

**UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO**

**REVISTA  
DE LA  
FACULTAD  
DE DERECHO**



**ENERO - ABRIL 1994  
NUMERO 49  
CARACAS, VENEZUELA**

**UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO**

**AUTORIDADES UNIVERSITARIAS**

**Doctor Luis Ugalde S.J.  
Rector**

**Doctora Maritza Barrios Yaselli  
Vicerrectora Académica**

**Economista Rafael López Casuso  
Vicerrector Administrativo**

**Economista Gustavo Sucre Eduardo S.J.  
Secretario**

---

**Doctor Fernando Pérez - Llantada S.J.  
Decano de la Facultad de Derecho**

Universidad Católica Andrés Bello  
Revista de la Facultad de Derecho, N° 49  
Caracas, Venezuela

Aparece cada cuatro meses.

ISSN: 0255-5328

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

Se solicita canje con publicaciones análogas a esta Revista.

## SUMARIO

Presentación, <i>Fernando Parra Aranguren</i> .....	7
---	---

### LA UNIVERSIDAD

Informe del Rector al Consejo Fundacional, Año Académico 1992-1993, <i>Luis Ugalde S.J.</i> .....	15
--	----

### DOCTRINA

El 27 de noviembre de 1992: un caso de seguros, <i>Luis M. Avila M.</i> .....	31
---	----

La Reforma de la Administración Pública en Venezuela, <i>Ricardo Combellas.</i> .....	89
---	----

Las disposiciones constitucionales en materia del trabajo: Propuestas para su reforma, <i>Fernando Parra Aranguren</i> .....	107
---	-----

El Sistema de Derecho Romano Actual de Federico Carlos de Savigny y sus antecedentes doctrinarios en Alemania, <i>Gonzalo Parra-Aranguren.</i>	127
---	-----

### TRABAJOS DE ASCENSO

Retardo en el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias y depreciación de la moneda, <i>Enrique Lagrange.</i> .....	229
---	-----

## COLABORACIONES DEL PREGRADO

Jurisdicción Penal Internacional, <i>José Luis Castillo M.</i> .....	315
Derecho Penal mínimo, reduccionismo y penalización, <i>Enrique Javier Marín A.</i> .....	343

### VARIOS

El derecho como oficio, <i>Lorenzo Fernández Gómez</i> .....	365
Cristóbal Mendoza: Prócer cimero de la Abogacía venezolana, <i>Ricardo Hernández Alvarez</i> .....	385
Conferencia Especializada sobre Derecho Internