo tanto, le corresponde a los tribunales la valoración probatoria según las reglas de la sana crítica, extendida así, a las pruebas basadas

en la reproducción de palabras, imágenes y sonidos captados mediante instrumentos de filmación, grabación y otros semejantes; con posibilidad de utilizar recursos complementarios, como interrogatorios de las partes y de testigos, declaraciones de peritos y reconocimiento judicial en la sede tribunalicia. Obviamente, todas las actuaciones así desarrolladas tendrán que concluir con el levantamiento de un Acta que recoja sus resultados.

La tarea del sentenciador en una causa donde esté en juego un contrato electrónico implica que se encuentre a tono con la realidad tecnológica que tiene y su atipicidad, tanto como instrumento, como en cuanto a su valor probatorio. En consecuencia, su labor ha de dirigirse a evitar que se produzca la indefensión en cualquiera de sus manifestaciones, ya que el derecho a la prueba está enlazado con el derecho a la defensa; y, como se dijo, la materia a evaluar puede resultar bastante especializada.

Uno de los aspectos a considerar al momento de la valoración de la prueba es el de su pertinencia, es decir, la adecuación que deben tener las pruebas con relación al tema que es objeto del juicio. “Lo que interesa y da validez a las pruebas empleadas es la relación que las pruebas guardan con lo que constituye en *thema decidendi* para el Tribunal y expresa la capacidad de los medios utilizados para formar la definitiva convicción del Tribunal”, señala Barriuso Ruiz.⁵³

Conforme a las reglas de la sana crítica, la prueba es valorada por el juez a su prudente arbitrio, pero considerando los avances tecnológicos a que tantas veces se ha hecho referencia (utilización de Internet, técnicas de multimedia, entre otros recursos), respetándose además la dignidad, el honor y la intimidad de las personas que puedan verse afectadas a la luz de la naturaleza de este tipo de contratación; pues, de lo contrario, cabe la posibilidad de la interposición de un recurso de amparo constitucional.

⁵³ Barriuso Ruiz, Carlos. *La contratación electrónica*. Editorial Dykinson, Madrid, 2002; p. 402.

El tema de la valoración de las pruebas tiene como finalidad el establecimiento de su eficacia. Si esa eficacia es reconocida, se dice que se configuró la plena prueba; si hay un condicionamiento de la valoración a la aportación de otras pruebas que se denomina prueba semiplena, está más cercana a la prueba plena, se habla entonces de principio de prueba, mientras que si es al contrario, esto es, más próxima a la no prueba, se denomina indicio.⁵⁴

2.5 SOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONTROVERSIAS EN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA: LA MEDIACIÓN Y EL ARBITRAJE EN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

El tráfico de productos y servicios informáticos, que son el objeto del comercio y de la contratación electrónica está caracterizado por su gran dinamismo y celeridad, propio –tal vez con mayor acento– de la actividad comercial. En este sentido, se busca concretar el mayor número de transacciones posible, en el menor tiempo necesario y de la forma más sencilla que se pueda. De allí que, lo que más desean todos los sujetos que forman parte de las contrataciones electrónicas es poder resolver los conflictos que puedan presentárseles de la forma más rápida y menos onerosa posible, todo lo cual se convertirá en confiabilidad para el sistema legal con incidencia en el ahorro de dinero y tiempo.

El comercio electrónico, entendido como “cualquier forma de intercambio de bienes o de servicios –entre individuos, empresas, o administraciones públicas– que se lleve a cabo mediante medios electrónicos, sin presencia física simultánea del comprador y del vendedor”,⁵⁵ se materializa a través de contratos electrónicos, inmersos en una serie de particularidades que los distinguen significativamente del comercio tradicional. Una de ellas es que los contratantes pueden provenir de cualquier parte del mundo, del mismo modo que los productos o servicios contratados, como programas enviados a través de la red o los

⁵⁴ Carnelutti, F. *Ob. Cit.*, pp. 471-472.

⁵⁵ Amutio Castaño, Marisa y Mateu Tortosa, Jorge. *Guía para Consumidores del Comercio Electrónico*. Ediciones Revista General del Derecho. Valencia. 2003. p. 13.

mismos artículos tangibles, pueden provenir también de cualquier parte del mundo. Siendo así, es frecuente que la contratación electrónica trascienda a menudo el ámbito de la jurisdicción territorial y legal de los participantes en la contratación, lo cual apunta hacia la necesidad de contar con procedimientos de resolución de conflictos expeditos, funcionales y sencillos, dentro de los cuales, es sabido, se encuentran la Mediación y el Arbitraje como los más adecuados para resolver tales situaciones conflictivas.

Al respecto, Carrascosa, Pozo y Rodríguez,⁵⁶ consideran que la mediación y el arbitraje son los mecanismos más adecuados para resolver ese tipo de controversias, a fin de evitar grandes pérdidas para las empresas que dependen de sistemas informáticos para sus contrataciones. Sin embargo, a pesar de creer que siempre debe acudir a la mediación como un primer paso, por ofrecer posibilidades de resolución muchos más rápidas, creativas y cooperadoras, no apuestan mucho a su éxito, basados en las estadísticas reflejadas por una práctica que indica que la mediación no ha dado resultados positivos, siendo más efectivo el arbitraje. Se agrega que, en el campo de la informática, la mediación puede ser la vía más adecuada para resolver problemas que se refieran “no a la aplicación de *normas jurídicas*, sino al incumplimiento *técnico* de la materia negocial”.

Es interesante observar cómo en la Comunidad Europea, tal como refiere Barriuso Ruiz,⁵⁷ a través de planes de acción sobre políticas de los consumidores y de diversos acuerdos logrados a través de las llamadas “Directivas”, se incentiva a los países miembros, a la solución extrajudicial de conflictos en el comercio electrónico a través de la mediación y del arbitraje, especialmente los arbitrajes de consumo y el *on-line* (Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de Junio de

⁵⁶ Carrascosa López, V., Pozo Arranaz, M^a. A. y Rodríguez de Castro, E.P. *La contratación informática: el nuevo horizonte contractual. Los contratos electrónicos e informáticos*. Tercera edición. Editorial Comares. Granada. 2000.

⁵⁷ Barriuso Ruiz, Carlos. *La Contratación Electrónica*. 2^a edición. Editorial Dykinson, S.L. Madrid. 2002.

2000).⁵⁸ La Comunidad Europea ha previsto la utilización de mecanismos alternos, como la mediación, para solucionar conflictos que pudieran presentarse entre empresas suministradoras de redes o servicios de comunicaciones de estados miembros y hasta entre partes que se encuentren radicadas en diferentes Estados (Directiva 20002/21/CE del Parlamento Europeo del Consejo 7 de marzo de 2002, artículos 20 y 21).

En particular, España cuenta hoy en día con una importante legislación sobre el comercio electrónico, la cual contempla que la resolución de controversias en el comercio electrónico sea resuelta extrajudicialmente a través de mecanismos alternos como la Mediación y el Arbitraje. Tal es el caso del Real Decreto del 3 de mayo de 1993 que regula el Sistema Arbitral de Consumo, creándose Juntas Arbitrales de Consumo y los Colegios Arbitrales, que desarrollan procedimientos especiales para decidir conflictos. Más recientemente, la Ley 24 del 11 de julio de 2002 sobre Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico, establece en su artículo 32 la posibilidad de recurrir a la solución extrajudicial de conflictos como medio alternativo para dirimir controversias de esta naturaleza.

Ha quedado prevista así, la recurrencia a medios electrónicos para la resolución extrajudicial de conflictos, que se refiere al llamado arbitraje *on-line*, convirtiéndose en un importante y cómodo mecanismo para resolver controversias, en especial para aquellas partes en conflicto que se encuentran radicadas en sitios distantes e incluso en países diferentes. Inclusive, puede desarrollarse todo el proceso de arbitraje a través de Internet, de manera que todo el proceso de audiencias, presentación de pruebas y hasta la emisión del laudo se tramitan a través de la red.

En la legislación española, los arbitrajes en materia electrónica, al igual que aquellos provenientes del comercio tradicional, pueden ser utilizados para dilucidar cualquier tipo de queja o reclamación “de consumido-

⁵⁸ Para mayor profundización ver Orduña Moreno, Francisco y Plaza Penadés, Javier. *Legislación sobre comercio electrónico y nuevas tecnologías*. Tirant Lo Blanch. Valencia 2.003. p. 71 y ss.

res o usuarios con las excepciones de intoxicación, lesión, muerte, delito, resolución judicial firme y definitiva e intervención del ministerio Fiscal”.⁵⁹ El Sistema Arbitral de Consumo con que cuentan los españoles, según Amutio Castaño y Mateu Tortosa,⁶⁰ resulta ser un medio de resolución extrajudicial “gratuito, accesible, especializado, rápido, vinculante, ejecutivo, privado y voluntario”, consistente en un procedimiento de arbitraje al cual pueden acudir solamente los consumidores o usuarios y los prestadores de servicios (no pueden utilizar este procedimiento otras partes distintas a las mencionadas, como por ejemplo, dos empresas de servicios electrónicos). Este procedimiento arbitral es auspiciado y administrado por las Administraciones Públicas Municipales, principalmente a través de las llamadas “Juntas Arbitrales de Consumo”, que están conformadas a su vez, por integrantes de la Administración Pública, empresarios y consumidores, de manera que se pueda garantizar un equilibrio en los intereses de todos.

En Venezuela, la Ley de Arbitraje Comercial contempla la posibilidad de sometimiento de controversias comerciales al Arbitraje, en todas aquellas materias que sean disponibles, es decir, susceptibles de transacción. Las relaciones jurídico-comerciales sometidas a ordenamientos jurídicos de países distintos son susceptibles de encuadrarse perfectamente dentro de un arbitraje comercial internacional y podría pensarse, incluso, en la utilización de un arbitraje *on-line* para su resolución. El único aspecto que debe ser tomado con sumo cuidado en nuestro país, es lo establecido en el artículo 6 de la Ley de Arbitraje Comercial, según el cual, “en los contratos de adhesión, la manifestación de voluntad de someter el contrato a arbitraje deberá hacerse en forma expresa e independiente”. Siendo así, dado que la mayoría de los contratos electrónicos responden a la suscripción adhesiva, lo recomendable es que los contratantes estipulen expresamente su voluntad de resolver sus eventuales conflictos a través de la alternativa del proceso de arbitraje; así como también la renuncia expresa a la jurisdicción ordi-

⁵⁹ Barriuso Ruiz, Carlos. *Ob. Cit.* p. 418.

⁶⁰ Amutio Castaño, Marisa y Mateu Tortosa, Jorge. *Ob. Cit.*, p. 71.

naria, y que se proceda a la elección de Tribunal Arbitral que conocería de la controversia, el procedimiento a seguir y la legislación aplicable.

Las únicas restricciones que surgen sobre este medio alternativo en su aplicación a la contratación electrónica, son las que, por analogía o vía extensiva, se aplican a la contratación tradicional; en cuyo sentido, la Ley de Arbitraje Comercial hace algunas reservas a través de los artículos 3 y 4, estableciendo que no podrán someterse a arbitraje, aquellas materias que no tienen carácter comercial o que son contrarias al orden público, o sobre las que existe cosa juzgada, o derivada de una sentencia definitivamente firme, ni tampoco sobre los delitos, las faltas, controversias relacionadas con atribuciones de imperio y en las que una de las partes sea un ente de derecho público, el estado civil o la capacidad de las personas, los bienes o derechos de incapaces. En cuanto a los acuerdos celebrados por empresas públicas de primer o segundo grado de descentralización, con alta participación accionaria por parte del Estado, se requerirá, como bien lo expresa la ley, la autorización previa del órgano estatutario y del Ministro de tutela, es decir, del encargado funcional al cual esté adscrita la empresa.

Con relación a otros organismos diferentes a las sociedades públicas, como son Institutos Autónomos, Fundaciones, Asociaciones Civiles, etc., pertenecientes a la Administración Pública, pero que realicen actividades comerciales, tales instituciones podrían pactar un sometimiento arbitral, pero se requiere de la autorización expresa por parte de sus órganos de adscripción, si lo tienen, lo cual dependerá del grado jerárquico administrativo de sus partes constituyentes.

De consiguiente, los medios alternativos de resolución de controversias como la Mediación y el Arbitraje son, en el ámbito mundial, opciones adecuadas y válidas para la resolución de controversias. En Venezuela, los nuevos sistemas de contratación comercial electrónica y la comunicación global han sobrepasado y sorprendido, con su modernidad y aplicabilidad, a las previsiones legales que se han tomado hasta ahora dentro de nuestras fronteras. El tema de la jurisdicción, con su tendencia a su “universalización”, está provocando cambios tan importantes como necesarios, que amerita su revisión, a la luz de los cambios sociales que

están produciéndose en todo el mundo con su dirección hacia la globalización integral. El crecimiento de las operaciones en Internet es indetenible y las nuevas generaciones no conciben ya las comunicaciones sin el uso de la red ofrecida por las computadoras, lo cual nos lleva al mismo punto de partida de este trabajo.

CONCLUSIÓN

En estas páginas, que parecieran insuficientes para tratar el tema de la contratación informática, se ha pretendido realizar un trabajo de acopio de material legal y doctrinario extranjero, asumiendo que, hasta este momento, es escaso el material publicado al respecto en nuestro país; y que, en lo sucesivo, serán muchos los aportes que se presentarán a los operadores del Derecho en Venezuela. Es la Doctrina la llamada a mostrar su empeño en plantear salidas y recursos ante la multitud de problemas que tiene la contratación informática, tanto en su concepción teórica, como en su desenvolvimiento práctico.

Espero que el resultado de este esfuerzo se traduzca en beneficio para los lectores.

Reflexiones sobre la personalidad jurídica en derecho tributario

Ángel GABRIEL VISO*

SUMARIO:

Introducción

- 1. Ideas Preliminares:** **1.1** *Conceptos básicos.* **1.2** *Casos de indeterminación de la personalidad jurídica. Limitaciones y graduaciones de la capacidad jurídica.* **1.3** *Las sociedades.* **1.4** *Atributos de la personalidad jurídica. El Patrimonio.*
- 2. Aspectos fundamentales de la personalidad jurídica en materia tributaria:** **2.1** *Entes sin personalidad jurídica:* **2.1.1** *Planteamiento del tema.* **2.1.2** *Algunos ejemplos.* **2.1.3** *Algunos*

* **Universidad Católica Andrés Bello**, *Cum Laude*, Primer alumno del curso. **Centre Indépendent de Recherches et Etudes Philosophiques** (Cirep), Toulouse, Francia, Estudios de Filosofía. **Universidad Central de Venezuela**, Especialista en Derecho Tributario. Trabajo de Grado con mención Excelente y publicado en la Revista de la Facultad, N° 115 (1999). Autor de diversos artículos publicados en revistas especializadas. Ejerce su profesión de Abogado en **Viso, Rodríguez, Cottin, Medina, Ramírez & Asociados**, donde dirige el Departamento Tributario.

temas importantes. **2.1.4** Nuestra opinión. **2.2** *El desconocimiento de la personalidad jurídica*: **2.2.1** Explicación del mecanismo. **2.2.2** Justificación. **2.2.3** El levantamiento del velo en derecho privado. **2.2.4** Interpretación de la función calificadora prevista en el artículo 16 del Código Orgánico Tributario. **2.2.5** Requisitos de procedencia de la función calificadora. **2.2.6** Otras hipótesis en las cuales resulta procedente la realización de la función calificadora. **2.2.7** Ejemplos de normas que desconocen la personalidad jurídica. **2.2.8** Pasos a seguir en el mecanismo de levantamiento del velo.

Conclusión

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto analizar brevemente el tema de la personalidad jurídica en derecho tributario, destacando algunos aspectos en los cuales podría diferir la concepción de la personalidad jurídica que priva en derecho privado de la que prevalece en derecho tributario. Este estudio no pretende ser exhaustivo. Por razones de espacio, sólo se han tomado en cuenta normas contenidas en el Código Orgánico Tributario, en la Ley de Impuesto sobre la Renta, en la Ley que establece el Impuesto al Valor Agregado, y en la Ley de Impuesto sobre Sucesiones, Donaciones y demás Ramos Conexos. Temas como el de los precios de transferencia, las agrupaciones económicas y otros igualmente importantes, relacionados con la materia, no han sido analizados.

En primer lugar, se dedicarán unas líneas a recordar algunos principios de la teoría de la personalidad jurídica en general, para luego analizar los dos aspectos más relevantes del estudio planteado, a saber, los casos en los cuales parecería existir personalidad jurídica en el derecho tributario cuando no existe personalidad jurídica en el derecho privado y, a la inversa, cuando existiendo una persona jurídica reconocida por el derecho privado, se la desconoce a los efectos tributarios bajo ciertos supuestos. Se incluirán ciertos ejemplos de ambos casos. Finalmente, se presentarán unas conclusiones.

1. IDEAS PRELIMINARES

1.1 CONCEPTOS BÁSICOS

Persona es todo sujeto susceptible de tener derechos y obligaciones y, como consecuencia de lo anterior, de tener un patrimonio.¹

Todos los individuos de la especie humana son considerados como personas (artículo 16 del Código Civil). Son las llamadas personas naturales. Ahora bien, también existen las denominadas personas jurídicas, personas morales o personas colectivas que, sin ser individuos de la especie humana, tienen muchas de las características legales de éstas, en el sentido de que pueden tener derechos y obligaciones, así como un patrimonio propio, distinto del de sus fundadores, miembros, socios o accionistas.² Ello se desprende, en el campo del derecho civil, del artículo 19 del Código Civil, y en el derecho mercantil, del artículo 201 del Código de Comercio.

El fundamento de la existencia de las personas morales o colectivas radica en la naturaleza social del hombre, quien necesita a sus semejantes para lograr sus fines.³ La condición social del hombre es reconocida

¹ En esta definición coinciden todos los autores. Véanse a título de ejemplo C. Aubry et C. Rau, *Cours de Droit Civil Français*, Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence, Paris, 1869, p. 179; Henri de Page, *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*, Primer Tomo, 2ª. Edición, Etablissements Emile Bruylant, Bruselas, 1939, p. 291; Louis Josserand, *Derecho Civil*, Tomo I, Volumen I, *Teorías Generales del Derecho y de los Derechos. Las personas*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Bosch y Cía.-Editores, Buenos Aires, p. 170.

² José Mélich Orsini, en *La Doctrina General del Contrato*, Editorial Jurídica Venezolana, Marcial Pons, 3ª edición corregida y ampliada, Caracas, 1997, p. 83, define a la persona jurídica como: “aquella entidad que es pura creación del ordenamiento jurídico mediante la fusión de medios materiales y de seres humanos para convertirla en centro de referencia de relaciones jurídicas activas o pasivas consideradas en su totalidad como un patrimonio autónomo, cuya titularidad se manifiesta a través de la voluntad de aquellos seres humanos que, como expresión de esa propia organización jurídica del ente, actúan en posición de órganos suyos”.

³ Aristóteles, en “Política”, Alianza Editorial, Madrid, 2000, pp. 47 y 48, afirma: “Por lo tanto, está claro que la ciudad es una de las cosas naturales y que el hombre es, por naturaleza, un animal cívico. Y el enemigo de la sociedad ciudadana es, por naturaleza, y no por casualidad, o bien un ser inferior o más que un hombre”. Más adelante, señala: “Así que está claro que la ciudad es por naturaleza y es anterior a cada uno. Porque si cada individuo, por separado, no es autosuficiente, se encontrará como las demás partes, en función a su conjunto. Y el que no puede vivir en sociedad, o no necesita nada por su propia suficiencia, no es miembro de la ciudad, sino como una bestia o un dios”.

por la Constitución vigente en varios artículos. Así, por ejemplo, el artículo 52 reconoce el derecho de toda persona de asociarse con fines lícitos; el artículo 53 establece el derecho de reunión; el artículo 62 consagra el derecho a la participación política; el artículo 70 señala diversos medios de participación política y social, como las asambleas de ciudadanos, el cabildo abierto, etc.; el artículo 77 protege al matrimonio; el artículo 95 prevé el derecho de los trabajadores a la sindicalización; el artículo 118 promueve las asociaciones y cooperativas, etc.

Aunque frecuentemente se identifican, los conceptos de personalidad jurídica y de capacidad jurídica deben ser distinguidos. La personalidad jurídica es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, y la capacidad jurídica o de goce la medida de dicha aptitud.⁴

1.2 CASOS DE INDETERMINACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA. LIMITACIONES Y GRADUACIONES DE LA CAPACIDAD JURÍDICA

A pesar de que, a primera vista, debería ser fácil la determinación de quiénes son las personas jurídicas y desde cuándo se tiene la personalidad jurídica, en la práctica, existen zonas grises donde es difícil saber a ciencia cierta si se ha iniciado o ha terminado la personalidad jurídica o si ésta existe sólo para ciertos efectos. Unos pocos ejemplos ayudarán a explicar este punto.

Antes del inicio de la vida humana, que es en definitiva lo que confiere la personalidad jurídica al ser humano (artículo 17 del Código Civil), existe la posibilidad de adquirir derechos. En efecto, el concebido (*conceptus*), se tendrá como nacido cuando se trate de su bien (artículo 17 del Código Civil), es decir, puede adquirir derechos e incluso obligaciones si éstas son inseparables de algunos derechos y son de un valor inferior a éstos, como suele ocurrir en una herencia.⁵

⁴ Al respecto, ver José Luis Aguilar Gorrondona, *Derecho Civil I, Personas*, 13ª Edición 1977, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, pp. 39 y 40 y 158 a 164.

⁵ Ver José Luis Aguilar Gorrondona, *Ob. Cit.*, p. 52.

También los no concebidos aún (*concepturus*), en forma más limitada, pueden adquirir derechos, por ejemplo, recibir donaciones o ser nombrados como herederos (artículo 1.443 del Código Civil y aparte único del artículo 840 *eiusdem*).

Un fenómeno parecido se da antes del final de la vida humana con la institución de la ausencia, cuando se duda si una persona está viva o no. En la ausencia, regulada por los artículos 418 y siguientes del Código Civil, que admite varios grados (presunción de ausencia, declaración de ausencia, presunción de muerte), una persona, que acaso está viva, puede ver paulatinamente afectados sus derechos familiares y patrimoniales.

De conformidad con el artículo 1.681 del Código Civil, una vez operada la disolución de una sociedad, su personalidad jurídica subsistirá para las necesidades de su liquidación, hasta que ésta concluya.

Por otra parte, la capacidad jurídica admite limitaciones y graduaciones. Por ejemplo, determinadas personas pueden carecer de ciertos derechos: no pueden adquirir bienes inmuebles los institutos de manos muertas (único aparte del artículo 1.144 del Código Civil); el marido no puede venderle bienes a su mujer y viceversa (artículo 1.481 *eiusdem*); son incapaces de suceder *ab intestato* respecto de ciertas personas aquellos considerados indignos por la ley (artículo 810 del mismo Código), etc.

Adicionalmente, no es lo mismo la capacidad jurídica de una persona natural que la de una persona jurídica. La primera tiene derechos y obligaciones que no puede tener una persona jurídica, por ejemplo, los derechos y obligaciones familiares, los derechos y obligaciones políticas, etc. A su vez, las personas jurídicas, dependiendo de su naturaleza, tienen distintos grados de capacidad jurídica y también una forma distinta de ser personas. Por ejemplo, una compañía anónima tiene un grado de personalidad más intenso que, por ejemplo, una sociedad en nombre colectivo u otra sociedad de personas, donde el sustrato personal es tan importante y donde la responsabilidad patrimonial de la sociedad alcan-

za a los socios.⁶ Las fundaciones carecen de sustrato personal y son meros patrimonios destinados a una finalidad. Existe la controversia doctrinal sobre si las sociedades irregulares tienen una personalidad jurídica o no. De tenerla, evidentemente su capacidad jurídica sería de grado aún menor.

1.3 LAS SOCIEDADES

Evidentemente, dentro de las personas jurídicas tienen especial importancia las sociedades. Ahora bien, el concepto de sociedad en el derecho venezolano tiene dos acepciones. Puede entenderse como contrato, tal como lo establecen los artículos 1.649 y siguientes del Código Civil o como persona con un patrimonio distinto del de sus socios o accionistas, tal como se desprende de los artículos 19 y siguientes del Código Civil, 1.651 *eiusdem* y 200 y siguientes del Código de Comercio. Independientemente de las tesis que se adopten sobre la naturaleza jurídica de las sociedades, resulta claro que estos aspectos, el contractual y el de la personalidad jurídica, confluyen en las sociedades y muchas veces crean confusiones. En forma general, se podría decir que hay dos fases que normalmente se suceden en el tiempo, una en la cual los socios o accionistas llegan a un acuerdo societario, es decir, celebran un contrato, es la fase contractual; y otra en la que dicho acuerdo, en ciertas circunstancias y cumplidas determinadas formalidades, se convierte o crea una persona jurídica, distinta de los socios y accionistas, con un patrimonio propio.

Existen algunas sociedades que no pasan de la fase contractual. Como ejemplo de ello, tenemos la sociedad de cuentas en participación, la cual, según el artículo 201 del Código de Comercio, no tiene personali-

⁶ Jean Carbonnier, *Droit Civil*, Tomo Primero, Presses Universitaires de France, París, 1960, p. 258, afirma: "Pero es visible que la personalidad de las sociedades anónimas se realiza más fuertemente que, por ejemplo, la de las sociedades en nombre colectivo, donde el pasivo de la persona moral, lo acabamos de ver, no se distingue netamente del pasivo personal de los socios". (Traducción propia). Este mismo autor señala que hay grados en la personalidad moral (*Ob. Cit.*, p. 261). G. Baudry-Lacantinerie y M. Houques-Fourcade, *Traité Théorique et Pratique de Droit Civil, Des Personnes*, primer tomo, tercera edición, Librairie de la Société du Recueil, J.B. Sirey et du Journal du Palais, París, 1907, pp. 354 y 355, hace referencia a jurisprudencia que concedía "semi-personalidad" a ciertas asociaciones.

dad jurídica. Ahora bien, estas sociedades, reguladas por los artículos 359 y siguientes del Código de Comercio, son verdaderas sociedades de conformidad con la definición que nos viene dada por el artículo 1.649 del Código Civil.

El tema relativo a cuándo una sociedad mercantil adquiere la personalidad jurídica, como ya se indicó, ha sido discutido ampliamente por la doctrina, en especial, en lo relativo a las llamadas sociedades irregulares. Se discute si las sociedades mercantiles, al igual que las sociedades civiles con forma mercantil, adquieren la personalidad jurídica cumpliendo las formalidades exigidas por el Código de Comercio o no.

1.4 *ATRIBUTOS DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA. EL PATRIMONIO*

De acuerdo con la doctrina, los atributos de las personas naturales son: el nombre, el domicilio, el estado, la capacidad y el patrimonio.⁷ Dichos atributos han sido extendidos a las personas jurídicas.

Uno de los atributos que más nos interesa para el presente trabajo es el patrimonio, definido como “el conjunto de los valores pecuniarios, positivos o negativos, pertenecientes a una misma persona y que figuran unos en el activo, los otros en el pasivo”.⁸

La importancia del patrimonio es obviamente inmensa, pues entre otras cosas, es con los bienes patrimoniales que una persona puede responder de sus obligaciones ante sus acreedores, uno de los cuales es el Fisco. Ello aparece reflejado en los artículos 1.863 y 1.864 del Código Civil, que rezan:

Artículo 1.863.- El obligado personalmente está sujeto a cumplir su obligación con todos sus bienes habidos y por haber.

⁷ Louis Josserand, *Ob. Cit.*, pp. 193 y ss.

⁸ Louis Josserand, *Ob. Cit.*, p. 454.

Artículo 1.864.- Los bienes del deudor son la prenda común de sus acreedores, quienes tienen en ellos un derecho igual: si no hay causas legítimas de preferencia.

Las causas legítimas de preferencia son los privilegios y las hipotecas.

Precisamente, la existencia de un patrimonio propio es lo que justifica el reconocimiento de la existencia misma de la persona jurídica.⁹

2. ASPECTOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA EN MATERIA TRIBUTARIA

En materia tributaria, la originalidad del concepto de personalidad jurídica se nos presenta bajo un doble aspecto. En primer lugar, pueden considerarse en principio, como sujetos pasivos de los tributos, según el ordinal 3º de artículo 22 del Código Orgánico Tributario, además de las personas naturales y jurídicas, "...las entidades o colectividades que constituyan una unidad económica, dispongan de patrimonio y tengan autonomía funcional".¹⁰ En este supuesto, parecerían estar situadas instituciones, tales como la herencia yacente, las comunidades, las sociedades irregulares, las sociedades de hecho, las sociedades de cuentas de participación, los consorcios, las empresas, los fideicomisos, los establecimientos permanentes, las sucursales, las agrupaciones de obligacionistas, las entidades de inversión colectiva que no adopten la forma

⁹ Henri de Page, *Ob. Cit.*, p. 546, indica que: "el carácter esencial de la persona moral, que justifica por cierto el reconocimiento de la "personalidad", es la existencia de un patrimonio propio, distinto del de los asociados, y cuya autonomía es indispensable para que la persona moral pueda, en el terreno jurídico, realizar fácil y normalmente su objetivo. Es igualmente, la idea de la afectación la que fundamenta ese patrimonio autónomo". (Traducción propia). En igual sentido se pronuncia Jean Carbonnier, *Ob. Cit.*, p. 251.

¹⁰ Esta norma reproduce textualmente la del Modelo de Código Tributario para América Latina, auspiciado por la OEA y el BID, cuyos redactores fueron Carlos Giuliani Fonrouge, Rubens Gomes de Sousa y Ramón Valdés Costa, colaborando en tan importante proyecto José Andrés Octavio, en representación de Venezuela.

de sociedades previstas en el Código de Comercio sino que constituyan un patrimonio mediante fideicomiso, etc.¹¹

El segundo aspecto es que la Administración Tributaria, de conformidad con la función de calificación conferida por el primer aparte del artículo 16 del Código Orgánico Tributario, que guarda estrecha relación con los artículos 5 y 15, *eiusdem*, puede desconocer la constitución de sociedades cuando éstas sean manifiestamente inapropiadas a la realidad económica perseguida por los contribuyentes y ello implique disminución de la cuantía de las obligaciones tributarias.¹²

Estas dos vertientes fundamentales —que no las únicas— del aspecto de la personalidad jurídica en derecho tributario serán estudiadas a continuación.

2.1 ENTES SIN PERSONALIDAD JURÍDICA

2.1.1 Planteamiento del tema

Los sujetos pasivos de la obligación tributaria son aquellos que están obligados a cumplir las prestaciones tributarias, sea en calidad de con-

¹¹ Luis José Marcano, en *Los Sujetos Pasivos Tributarios en la Ley Venezolana*, publicado en la Revista de Derecho Tributario N° 52, correspondiente a los meses de julio, agosto y septiembre de 1991, p. 28, señala lo siguiente: “De la norma del Código Impositivo se infiere claramente que en el campo tributario no sólo tienen o pueden tener la cualidad de sujetos pasivos, los entes a quienes el derecho común les reconoce personalidad, sino también que el derecho tributario asimila algunos sujetos de la ley común que no tienen una personalidad plenamente reconocida y, además, crea tipos especiales, propios, a los cuales la ley fiscal, para sus fines, les confiere personalidad. En estos casos están las comunidades semiconvencionales, las hereditarias y las conyugales, las sociedades irregulares o de hecho, las cuentas en participación y las entidades o colectividades que constituyan una unidad económica, dispongan de patrimonio y tenga autonomía funcional, que comúnmente se identifican y denominan “consorcios” en las leyes especiales”.

¹² El texto del Modelo de Código Tributario para América Latina era el siguiente: “Art. 8°: Cuando la norma relativa al hecho generador se refiera a situaciones definidas por otras ramas jurídicas, sin remitirse ni apartarse expresamente de ellas, el intérprete puede asignarle el significado que más se adapte a la realidad considerada por la ley al crear el tributo. Las formas jurídicas adoptadas por los contribuyentes no obligan al intérprete, quien podrá atribuir a las situaciones y actos ocurridos una significación acorde con los hechos, cuando de la ley tributaria surja que el hecho generador fue definido atendiendo a la realidad y no a la forma jurídica.

Cuando las formas jurídicas sean manifiestamente inapropiadas a la realidad de los hechos gravados y ello se traduzca en una disminución de la cuantía de las obligaciones, la ley tributaria se aplicará prescindiendo de tales formas”.

tribuyentes o de responsables, de acuerdo con el artículo 19 del Código Orgánico Tributario.

Ahora bien, tal como se ha expresado, de conformidad con el ordinal 3º del artículo 22 del Código Orgánico Tributario, pueden ser sujetos pasivos de la obligación tributaria entidades o colectividades que no tengan personalidad jurídica, siempre y cuando constituyan una unidad económica, dispongan de un patrimonio y tengan autonomía funcional.

Como primera observación a la posibilidad prevista en dicha norma, tenemos que la designación de entes o colectividades sin personalidad jurídica como sujetos pasivos de la obligación tributaria, de conformidad con el principio de legalidad consagrado en el artículo 3 del Código Orgánico Tributario, en particular con el ordinal 1º de dicho artículo, debe estar prevista en la ley que establezca el tributo correspondiente. No puede la Administración Tributaria, so pretexto de que el ordinal 3º del artículo 22 del Código Orgánico Tributario parecería permitir que entes o colectividades sin personalidad jurídica sean considerados sujetos pasivos, determinar administrativamente que una unidad económica que tenga las características fijadas por dicha norma sea sujeto pasivo, si la ley de creación del tributo respectivo no lo establece así.¹³

Por otra parte, de conformidad con los artículos 1.133 y siguientes del Código Civil y con el artículo 13 del Código Orgánico Tributario, la obli-

¹³ María José Fernández Paves, en *La Autoliquidación Tributaria*, Instituto de Estudios Fiscales-Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., Madrid 1995, p. 158, comentando una disposición parecida de la Ley General Tributaria española, afirma: "Lo primero a destacar de este precepto, es su carácter meramente declarativo o si se quiere incluso recordatorio, para el legislador futuro; puesto que no establece nada directamente, sino que remite a que otras leyes tributarias puedan otorgar tal consideración a entes carentes de personalidad. Por tanto, sólo cuando una ley dote a dichos entes de la consideración de sujetos pasivos, la tendrán a los efectos y con la amplitud que tal ley establezca". En el mismo sentido, Luis Alberto Rodríguez, en "Consideraciones Acerca de la Vigencia del Concepto de Unidad Económica, Establecido en el artículo 5º, Parágrafo Tercero de la Ley de Impuesto sobre la Renta", publicado en la Revista de Derecho Tributario N° 81, correspondiente a los meses de octubre, noviembre y diciembre de 1998, pp. 26 a 38, y Alberto Benshimol B., en *Las Unidades Económicas y la Interpretación del Parágrafo Tercero del artículo 5º de la Ley de Impuesto sobre la Renta*, publicado en la misma revista, N° 85, correspondiente a los meses de octubre, noviembre y diciembre de 1999, páginas 135 a 146, insisten sobre la importancia del principio de legalidad en la designación de entes o colectividades sin personalidad jurídica como sujetos pasivos de la obligación tributaria.

gación tributaria surge entre el Estado y los sujetos pasivos cuando ocurre el hecho imponible y la misma constituye un vínculo de carácter personal. Ello significa que la obligación tributaria, como toda obligación, es una relación entre dos o más personas. **Por consiguiente, el sujeto pasivo que debe pagar el tributo al Estado tiene que ser una persona.**

Por ello, si un ente colectivo tiene obligaciones, en principio, debe considerarse como persona jurídica, porque justamente persona es todo sujeto susceptible de tener derechos y obligaciones. Más aún, a pesar de que la nota característica del sujeto pasivo de la obligación tributaria es estar obligado frente a un sujeto activo, es inevitable (sin violar principios constitucionales) que simultáneamente se reconozcan al deudor de la obligación tributaria algunos derechos. Por ejemplo, no debe cobrársele un tributo mayor al que adeuda; debe tener oportunidad de ejercer su defensa en cualquier procedimiento administrativo o judicial; tiene, de conformidad con el primer aparte del artículo 49, el derecho de compensar derechos de crédito frente al Fisco contra obligaciones derivadas de tributos, intereses, multas y costas procesales. También tiene el derecho de adquirir créditos fiscales con la finalidad de oponer compensación contra sus deudas tributarias. En definitiva, los sujetos pasivos de la obligación tributaria tienen una serie de derechos y obligaciones. Por ello, si las entidades y colectividades sin personalidad jurídica son sujetos pasivos, tal como se indicó, tienen derechos y obligaciones, es decir, en principio, gozan de personalidad jurídica, carácter que les es negado por el citado ordinal 3º del artículo 22 del Código Orgánico Tributario.

Adicionalmente, a pesar de que ha sido objeto de discusiones doctrinarias el tema de la relación entre personalidad y patrimonio, en principio, toda persona debe tener un patrimonio y sólo uno.¹⁴ Si esto es cierto, el requisito previsto en el ordinal 3º del artículo 22 del Código Orgánico

¹⁴ A este respecto, ver Gert Kummerow, *Bienes y Derechos Reales*, 5ª Edición, McGraw-Hill, Caracas, 2001, pp. 1 a 26 y José Luis Aguilar Gorrondona, "Derecho Civil II. Cosas, Bienes y Derechos Reales", Universidad Católica Andrés Bello, 1999, pp. 457 a 475. Es cierto que existen casos, tales como el fideicomiso, donde a pesar de formar parte el fondo fiduciario del patrimonio del fiduciario por pertenecer a él, se trata de un patrimonio separado, protegido, que en su

Tributario, en el sentido de que las entidades o colectividades dispongan de patrimonio, tendría necesariamente que referirse a personas, porque no podría existir un patrimonio que no esté atribuido a una persona, en el sentido propio de ese vocablo.

Finalmente, se presentan algunas otras preguntas, como las siguientes: ¿Quiénes representan a los entes o colectividades sin personalidad jurídica? ¿Cómo actúan en juicio? ¿Cuáles son las responsabilidades de sus directores o administradores? ¿Cómo cumplen los deberes formales? ¿Cómo pueden celebrar una transacción? ¿Cómo se embargan y rematan sus bienes?, etc.

De todas estas observaciones se desprende que, si bien la autonomía del derecho tributario ha llevado a pensar que se debe distinguir el concepto de capacidad jurídica general de la capacidad jurídica tributaria, hay que tomar en cuenta diversos elementos. En primer lugar, creemos firmemente en la unidad dogmática del sistema jurídico. Ello significa que tiene que existir comunicación y armonía entre las distintas ramas del derecho. Por más autonomía que tenga una determinada rama del derecho, no puede tener una separación absoluta de las demás.

En segundo lugar, los ejemplos presentados en los párrafos anteriores demuestran las dificultades existentes para concebir un sujeto pasivo de una obligación que carezca de personalidad jurídica, así sea precaria.

oportunidad será transferido a uno o varios beneficiarios, tal como se desprende de los artículos 1º y 2º de la Ley de Fideicomisos. En derecho público, tenemos el caso de los servicios autónomos sin personalidad jurídica, regidos por los artículos 92 y siguientes de la Ley Orgánica de la Administración Pública. Los ingresos provenientes de la gestión de los servicios autónomos sin personalidad jurídica no forman parte del tesoro, cuyo funcionamiento está regulado por los artículos 105 y siguientes de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público. Según Héctor B. Villegas, en su *Manual de Finanzas Públicas*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 390, el principio de unidad del tesoro que él denomina “regla de la unidad de caja”, significa que “...no debe haber tesoros separados e independientes en el Estado, sino un órgano central, recaudador y pagador, al cual afluyan todos los recursos públicos y del cual salgan los fondos para efectuar los pagos. La unidad de caja significa que deben ser puestos a disposición de ese órgano central, material o jurídicamente, todos los fondos del Estado”.

En tercer lugar, desde el punto de vista lógico, si estos entes tienen una capacidad jurídica circunscrita al solo ámbito tributario, para gozar de dicha capacidad jurídica limitada, deberían ser personas jurídicas.

Por ello, no podría admitirse la existencia de sujetos pasivos de la obligación tributaria que no gocen de personalidad jurídica verdadera. En definitiva, habría que escoger entre dos opciones: o los entes colectivos, en forma limitada al derecho tributario, son personas y tienen capacidad jurídica; o no son personas, y los verdaderos sujetos pasivos son sus miembros o componentes, que sí gozan de personalidad jurídica.

A continuación, analizaremos algunos ejemplos, y luego ciertos temas que presentan especial interés, para finalmente dar nuestra opinión sobre el problema planteado.

2.1.2 Algunos ejemplos

Existen casos en los que leyes tributarias han querido atribuir en principio, la condición de sujeto pasivo de los tributos a entes o colectividades económicas que aparentemente no gozan de personalidad jurídica. Citaremos algunos de dichos supuestos:

a) Los artículos 7 y siguientes de la Ley de Impuesto sobre la Renta establecen que están sometidos al régimen impositivo previsto en dicha ley, los siguientes entes sin personalidad jurídica: las comunidades, las sociedades irregulares o de hecho, las demás entidades jurídicas o económicas no citadas anteriormente, los establecimientos permanentes, centros o bases fijas situados en el territorio nacional, las herencias yacentes, los contratos de cuentas en participación, y los consorcios.

Las sociedades de personas, irregulares o de hecho, así como las comunidades, no pagan el impuesto por sus enriquecimientos netos, ya que el gravamen será cobrado en cabeza de los socios o comuneros, pero deben determinar sus enriquecimientos, someterse a las obligaciones de control y fiscalización que establece la ley y responden solidariamente del pago del impuesto que corresponda pagar a sus socios o comuneros.

Las entidades jurídicas o económicas no citadas anteriormente tienen el mismo tratamiento y pagan la misma tarifa que las compañías anónimas.

Los establecimientos permanentes son locales, lugares fijos de negocios u otros centros de actividad en los cuales se desarrolla una actividad económica que puede consistir en fábricas, talleres, explotaciones agrarias, actividades profesionales, etc. Aun cuando el establecimiento permanente carece de personalidad jurídica, se le atribuye y determina un enriquecimiento neto, permitiéndose la deducción de los gastos realizados para los fines de las transacciones del establecimiento permanente.

Las herencias yacentes se consideran contribuyentes asimilados a las personas naturales.

Las sociedades irregulares o de hecho que revistan la forma de compañía anónima, de sociedad de responsabilidad limitada o de sociedad en comandita por acciones, se considerarán contribuyentes asimilados a las compañías anónimas.

En los contratos de cuentas en participación, tanto el asociante como los asociados deben computar en sus respectivos ejercicios anuales la parte que les corresponda en los resultados periódicos en las operaciones de la cuenta.

Los consorcios son “agrupaciones empresariales constituidas por personas jurídicas que tengan por objeto realizar una actividad económica específica en forma mancomunada”. Los consorcios están sometidos al mismo régimen que el de las comunidades, así como el de las sociedades de personas que sean irregulares o de hecho.

b) Según el artículo 49 de la Ley de Impuesto sobre la Renta, en los fideicomisos, se podría interpretar que la masa de los bienes fideicomitidos puede llegar a ser considerada como sujeto pasivo.

c) Según los artículos 54 y 81 de la Ley de Impuesto sobre la Renta, los cónyuges no separados de bienes se consideran como un solo contribuyente, salvo algunas excepciones previstas en dichos artículos.

d) De conformidad con el artículo 1º de la Ley que establece el Impuesto al Valor Agregado, deberán pagar dicho tributo, además de las personas naturales y jurídicas, “las comunidades, las sociedades irregulares o de hecho, los consorcios y demás entes jurídicos o económicos, públicos o privados...”.

2.1.3 Algunos temas importantes¹⁵

a) Responsabilidad

De conformidad con el ordinal tercero del artículo 28 del Código Orgánico Tributario, son responsables solidarios por los tributos, multas y accesorios derivados de los bienes que administren, reciban o dispongan, “los que dirijan, administren o tengan la disponibilidad de los bienes de entes colectivos o unidades económicas que carezcan de personalidad jurídica.” Esta responsabilidad está limitada al valor de los bienes que se reciban, administren o dispongan.

De acuerdo con el artículo 29, *eiusdem*, son responsables solidarios los adquirentes del activo y del pasivo de empresas o entes colectivos sin personalidad jurídica. Esta responsabilidad está limitada al valor de los bienes que se adquieran, a menos que el comprador hubiera adquirido con dolo o culpa grave. La administración tributaria tendrá un plazo de un año contado a partir de la notificación que se le haga de la operación efectuada para requerir el pago de las cantidades por conceptos de tributos, multas y accesorios determinados, o solicitar la constitución de garantías respecto de cantidades en proceso de fiscalización y determinación.

¹⁵ En esta sección se hace referencia a diversas previsiones legales en las que se trata el tema de los llamados entes sin personalidad jurídica. Salvo en las letras c) y e), nos limitamos a reproducir el texto legal sin comentarios. Sin embargo, ello no significa que aceptemos la personalidad jurídica de estos entes o unidades económicas. El contenido de dichos artículos debe ser interpretado de conformidad con la letra D *infra* (“Nuestra opinión”).

b) *Domicilio*

El artículo 32 del Código Orgánico Tributario establece el domicilio de los entes colectivos sin personalidad jurídica en Venezuela, de la siguiente forma:

- 1.- El lugar donde esté situada su dirección o administración efectiva.
- 2.- El lugar donde se halla el centro principal de su actividad, en caso de que no se conozca el de su dirección o administración.
- 3.- El lugar donde ocurra el hecho imponible, en caso de no poder aplicarse las reglas precedentes.
- 4.- El que elija la Administración Tributaria, en caso de existir más de un domicilio según lo dispuesto en este artículo, o sea imposible determinarlo conforme a las reglas precedentes.

c) *Las garantías y ejecución de los bienes “propiedad” de los entes o colectividades sin personalidad jurídica*

En ciertas circunstancias, previstas en los artículos 68 y siguientes del Código Orgánico Tributario, la Administración Tributaria puede exigir la constitución de garantías suficientes a favor del Fisco. ¿Puede un ente o colectividad sin personalidad jurídica constituirse en fiador o constituir hipoteca sobre sus bienes?

Un problema semejante se encuentra en los casos de ejecución de sentencias previstos en los artículos 280 y siguientes del Código Orgánico Tributario ¿Cómo se ejecutan las sentencias dictadas contra los entes colectivos sin personalidad jurídica? En principio debería practicarse embargo ejecutivo sobre bienes que integran el “patrimonio propio” de los mencionados entes y luego rematarse dichos bienes. Ahora bien, los referidos bienes aparecerán siempre a nombre de un titular distinto, que sí tendrá personalidad jurídica.

d) *Representación*

El primer aparte del artículo 168 del Código Orgánico Tributario establece que las notificaciones: "...de entidades o colectividades que constituyan una unidad económica, dispongan de patrimonio propio, y tengan autonomía funcional se practicarán en la persona que administre los bienes, y en su defecto en cualesquiera de los integrantes de la entidad.

En el caso de sociedades conyugales, uniones estables de hecho entre un hombre y una mujer, sucesiones y fideicomisos, las notificaciones se realizarán a sus representantes, administradores, albaceas, fiduciarios o personas que designen los componentes del grupo, y en su defecto a cualquiera de los interesados".

Al menos en materia tributaria, sería lógico que quienes puedan representar en sede administrativa y judicial a estas entidades o colectividades sin personalidad jurídica sean las personas que puedan ser notificadas a tenor del citado artículo 168.

En todo caso, no serían aplicables a estas entidades las causales de inadmisibilidad de los recursos jerárquico y contencioso tributario, previstas en el ordinal 3º del artículo 250 y en el ordinal 3º del artículo 266 *eiusdem*, es decir, la ilegitimidad de la persona que se presente como apoderado o representante del recurrente, por no tener capacidad necesaria para recurrir o por no tener la representación que se atribuye o porque el poder no esté otorgado en forma legal o sea insuficiente. En efecto, al carecer de personalidad jurídica es imposible concebir que pueda presentarse alguien con un poder en representación de alguien que no es persona.

En este sentido, es importante tener en cuenta el artículo 139 del Código de Procedimiento Civil, según el cual las sociedades irregulares, las asociaciones y los comités que no tengan personalidad jurídica estarán en juicio por medio de las personas que actúan por ellas o a las cuales los asociados o componentes han conferido la representación o la dirección.

e) *Otros supuestos*

Los ejemplos antes mencionados no agotan el tema. Los sujetos pasivos tributarios deben cumplir una serie de obligaciones, deben llevar una contabilidad, cumplir deberes formales ante el Fisco, notificar ciertas operaciones que realicen, pagar los tributos, practicar la autoliquidación, etc. ¿Cómo pueden ejecutar esas obligaciones entes sin personalidad jurídica?

2.1.4 *Nuestra opinión*

El cumplimiento de las obligaciones a cargo de los sujetos pasivos, especialmente la obligación tributaria y el ejercicio de los derechos correspondientes, sólo pueden ser realizados por personas, naturales o jurídicas, que estén reconocidas por el sistema jurídico nacional en su conjunto, no sólo en el ámbito del derecho privado. Solamente una persona natural o jurídica puede pagar la obligación tributaria, por ejemplo mediante la emisión de un cheque girado contra una cuenta corriente bancaria de la cual el emisor es titular, o mediante la dación en pago de un inmueble que está registrado a su nombre, etc.

Las llamadas entidades o colectividades sin personalidad jurídica tienen su razón de ser porque el hecho imponible, es decir, “el presupuesto establecido por la ley para tipificar el tributo y cuya realización origina el nacimiento de la obligación tributaria” (artículo 36 del Código Orgánico Tributario), es un hecho que exterioriza o manifiesta la capacidad económica de un ente que normalmente será una persona natural o jurídica, pero que a veces puede estar referido a una unidad económica que carece de personalidad jurídica. En este sentido, al estar el hecho imponible referido fundamentalmente a esta unidad, trátese de una empresa, de una comunidad, de un fondo mutual de inversiones, etc., el cumplimiento de la obligación tributaria correspondiente puede tener una relación muy estrecha con esta unidad. Sin embargo, al final, quien pagará la obligación tributaria será una persona natural o jurídica, no la unidad económica.

Esta posición ha sido sostenida por diversos autores. Por ejemplo, Ramón Falcón y Tella señala acertadamente que "...no tiene sentido alguno la afirmación de una capacidad jurídico-tributaria especial distinta de la de Derecho privado".¹⁶

Este autor analiza tres tipos de supuestos. En primer lugar, sostiene que cuando la ley tributaria atribuye el hecho imponible a una entidad de hecho, ésta "...se configura como elemento subjetivo del presupuesto, asumiendo la condición de sujetos pasivos, en realidad, las personas físicas o jurídicas que integran dicha entidad.¹⁷ En este caso, el ente de hecho no sería sujeto pasivo, en el sentido de deudor, puesto que sólo podría ser deudor una verdadera persona, sino que representaría el elemento personal o subjetivo configurador del hecho imponible. "La referencia al ente carente de personalidad jurídica sería, pues, relevante a efectos del nacimiento de la obligación, pero no del cumplimiento, encomendado siempre, sobre todo en vía de apremio, a verdaderas personas".¹⁸ Esta tesis sería aplicable, según Falcón y Tella, a las unidades familiares y a las comunidades de bienes.

Más adelante, refiriéndose a las entidades colectivas sin personalidad jurídica, pero con patrimonio común, por ejemplo las sociedades irregulares, dice el citado autor que la pretensión del legislador es que el Fisco pueda hacer efectivo su derecho, en un primer momento, sobre los bienes que conforman el patrimonio común. "Ciertamente, al carecer la entidad de personalidad jurídica, los sujetos pasivos son sus miembros, pero considerados de forma unitaria, en cuanto socios, y no *uti singuli*, es decir, que los socios responden inicialmente sólo con el patrimonio común y no con todos sus bienes presentes y futuros".¹⁹ Igualmente, sostiene que el régimen que mejor asegura el interés del Fisco es aquél donde existe responsabilidad solidaria de segundo grado de los miem-

¹⁶ Ramón Falcón y Tella, en su artículo *Los entes de hecho como sujetos pasivos de la obligación Tributaria*, publicado en el libro *Sujetos Pasivos y Responsables Tributarios*, XVII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario, Cartagena de Indias, octubre 1995, Instituto de Estudios Fiscales-Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 1997, p. 269.

¹⁷ Ramón Falcón y Tella, *Ob. Cit.*, p. 269.

¹⁸ Ramón Falcón y Tella, *Ob. Cit.*, p. 269.

¹⁹ Ramón Falcón y Tella, *Ob. Cit.*, p. 271.

bros de la entidad. Ello significa que, cuando el patrimonio común resulte insuficiente, el Fisco puede ir en contra del patrimonio de cualquiera de los socios. En Venezuela, no se aplica este régimen, sino más bien existe solidaridad entre la sociedad irregular y una serie de personas que intervienen en su nombre. En efecto, el artículo 219 del Código de Comercio establece que: “los socios fundadores, los administradores o cualesquiera otras personas que hayan obrado en nombre de ellas, quedarán personal y solidariamente responsables por sus operaciones”. Dicho artículo debe ser analizado conjuntamente con el ordinal 3º del artículo 28 del Código Orgánico Tributario, ya citado.²⁰

Este régimen es aplicable igualmente, según el citado autor, a otras entidades colectivas, tales como la comunidad hereditaria, la cuenta en participación, las agrupaciones y uniones temporales de empresas, etc.

Finalmente, al estudiar los supuestos en los cuales existe indeterminación del sujeto pasivo, por ejemplo, en las herencias yacentes, Falcón y Tella señala acertadamente que, de nacer la obligación tributaria, ésta sólo podrá hacerse efectiva con cargo a la masa hereditaria. En Venezuela, tal como se indicó anteriormente, la Ley de Impuesto sobre la Renta asimila la herencia yacente a las personas naturales. Naturalmente, cuando se determine quiénes son los herederos y éstos acepten la herencia, de conformidad con el artículo 1.001 del Código Civil, se les tendrá como herederos desde el mismo momento de la apertura de la sucesión, razón por la cual también se les considerará contribuyentes desde el mismo momento.

Esta opinión es compartida con distintos matices por otros autores, tales como Antonio Berliri,²¹ José Juan Ferreiro Lapatza²² y Fernando Sainz de Bujanda.²³

²⁰ Con respecto a este punto, verse la nota 24 *infra*.

²¹ Antonio Berliri, *Principios del Derecho Tributario*, Volumen I, Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1964, pp. 273 a 282.

²² José Juan Ferreiro Lapatza, *Curso de Derecho Financiero Español*, 10ª Edición, Marcial Pons, Madrid, 1988, páginas 484 a 493.

²³ Fernando Sainz de Bujanda, *Lecciones de Derecho Financiero*, Sexta Edición, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1988, pp. 194 a 204.

La posibilidad, prevista en el Código Orgánico Tributario, de considerar como sujetos pasivos a entes o colectividades sin personalidad jurídica, tiene fundamentalmente, además de la interpretación antes señalada, una función de control, porque en definitiva el tributo será pagado por los componentes, trátase de personas naturales o jurídicas, de dicha unidad. Por ejemplo, en materia de impuesto sobre la renta, las sociedades de personas irregulares o de hecho, las comunidades, etc., sólo tienen la obligación de presentar declaraciones ante la Administración Tributaria, siendo sus socios, comuneros o asociados los que deberán declarar y pagar el Impuesto sobre la Renta correspondiente.²⁴ En otros tributos estos entes sin personalidad jurídica tienen una mayor relevancia, como por ejemplo en los impuestos indirectos. En efecto, el Impuesto al Valor Agregado, por su naturaleza, debe tratar como unidades a entes que *prima facie* carecen de personalidad jurídica, ya que este impuesto, al contrario del impuesto sobre la renta, no es divisible entre los distintos integrantes de la unidad. Esta es la razón por la que, como ya se señaló en el artículo 1º de la Ley que establece el Impuesto al Valor Agregado, deberán pagar dicho tributo, además de las personas naturales y jurídicas, “las comunidades, las sociedades irregulares o de hecho, los consorcios y demás entes jurídicos o económicos, públicos o privados...”. En este caso, parecería que el contribuyente es el ente colectivo o económico. Sin embargo, el que pague el impuesto siempre será una o más personas naturales o jurídicas, resultando aplicable el artículo 20 del Código Orgánico Tributario, según el cual “están solidariamente obligadas aquellas personas respecto de las cuales se verifique el mismo hecho imponible”.

En conclusión, aun cuando, tal como dijimos anteriormente, pueden existir ciertas zonas grises en materia de la personalidad jurídica y la capaci-

²⁴ El artículo 10 de la Ley de Impuesto sobre la Renta establece que las sociedades en nombre colectivo, en comandita simple, las comunidades, así como cualesquiera otras sociedades de personas, incluidas las irregulares o de hecho, “...responderán solidariamente del pago del impuesto que, con motivo de las participaciones, corresponda pagar a sus socios o comuneros”. Con respecto a los entes sin personalidad jurídica, ello significa que los bienes pertenecientes a la comunidad o afectados al ente colectivo también responderán de la obligación tributaria nacida en cabeza de los comuneros o socios.

dad jurídica admite graduaciones, creemos que desde el punto de vista lógico sólo pueden considerarse sujetos pasivos de la obligación tributaria, personas naturales o jurídicas con personalidad jurídica reconocida en general por nuestro derecho. El legislador, por razones prácticas, de control, ha sido impreciso al parecer crear una categoría de sujetos pasivos, cuando su intención era facilitar la recaudación y el cumplimiento de la obligación tributaria y de las otras obligaciones accesorias por parte de los verdaderos sujetos pasivos.

2.2 EL DESCONOCIMIENTO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA

2.2.1 Explicación del mecanismo

Existen algunas hipótesis en las cuales la Administración Tributaria puede desconocer, a efectos tributarios, la personalidad jurídica de sujetos de derecho.

Estamos frente a una función calificadora por parte de la Administración Tributaria,²⁵ según la cual “al calificar los actos o situaciones que configuren los hechos imposables”, conforme al procedimiento de fiscalización y determinación previsto en el Código Orgánico Tributario, podrá desconocer la constitución de sociedades y, en general, la adopción de formas y procedimientos jurídicos si éstos son manifiestamente inapropiados a la realidad económica perseguida por los contribuyentes y, como consecuencia de ello, se disminuye la cuantía de las obligaciones tributarias.

Esta operación, que ha sido conocida como “levantamiento del velo”, “allanamiento de la personalidad jurídica” o como “*disregard of the*

²⁵ A este respecto, ver Gabriel Casado Ollero, *Legalidad Tributaria y Función Calificadora de la Administración Fiscal*, publicado en la Revista de Derecho Tributario N° 89, correspondiente a los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2000, págs., 38 a 81. Ver igualmente, Roquefêlix Arvelo Villamizar, *El Poder Calificante de la Administración Tributaria y el Régimen de Transparencia Fiscal Internacional en el Proyecto de Reforma Parcial de la Ley de Impuesto sobre la Renta*, publicado en la Revista de Derecho Tributario N° 85, correspondiente a los meses de octubre, noviembre y diciembre de 1999, pp. 55 a 87.

legal entity”, normalmente es realizada por los tribunales.²⁶ Sin embargo, dada la importancia que tiene el elemento económico en todo lo relativo a la materia tributaria, se le confiere a la Administración Tributaria la facultad o función de calificar o recalificar contratos, sociedades y, en general, formas y procedimientos jurídicos si éstos son inapropiados a la realidad económica perseguida por los contribuyentes y su utilización disminuye el monto de las obligaciones tributarias. En todo caso, aparte de los requisitos que exige el Código Orgánico Tributario para que la Administración Tributaria pueda ejercer dicha función de calificación, su actuación, como en general la de la Administración Pública, está sometida a control por parte de los tribunales competentes, en la medida en que los actos administrativos de determinación o fiscalización sean impugnados por las personas afectadas en sus derechos e intereses.²⁷

Nótese que el efecto del desconocimiento de la constitución de sociedades sólo tiene implicaciones tributarias y en nada afectará “las relaciones jurídico-privadas de las partes intervinientes o de terceros distintos del Fisco”, tal como lo establece el Parágrafo Único del artículo 16 del Código Orgánico Tributario. Esta es justamente la técnica del levantamiento del velo, que es explicada por Lorenzo Álvarez de Toledo Quintana, citado por Magaly Perretti de Parada, de la siguiente forma:

...La indagación de una diferencia jurídicamente relevante entre la envoltura de la personalidad y el substrato personal inter-

²⁶ Según los artículos 2 y 257 de la Constitución, Venezuela es un estado de justicia y no se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales. De conformidad con el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, los jueces tendrán por norte de sus actos la verdad y en la interpretación de los contratos o actos que presenten oscuridad, ambigüedad o deficiencia, “...se atenderán al propósito y a la intención de las partes o de los otorgantes, teniendo en mira las exigencias de la ley, de la verdad y de la buena fe”. Ver en este sentido *La Société Écran, Essai sur sa Notion et son Régime Juridique*, de Chantal Cutajar-Rivière, Bibliothèque de Droit Privé, Tomo 292, L.G.D.J., París, 1998, pp. 227 y siguientes.

²⁷ Roquefélix Arvelo Villamizar, *Ob. Cit.*, p. 63, señala acertadamente: “Desde nuestro punto de vista, no se trata de que la Administración Tributaria realice labores que están atribuidas al poder judicial, por cuanto ésta en definitiva no tendría la última palabra. El particular siempre podría impugnar la actividad administrativa y será el juez quien fijará el *quántum* de verdad que sea necesario”.

no, presenta una cierta semejanza con la búsqueda de la divergencia entre la voluntad declarada y la real, en los negocios jurídicos afectados por vicios de consentimiento. Pero presenta también con esta clase de operaciones un rasgo que le destaca por sus efectos, más sutiles, contraídos al caso concreto y sin proyección de futuro. Constatada la reserva natural, la simulación relativa o absoluta o cualquier otro vicio similar, la consecuencia jurídica es siempre la *nulidad* del negocio jurídico afectado. El desenmascaramiento, previa la rasgadura o levantamiento del velo, diversamente, deja incólume la existencia de la persona, que es algo trascendente al acto o negocio jurídico constitutivo. Se limita a dejar al descubierto la realidad subyacente aplicando el Derecho en función de las concretas relaciones jurídicas ocultas por el velo de la personalidad.²⁸

La técnica del levantamiento del velo se asemeja un poco al control difuso de la constitucionalidad de las leyes, previsto en el primer aparte del artículo 334 de la Constitución Nacional y en el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil. En dicho control, el objetivo perseguido no consiste en la declaración de nulidad de la ley sino que, simplemente, no se la tome en cuenta para el caso concreto, objeto de litigio. En ambos casos, el hecho de que el objetivo perseguido no sea la nulidad de la sociedad o de la ley, no impide que dicha nulidad se pueda solicitar por otros medios.

El objetivo fundamental del levantamiento del velo en derecho tributario es descubrir quién es el verdadero contribuyente oculto tras la pantalla de una persona distinta, para así también poder encontrar un patrimonio que pueda responder por la obligación tributaria nacida con la ocurrencia del hecho imponible y poder establecerse el verdadero monto de la obligación tributaria.

²⁸ Magally Perretti de Parada. *La Doctrina del Levantamiento del Velo de la Persona Jurídica*, Ediciones Liber, Caracas, 2002, p. 171.

2.2.2 Justificación

Este mecanismo se justifica porque existe un principio general de derecho según el cual no pueden renunciarse ni relajarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia esté interesado el orden público (artículo 6 del Código Civil). Ahora bien, mediante sociedades, contratos u otras formas o procedimientos jurídicos manifiestamente inapropiados, pueden estarse relajando normas de evidente orden público, como por ejemplo, el deber de todos de “coadyuvar a los gastos públicos mediante el pago de impuestos, tasas y contribuciones que establezca la ley” (artículo 133 de la Constitución); o el derecho de igualdad, previsto en el artículo 21 *eiusdem*.²⁹

La razón última de la utilización de este mecanismo viene dada porque se da un conflicto entre la seguridad jurídica que exigiría en principio no desconocer la personalidad jurídica de los entes que aparentemente la tienen y la justicia que exige que estas apariencias no afecten los derechos de las partes, de terceros o del Fisco. El conflicto se resuelve a favor de la justicia.³⁰

²⁹ José Andrés Octavio L., *La Realidad Económica en el Derecho Tributario*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, p. 49, señala lo siguiente:

“En efecto, la obligación tributaria surge de la realización o verificación del hecho imponible, y si se reconociera a los contribuyentes la posibilidad de manipular el régimen tributario de sus relaciones, ello sería desconocer la ley como fuente única de obligaciones impositivas y atribuirle tal poder a la voluntad particular, y la consecuente discriminación entre los diversos sujetos incididos”.

³⁰ En este sentido una sentencia dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo Español, de fecha 28 de mayo de 1984, parcialmente transcrita por Ricardo de Angel Yáguez, en *La Doctrina del “Levantamiento del Velo” de la Persona Jurídica en la Jurisprudencia*, cuarta edición, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1997, pp. 84 y 85, afirma lo siguiente:

“Que ya, desde el punto de vista civil y mercantil, la más autorizada doctrina, en el conflicto entre seguridad jurídica y justicia, valores hoy consagrados en la Constitución (artículos 1.1 y 9.3), se ha decidido prudencialmente, y según casos y circunstancias, por aplicar por vía de equidad, y acogimiento del principio de buena fe (artículo 7.1 del Código Civil), la tesis y práctica de penetrar en el “*substratum*” personal de las entidades o sociedades, a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal (de respeto obligado, por supuesto) se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos o bien ser utilizada como camino del fraude (artículo 6.4 del Código Civil), admitiéndose la posibilidad de que los jueces puedan penetrar (“levantar el velo jurídico”) en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia (artículo 7.2 del Código Civil) en daño ajeno o de “los derechos de los demás” (artículo 10 de la Constitución) o contra intereses de los socios, es decir, de un mal uso de su personalidad, de un “ejercicio antisocial” de su derecho, (artículo 7.2 del Código Civil), lo cual no significa –ya en el supuesto del recurso– que haya de soslayarse o dejarse de lado la personalidad del ente gestor constituido en sociedad anónima sujeta al Derecho privado, sino sólo constatar, a los efectos del tercero de buena fe (la actora y recurrida perjudicada), cuál sea la auténtica y “constitutiva” personalidad social y económica de la misma, el substrato real de su composición personal (o institucional) y negocial, a los efectos de la determinación de su responsabilidad *ex contractu* o *aquiliana*...”.

2.2.3 *El levantamiento del velo en derecho privado*

En el derecho privado se ha fundamentado el levantamiento del velo corporativo en distintas razones. Se ha hablado de instituciones tales como la simulación, el fraude a la ley, el abuso de la personalidad jurídica, el quebrantamiento de la obligación de actuar de buena fe, etc., es decir, cuando ha existido una conducta ilícita de quien pretende beneficiarse de la existencia de la persona jurídica objetada, lo cual perjudica a las otras partes contratantes o a terceros.

A modo de ejemplo de las instituciones antes señaladas, podemos citar, entre otras, las siguientes disposiciones legales: el único aparte del artículo 1.185 del Código Civil, el artículo 1.279 *eiusdem*, el artículo 1.281 del mismo Código, el artículo 1.160 *eiusdem*, el artículo 323 del Decreto con Rango y Fuerza de Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras, el artículo 6° de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, los ordinales 4° y 6° del artículo 11 de la Ley de Naturalización, el artículo 25 del Decreto con Fuerza de Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, el ordinal 3° del artículo 921 del Código de Comercio.

Lorenzo Álvarez de Toledo Quintana, resume en forma diáfana esta conducta antijurídica de la siguiente forma:

...Puede decirse que son tres los requisitos de los hechos abusivos cuya represión persigue el desenmascaramiento: I.- Se trata de un *acto jurídico*...II.- Ese acto jurídico es *antijurídico* por contrario precisamente a las reglas prohibitivas expresadas, y no por contravención de otras normas cualquiera. III.- Ese acto antijurídico se ampara en las *reglas de la personalidad jurídica* para imponer la voluntad de su autor –una voluntad individual– con lesión de intereses ajenos, plurales y legítimos.³¹

³¹ Cita tomada de Magaly Perreti de Parada, *Ob. Cit.*, p. 170.

Sin embargo, en algunos casos jurisprudenciales citados en derecho comparado, ha podido observarse que la operación del levantamiento del velo corporativo ha sido un expediente utilizado no sólo en dichos casos, en los cuales manifiestamente, de conformidad con principios generales del derecho, la constitución o el funcionamiento de la sociedad ha sido un mecanismo ilícito, sino que se ha utilizado en casos en que era lícito, pero que no reflejaba la verdadera realidad o inducía en error a ciertas personas. En este sentido, se ha hablado de una crisis de la personalidad jurídica de las personas morales.³²

2.2.4 Interpretación de la función calificadoras prevista en el artículo 16 del Código Orgánico Tributario

En derecho tributario, de una interpretación concatenada de los artículos 5, 15 y 16 del Código Orgánico Tributario, pudiera dudarse si es necesario que exista una conducta antijurídica por parte de los sujetos pasivos para que se aplique la técnica del levantamiento del velo. En efecto, el artículo 5º del citado Código señala que, en la interpretación de las normas tributarias, se atenderá “a su fin y a su significación económica”. El artículo 15 *eiusdem* establece que “la obligación tributaria no será afectada por circunstancias relativas a la validez de los actos o a la naturaleza del objeto perseguido, ni por los efectos que los hechos o actos gravados tengan en otras ramas jurídicas, siempre que se hubiesen producido los resultados que constituyan el presupuesto de hecho de la obligación”.

³² A este respecto, Ricardo de Ángel Yágüez, *Ob. Cit.*, pp. 64, 65 y 66 afirma: “En primer lugar, ocioso es señalarlo, el levantamiento del velo de la persona jurídica pone en peligro la razón de ser o justificación misma de la figura. No se puede dudar que la persona jurídica es una construcción lícita y útil; y es innegable, por tanto, que deben mirarse con prevención, o al menos con cautela, cualquier doctrina o cualquier criterio judicial que puedan ponerla en peligro... Me parece que en la inmensa mayor parte de los casos en que se acude al levantamiento del velo, el Tribunal podía haber llegado al mismo resultado mediante el recurso a alguno o algunos de esos conceptos básicos que he citado. Pero acaso queden fuera de esta apreciación aquellas hipótesis en que, cuando el órgano judicial “levanta el velo” de una persona jurídica, lo hace para poner de manifiesto, no ya que la persona jurídica en cuestión se hubiere constituido de mala fe o con ánimo de defraudar, sino que lo rechazable es poner en práctica, con todas sus consecuencias, algunos de los principios y mecanismos jurídicos que tienen su asiento en la idea de que la persona jurídica goza de una identidad autónoma y perfectamente diferenciada de la de los miembros que la componen”.

No obstante lo anterior, se observa que en el artículo 16 del Código Orgánico Tributario uno de los requisitos –que será analizado más adelante– para que proceda la calificación por parte de la administración tributaria es que las formas y procedimientos jurídicos adoptados “sean manifiestamente inapropiados a la realidad económica perseguida por los contribuyentes”. Esta redacción es menos feliz que la del Modelo de Código Tributario para América Latina en el cual se preveía que las formas jurídicas adoptadas fuesen “manifiestamente inapropiadas a la realidad de los hechos gravados”. Al introducir como factor determinante la voluntad de los contribuyentes, se acerca el texto legal a la postura del derecho privado, que exige una actuación antijurídica, máxime cuando otro requisito de procedencia del levantamiento del velo en materia tributaria, previsto en el mismo artículo, es que se produzca una disminución de la cuantía de las obligaciones tributarias, es decir, un daño para el Fisco. Finalmente, la referencia a “la realidad económica perseguida por los contribuyentes” contradice abiertamente el artículo 15 del Código Orgánico Tributario, antes transcrito, según el cual la obligación tributaria no se verá afectada por circunstancias relativas “a la naturaleza del objeto perseguido”.

El tema de la interpretación de las normas tributarias, muy relacionado con el presente análisis, ha sido ampliamente debatido. Dino Jarach considera que lo esencial para la aplicación del impuesto es la operación económica realizada y no las formas, no siendo necesario para prescindir de las formas adoptadas por los contribuyentes el que exista un propósito de evasión fiscal.³³

Por el contrario, otros autores, como Carlos M. Giuliani Fonrouge, sin dejar de destacar la importancia del elemento económico en la interpretación de las normas tributarias, consideran que es uno de los criterios

³³ Dino Jarach, *Finanzas Públicas y Derecho Tributario*, Editorial Cangallo, S.A.C.I., Buenos Aires, 1985, pp. 406 y 407.

interpretativos, mas no el único y que debe usarse sólo en forma excepcional cuando existe evidente abuso de derecho.³⁴

Por otra parte, el artículo 95 de la Ley de Impuesto sobre la Renta establece como requisito para el desconocimiento de la constitución de sociedades, el que se hayan adoptado formas y procedimientos jurídicos “con el propósito fundamental de evadir, eludir o reducir los efectos de la aplicación del impuesto”. No es pertinente analizar aquí a fondo dicho artículo, su defectuosa e incorrecta redacción y su colocación en una ley distinta al Código Orgánico Tributario, violando lo establecido en el artículo 342 de este último cuerpo legal. Tan sólo es importante destacar que en el artículo 95 de la Ley de Impuesto sobre la Renta, como en prácticamente todas las antes citadas hipótesis de levantamiento del velo previstas por nuestro ordenamiento jurídico, es fundamental la existencia de una conducta ilícita y el consiguiente daño a “intereses ajenos, plurales y legítimos”, como señala Lorenzo Álvarez de Toledo en la cita transcrita *ut supra*.

De ello se colige que, a pesar de la defectuosa y confusa técnica legislativa, parecería que, al igual que en derecho privado, para “levantar el velo” de las personas jurídicas, es necesaria la existencia de una conducta ilícita por parte del contribuyente y que dicha conducta haya producido un perjuicio económico al Fisco. Es la posición que asumió la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, en la Sala Especial Tributaria, en sentencia del 3 de febrero de 1999, caso Hidrocarburos y Derivados (Hideca), dictada antes de la reforma del Código Orgánico Tributario de 2001. En dicha sentencia se expresa:

³⁴ Carlos M. Giuliani Fonrouge, obra actualizada por Susana Camila Navarrine y Rubén Oscar Asorey, *Derecho Financiero*, Volumen I, 4ª Edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1987, pp. 94 a 123. Es particularmente reveladora la siguiente afirmación contenida en la p. 115: “b) Interpretación según la realidad económica. La seductora fórmula que permite prescindir de las apariencias jurídicas para buscar la “realidad de las cosas” o “la realidad económica” ha sido aplicada con frecuencia en los últimos tiempos, y si bien es fructífera, debe utilizarse con mucha discreción, pues no constituye un método normal de interpretación sino de excepción, para resolver situaciones de evidente abuso del derecho, como lo han señalado los comentaristas de las doctrinas extranjeras que la explican (*Organtheorie; disregard of legal entity; transparencia fiscal*) ”.

...deduce la Sala que las supuestas “inversiones” hechas por la contribuyente no son operaciones verdaderas ni sinceras, es decir, que no tienen contenido ni sustancia económica, sino que más bien son subterfugios de mera forma que no pueden tener significación en un impuesto como el que grava la renta, el cual pretende alcanzar la verdadera (y no aparente) capacidad económica del sujeto pasivo. Las operaciones analizadas, en la forma en que fueron hechas, denotan un abuso de la forma jurídica con el propósito fundamental de eludir o atenuar el efecto normal de la Ley tributaria, en detrimento de los derechos del Fisco. En tales casos, el juzgador debe apartarse de la forma de los negocios para atribuirles su verdadero significado y alcance a través de la realidad de los hechos...

En cambio, la conducta delictual, consistente en simular, ocultar, manio-
brar o realizar “cualquier otra forma de engaño”, induciendo en error a la Administración Tributaria y “obteniendo para sí o un tercero un enriquecimiento indebido superior a dos mil unidades tributarias (2.000 U.T.), a expensas del sujeto activo a la percepción del tributo”, tipificada en el artículo 116 del Código Orgánico Tributario, es castigada severamente como delito de defraudación tributaria. Representa un elemento agravante el que “la defraudación se ejecute mediante la ocultación de inversiones realizadas o mantenidas en jurisdicciones de baja imposición fiscal”. Se considera indicio de defraudación, entre otros, no presentar la declaración informativa de las inversiones realizadas o mantenidas en jurisdicciones de baja imposición fiscal (ordinal 15 del artículo 117 del Código Orgánico Tributario).

Adicionalmente, tal como se verá más adelante, la función de calificación por parte de la Administración Tributaria está sometida a importantes requisitos.

Por ello, aunque tradicionalmente se ha dicho que, en derecho privado, sólo excepcionalmente puede desconocerse la existencia de sociedades u otras personas jurídicas y que, por el contrario, en derecho tributario, dada la importancia del factor económico en la interpretación de la ley, el Fisco goza de un mayor alcance en su función de calificación, la

verdad es que la aproximación moderna en ambos campos del derecho cada vez se parece más. En efecto, el derecho privado, incluso en casos no ilícitos, hace uso de dicho mecanismo y, por el otro lado, la Administración Tributaria tiene límites importantes para poder ejercer su función calificadora, entre los cuales se encuentra la realización de una conducta ilícita por parte del sujeto pasivo, con el consiguiente perjuicio económico para el Fisco.³⁵

2.2.5 *Requisitos de procedencia de la función calificadora*

Para que la Administración Tributaria pueda realizar la función de calificación tienen que cumplirse ciertos requisitos:

a) Debe tratarse de actos o situaciones que configuren los hechos imponible. Ello implica que la función calificadora no puede abarcar otras situaciones, tales como la constitución de garantías ficticias para el pago de la deuda tributaria, la determinación de bienes propiedad aparentemente de terceros, pero en realidad del contribuyente a los fines de su embargo y posterior remate, etc. En estos casos, sólo el tribunal competente podrá realizar dicha calificación.

³⁵ Gabriel Casado Ollero, *Ob. Cit.*, pp. 78 y 79, señala lo siguiente:

“En mi opinión, hubiera bastado con los mecanismos reaccionales que, a tales efectos, contempla el Código Civil. Como escribe Flores Arnedo, “los negocios anómalos jurídico-tributarios nacen en el seno del ordenamiento privado, si bien para surtir efectos en el tributario. Cuando la deformación es detectable antes de cruzar la frontera, será con las técnicas antifraude del Derecho privado como podremos proceder a su neutralización; este Derecho, aunque no sea atacado por ellos, pondrá a disposición del Tributario (siempre a instancias de éste) sus propios medios represivos. Así ocurrirá en los supuestos de simulación”. En este sentido se pronuncia igualmente Tulio Rosembuj, en “El fraude de Ley, la Simulación y el Abuso de las Formas en el Derecho Tributario”, segunda edición, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, Barcelona, 1999, p. 195, expresando lo siguiente:

“El reenvío al fraude de ley, el instituto civil de la simulación y, sobre todo, la naturaleza jurídica exclusiva del hecho imponible ponderan un criterio diametralmente opuesto al antiguo. El principio de realidad jurídica en los términos expuestos supone superar la dañosa (y ahora innecesaria) reivindicación del autonomismo del Derecho tributario contrapuesto al Derecho privado, proponiendo una lectura común y general de los hechos en torno a su configuración jurídica compartida, siempre que sea verdadera y efectiva, de cara a todo el ordenamiento jurídico. No hay entonces razón suficiente para fundar que el mismo hecho debe ser considerado en términos distintos por sectores diferentes del mismo ordenamiento jurídico: un acto o negocio jurídico civil o mercantilmente perfecto también lo será para el Derecho tributario. Y si no lo fuera, esto no tiene como fundamento la particularidad fiscal, sino que, simplemente, tampoco en su matriz hubo realidad jurídica”.

b) Debe ejercerse dicha función en el marco de un procedimiento de fiscalización y determinación. No puede realizarse dicha función en otros procedimientos, tales como los procedimientos de recaudación en caso de omisión de declaraciones, de verificación, de repetición de pago, de recuperación de tributos, etc.

c) La sociedad cuya constitución se desconocerá debe ser manifiestamente inapropiada a la realidad económica perseguida por el contribuyente. En esto el Código Orgánico Tributario parece adoptar la tesis de Dino Jarach, quien expresó lo siguiente:

Debe distinguirse en los actos o negocios jurídicos entre la voluntad de las partes de realizar una determinada operación económica, como por ejemplo una compra-venta o una locación, el fin práctico o de hecho que los mueve (intención empírica o *intentio facti*) y la voluntad de someter sus actos o negocios al régimen jurídico establecido en las leyes del Derecho Privado (intención jurídica o *intentio juris*).

Ahora bien, a los efectos tributarios, de todas las consecuencias jurídicas que las partes quieran obtener a través de su manifestación de voluntad, lo único que el Derecho Tributario reconoce es el aspecto empírico encuadrado en el régimen jurídico, que el derecho objetivo por sí solo asignaría a este fin práctico, si las partes nada dijeran, pero no sigue a las partes en lo referente al régimen jurídico al cual quieran someterse, porque esto significaría reconocer la voluntad creadora de aquellas respecto al régimen tributario.³⁶

Este aspecto puede referirse a la propia constitución de la persona jurídica, que fue creada con un propósito inapropiado para la “realidad económica perseguida por el contribuyente”; o a su utilización en forma inapropiada, una vez constituida. Sin embargo, reproducimos los razo-

³⁶ Dino Jarach, *Ob. Cit.*, p. 403

namientos expuestos *ut supra*,³⁷ en el sentido de que esta concepción ha sido superada por otras que recomponen la esencial unidad del derecho, exigiendo la necesidad de una actuación ilícita por parte del deudor tributario. Por otra parte, llama la atención el que una posición que otorga tanta importancia a la realidad no pueda prescindir de vocablos referidos a la voluntad de los particulares (“intención”). Para ser totalmente coherente, la referencia debería ser a la realidad, tal como se presenta, independientemente de la intención “empírica” o finalidad práctica o económica perseguida.

d) Como consecuencia de la constitución de dicha sociedad, se disminuye la cuantía de las obligaciones tributarias. Debe existir una lesión económica para el Fisco. De lo contrario, carecería de propósito la figura analizada.

e) De conformidad con el derecho al debido proceso, consagrado en el artículo 49 de la Constitución Nacional, así como con expresas disposiciones del Código Orgánico Tributario y otras leyes de la República y de acuerdo con las reglas de la carga de la prueba, cuando la Administración Tributaria ejerza la función fiscalizadora, deberá probar el cumplimiento de los requisitos que anteceden, motivar su decisión y concederle al sujeto pasivo de la obligación tributaria la oportunidad de impugnar la calificación efectuada por la Administración Tributaria y aportar las pruebas que crea conducentes para demostrar la improcedencia de la misma.³⁸ Ello se hace igualmente necesario en virtud de la presunción de inocencia consagrada en el ordinal 2º del artículo 49 de la Constitución y en virtud de la presunción de buena fe, establecida en el artículo 9 del Decreto con Rango y Fuerza de Ley sobre Simplificación de Trámites Administrativos.

³⁷ Ver letra “D” “Interpretación de la función calificadoradora prevista en el artículo 16 del Código Orgánico Tributario”, del número 2.2 “El desconocimiento de la personalidad jurídica”.

³⁸ En igual sentido se pronuncian Roquefélix Arvelo Villamizar, *Ob. Cit.*, p. 64 y Gabriel Casado Ollero, *Ob. Cit.*, pp. 74 a 76. Magaly Perretti de Parada, *Ob. Cit.*, p. 278, afirma: “Como todo proceso judicial, la carga probatoria corresponde a quien alega el hecho o circunstancia de la que quiera hacer derivar una consecuencia jurídica”.

2.2.6 *Otras Hipótesis en las cuales resulta procedente la realización de la función calificadora*

En mi opinión,³⁹ la Administración Tributaria podría tomar en cuenta los siguientes elementos para desconocer la personalidad jurídica de una sociedad u otra persona moral o colectiva:

a) Cuando el contrato o acto que pretende constituir una sociedad u otra persona jurídica carece de alguno de los requisitos que son esenciales para su existencia, tales como el consentimiento, el objeto y la causa, previstos en el artículo 1.141 del Código Civil. En efecto, si la Administración Tributaria o los tribunales contencioso tributarios constatan la falta de uno de dichos requisitos, aunque la persona moral parezca constituida de acuerdo con los preceptos previstos en el Código Civil o en el Código de Comercio, no tendrá existencia y ello podrá servir de base para la calificación por parte de la Administración Tributaria o de los tribunales contenciosos tributarios.⁴⁰

El consentimiento viene dado por el concurso de voluntades, cuando dos o más partes declaran su voluntad y se la comunican a la otra u otras partes, y las declaraciones de voluntad se integran recíprocamente.⁴¹

El objeto debe ser posible, lícito, determinado o determinable, de acuerdo con el artículo 1.155 del Código Civil y consiste, conforme al artículo 1.649 *eiusdem*, en “contribuir, cada una con la propiedad o el uso de las cosas, o con su propia industria”. No hay que confundir el objeto del contrato de sociedad con el objeto de la sociedad, el cual debe estar indicado en los

³⁹ Esta opinión se fundamenta en Chantal Cutajar-Riviere, *Ob. Cit.*, pp. 123 a 173; las Sociedades de Hecho en el Derecho y su Situación como Sujetos de Impuesto, de Jesús Herrera Villamediana, publicado en la *Compilación de Estudios y Sentencias* publicadas en las *Revistas de Derecho Tributario*, de la N° 1 a la N° 50, en el marco del Trigésimo Aniversario de la Asociación Venezolana de Derecho Tributario, 1969-1999, pp. 43 a 63; y José Mélich Orsini, *Ob. Cit.*, pp. 79, 120 y 121.

⁴⁰ No se trata de declarar la inexistencia o nulidad de la sociedad u otra persona jurídica. Lo que sucede es que la constatación de la ausencia de uno de los requisitos de existencia constituye un fuerte indicio de una conducta ilícita por parte del sujeto pasivo.

⁴¹ José Mélich Orsini, *Ob. Cit.*, pp. 120 y 121.

documentos constitutivos o contratos sociales correspondientes y en materia mercantil, tal como señala el artículo 200 del Código de Comercio, debe referirse a la realización de uno o más actos de comercio.

La causa debe ser lícita. La obligación sin causa, causa ilícita o falsa no tiene ningún efecto, tal como lo prescribe el artículo 1.157 del Código Civil. La causa es ilícita cuando es contraria a la ley, a las buenas costumbres o al orden público. De acuerdo con el artículo 1.649 *eiusdem*, la causa del contrato de sociedad está conformada por “la realización de un fin económico común”. Esta es la causa entendida desde el punto de vista objetivo. A estos requisitos, comunes al resto de los contratos, cabe agregarle el de la *affectio societatis*. “La causa, enfocada bajo un ángulo subjetivo, se convierte en el criterio de la calificación del acto de sociedad a través del concepto de *affectio societatis*, entendido como la aceptación de los riesgos surgidos de la creación de la sociedad”.⁴² De conformidad con el artículo 1.158 del Código Civil, el contrato es válido aunque la causa no se exprese y la causa se presume que existe mientras no se pruebe lo contrario. Por consiguiente, la carga de la prueba corresponde a quien pretenda demostrar la inexistencia de la causa, en el caso que nos ocupa, el Fisco.

b) Cuando no se cumplan las formalidades de publicidad previstas en la ley. En este sentido, el artículo 1.651 del Código Civil establece que las sociedades civiles adquieren personalidad jurídica desde que se protocoliza el contrato respectivo en la oficina subalterna de registro público de su domicilio. Si las sociedades civiles revisten una de las formas establecidas para las sociedades mercantiles, adquieren la personalidad jurídica cumpliendo las formalidades exigidas por el Código de Comercio, esto es, mediante otorgamiento por documento público o privado del contrato de sociedad; registro dentro de los quince días siguientes a su celebración de un extracto del mismo, si se trata de sociedades en nombre colectivo o en comandita simple, o del documento constitutivo y un ejemplar de los estatutos, si se trata de una sociedad anónima, en comandita por acciones o de responsabilidad limitada; finalmente los documentos registrados serán publicados (artículos 211 y siguientes del

⁴² Chantal Cutajar-Rivière, *Ob. Cit.*, p. 140, traducción propia.

Código de Comercio). Adicionalmente, la sociedad anónima, la sociedad en comandita por acciones y la sociedad de responsabilidad limitada deberán acompañar a la escritura constitutiva los documentos que comprueben los aportes y, en el caso de las dos primeras, los documentos que contengan las suscripciones de los socios.

Se ha discutido sobre cuándo adquieren personalidad jurídica las sociedades mercantiles. Algunos sostienen que resulta aplicable por analogía la previsión del artículo 1.651 del Código Civil con respecto a las sociedades civiles con forma mercantil. Otros sostienen que la personalidad se adquiere desde que se celebra el contrato. Según esta segunda tesis, las sociedades irregulares gozarían de personalidad jurídica. En todo caso, el efecto de esta disputa cuyo análisis excede del alcance del presente trabajo, es relativamente poco importante en materia tributaria, ya que, como hemos visto *ut supra*,⁴³ el tratamiento de las sociedades irregulares está previsto en las principales leyes impositivas (impuesto sobre la renta e impuesto sobre el valor agregado).

2.2.7 Ejemplos de normas que desconocen la personalidad jurídica

Existen hipótesis en las cuales, en lugar de otorgarle competencia a la Administración Tributaria para obviar la personalidad jurídica de sujetos de derecho reconocidos, la propia ley decide dejar sin efecto dicha personalidad jurídica.

He aquí algunos ejemplos:

a) *Transparencia fiscal internacional*

Existen casos en los que se utiliza el medio de la presunción⁴⁴ (a veces *iuris et de iure* y a veces *iuris tantum*) para desconocer sistemática-

⁴³ Ver los supuestos incluidos bajo las letras a) y d) del Capítulo “B) Algunos ejemplos” del número “2.1) Entes sin personalidad jurídica”.

⁴⁴ Para el uso de las presunciones en materia tributaria, véase Susana Camila Navarrine y Rubén O. Asorey, *Presunciones y Ficciones en el Derecho Tributario*, Doctrina, Legislación, Jurisprudencia, 2ª Edición Ediciones Depalma, Buenos Aires, 2000. José Luis Pérez de Ayala, en *Ficciones en el Derecho Tributario*, Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1970, también estudia el tema.

mente la personalidad jurídica de ciertos entes ubicados en jurisdicciones de baja imposición fiscal. Este mecanismo está previsto en los artículos 101 y siguientes de la Ley de Impuesto sobre la Renta, relativos al régimen de transparencia fiscal internacional.

Están sujetos a dicho régimen los contribuyentes que posean inversiones efectuadas de manera directa, indirecta o a través de interpuesta persona, en sucursales, personas jurídicas, bienes muebles o inmuebles, acciones, cuentas bancarias o de inversión, y cualquier otra forma de participación en entes con o sin personalidad jurídica, fideicomisos, asociaciones en participación, fondos de inversión, así como en cualquier otra figura similar, creada o constituida de acuerdo con el derecho extranjero, ubicadas en jurisdicciones de baja imposición fiscal.

Para la aplicación de este régimen, es esencial que el contribuyente pueda decidir el momento de reparto o distribución de los rendimientos, utilidades o dividendos, o que tenga el control de la administración de las mismas. Tanto el control de las inversiones como la influencia en la administración se presumen, salvo prueba en contrario.

Existe una presunción *iuris et de iure* de que la inversión está ubicada en una jurisdicción de baja imposición fiscal cuando se dé uno de los siguientes supuestos:

- Si las cuentas o inversiones se encuentran en instituciones ubicadas en dicha jurisdicción.
- Cuando se cuenta con un domicilio o apartado postal en la referida jurisdicción.
- Cuando la persona tiene su sede de dirección o administración efectiva o principal o tiene un establecimiento permanente en la mencionada jurisdicción.
- Cuando se constituye en dicha jurisdicción.
- Cuando tiene presencia física en la citada jurisdicción.

- Cuando se celebra, regula o perfecciona cualquier tipo de negocio jurídico de conformidad con la legislación de dicha jurisdicción.

También existe presunción *iuris et de iure* de que serán consideradas inversiones del contribuyente las cuentas abiertas en instituciones financieras ubicadas en jurisdicciones de baja imposición fiscal, cuyos propietarios o beneficiarios sean su cónyuge o la persona con la que vive en concubinato, sus ascendientes o descendientes, su apoderado, o cuando una cualquiera de las personas antes mencionadas aparezca como apoderada o autorizada para firmar u ordenar transferencias. Resulta claro que aquí hay una total desestimación de la personalidad jurídica de las personas antes mencionadas.

Toda transferencia efectuada u ordenada por el contribuyente a cuentas de depósito, inversión, ahorro u otras, abiertas en instituciones financieras ubicadas en dichas jurisdicciones, se consideran transferencias hechas a cuentas cuya titularidad corresponde al mismo contribuyente. Esta es una presunción *iuris tantum*. Ello significa que, en principio, se desconoce la personalidad jurídica de los titulares de dichas inversiones, considerando que pertenecen al contribuyente.

Los ingresos que provengan de dichas inversiones serán gravables para el contribuyente, pudiendo utilizar los mecanismos previstos en la Ley de Impuesto sobre la Renta en materia de costos, deducciones, participación proporcional, acreditamiento de créditos fiscales, etc.

El contribuyente tendrá que declarar anualmente las inversiones que durante el ejercicio haya realizado o mantenga en jurisdicciones de baja imposición fiscal, acompañando los estados de cuenta por depósitos, inversiones, ahorros u otros documentos que respalden la inversión, así como los depósitos y los retiros que haya realizado.

b) *Inclusión dentro del activo hereditario de ciertos bienes enajenados a título oneroso*

En el ordinal 4º del artículo 18 de la Ley de Impuesto sobre Sucesiones, Donaciones y demás Ramos Conexos, se incluyen dentro del activo

hereditario los bienes enajenados a título oneroso por el causante en el año anterior a su fallecimiento, a favor de personas que se presumen interpuestas, conforme al Código Civil, de quienes están llamados por ley a sucederle o de quienes aparezcan instituidos como sus herederos o legatarios; “o de personas morales que pertenezcan a unos u otros”. Ello significa que, a los solos efectos de la determinación del activo hereditario, se hace caso omiso de la personalidad jurídica de ciertas personas naturales o jurídicas.

c) Inclusión dentro del activo hereditario de ciertos bienes en casos de defraudación

El ordinal 6º del mismo artículo también incluye dentro del activo de la herencia “cualesquiera otros bienes que hubiesen salido del patrimonio del causante mediante actos encaminados a defraudar los derechos del fisco, siempre que ello aparezca de circunstancias claras, precisas, concordantes y suficientemente fundadas”. Ello podría suceder mediante el uso fraudulento de personas jurídicas.

d) Exclusión del pasivo hereditario de ciertas deudas

Una disposición semejante a la anterior se encuentra en el ordinal 4º del artículo 26 *eiusdem*, según el cual se excluyen del pasivo hereditario deudas que resulten de créditos hipotecarios o quirografarios constituidos por el causante en el año anterior a la fecha de su muerte, a favor de las personas que se presumen interpuestas, conforme al Código Civil, de los llamados por ley a sucederle o de quienes aparezcan instituidos como sus herederos o legatarios, o de personas jurídicas en las cuales el causante y dichas personas naturales sean socios o accionistas mayoritarios, individual o conjuntamente, “a menos que se justifique plenamente haberse destinado su producto al pago de obligaciones y gastos necesarios para el causante, a la adquisición a nombre de éste de otros bienes representados en el activo o que dicho producto se encuentre invertido en depósitos bancarios o en otros créditos ciertos a favor del causante”.

e) *Donaciones de los cónyuges*

El artículo 60, *eiusdem*, establece que las donaciones de bienes de la sociedad conyugal se considerarán hechas por un solo donante, a los fines del cálculo del impuesto; y que si entre ambos cónyuges y el donatario existiera parentesco, se tomará en cuenta el que sea más cercano. De esta forma, se considera como una sola persona a dos personas, a los solos efectos del impuesto sobre donaciones.

f) *No procedencia de deducciones en ciertos casos*

En ciertos casos no se admite la deducción de gastos, debido a que el acreedor de los pagos guarda alguna relación con el contribuyente, lo cual, en cierta forma, viene a ser un medio de atenuar la capacidad jurídica del contribuyente y desestimar la personalidad jurídica de dichas personas relacionadas, a los efectos antes mencionados. Esto sucede en el caso de remuneraciones por servicios personales prestados por el contribuyente, su cónyuge o sus descendientes menores, comuneros, socios de sociedades en nombre colectivo, comanditantes de las sociedades en comandita simple y los socios en sociedades civiles e irregulares o de hecho, así como por los gerentes o administradores de las mencionadas sociedades o comunidades, si tienen participación en las utilidades o pérdidas líquidas de la empresa (Parágrafo Primero del artículo 27 de la Ley de Impuesto sobre la Renta).

g) *No procedencia de deducciones por parte de los establecimientos permanentes*

Una situación similar se presenta con respecto a los pagos que realice un establecimiento permanente a la oficina central de la empresa por concepto de regalías, honorarios, asistencia técnica o pagos análogos a cambio del derecho de utilizar patentes u otros derechos, o por concepto de comisión, por servicios prestados o por gestiones hechas (Parágrafo Decimoséptimo del artículo 27 de la Ley de Impuesto sobre la Renta).

h) *Exclusión del patrimonio neto de ciertas cuentas y efectos por cobrar*

A los efectos del cálculo del ajuste por inflación, de conformidad con el Parágrafo Cuarto del artículo 173 de la Ley de Impuesto sobre la Renta y con el único aparte del artículo 184 *eiusdem*, se excluyen de los activos y pasivos y, por lo tanto, del patrimonio neto, las cuentas y efectos por cobrar a accionistas, administradores, afiliadas, filiales y otras empresas relacionadas y/o vinculadas.

2.2.8 *Pasos a seguir en el mecanismo de levantamiento del velo*

a) Para realizar la función de calificación, la Administración Tributaria, en el marco de un procedimiento de determinación o fiscalización, debe interpretar las normas tributarias, conocer y analizar los hechos y constatar con los medios probatorios idóneos de acuerdo con el Código Orgánico Tributario y las demás leyes aplicables, que se dan los supuestos del artículo 16 del Código Orgánico Tributario. Ello significa que se han descubierto los actos o situaciones que configuran los hechos imponibles; que la sociedad a ser desconocida es manifiestamente inapropiada a la realidad económica perseguida por el contribuyente; y, como consecuencia de la constitución de dicha sociedad, se disminuye la cuantía de las obligaciones tributarias.

b) Se suprimen los atributos de la personalidad jurídica y se penetra en su interior para descubrir quién es realmente el sujeto pasivo de la obligación tributaria, ignorando la independencia patrimonial de la sociedad.

c) Se hace uso de la norma jurídica que corresponde a la realidad descubierta, aplicándosela al sujeto de derecho oculto tras la pantalla de la sociedad. El monto de la obligación tributaria será el que le hubiera correspondido pagar al sujeto de derecho oculto, de no haberse utilizado la pantalla de una personalidad jurídica.

d) Como consecuencia de dicha operación, el sujeto de derecho oculto, de resultar necesario, será considerado como sujeto pasivo de una obligación tributaria. Quedan sujetos al cumplimiento de la obligación tributaria tanto el patrimonio de la sociedad desconocida, si es que lo tuviere, como el del verdadero contribuyente oculto.

CONCLUSIÓN

Hemos estudiado dos caras de la misma moneda. Por un lado, existen sujetos pasivos en materia tributaria que aparentemente carecen de personalidad jurídica. Por el otro lado, personas jurídicas reconocidas en derecho privado sufren el llamado “levantamiento del velo” en ciertas circunstancias, por obra de la Administración Tributaria, en virtud de una competencia que le ha sido atribuida por ley. En un caso, es la ley la que “crea” sujetos pasivos, en el otro es la Administración la que desconoce la personalidad jurídica. Sin embargo, aun en esta segunda hipótesis, es la ley la que habilita a la Administración para actuar. Finalmente, existen supuestos, a los cuales hicimos referencia, en los que la ley, directamente, obvia la personalidad jurídica de personas naturales o jurídicas, a efectos tributarios.

La etimología de la palabra persona proviene del latín *persona-ae* que significaba máscara, por cuanto los actores antiguos usaban máscaras para representar a sus personajes, así como para aumentar el volumen de sus voces. Posteriormente, se llamaron personas a los actores que usaban las máscaras y luego a quienes actuaban en la sociedad y en el mundo jurídico.⁴⁵

Por una curiosa coincidencia, las máscaras siguen siendo útiles para entender a las personas jurídicas. En algunos casos, se pretende poner máscaras a entes que no son personas y, en otras, se les quita las máscaras a otros entes porque quizás tampoco son personas.

En todo caso, a pesar de lo somero del análisis que antecede, parece claro que existe una tendencia a aproximar o unificar las concepciones de la personalidad jurídica que tiene el derecho privado y la que tiene el derecho tributario. Parecería que los sujetos dotados de personalidad jurídica son los mismos en ambos campos del derecho y que los mecanismos para levantar el velo o desconocer personalidad jurídica resultan cada vez más semejantes.

⁴⁵ G. Baudry-Lacantinerie y M., Houques-Fourcade, *Ob. Cit.*, p. 269. José Luis Aguilar Gorrondona, *Ob. Cit.*, p. 39.

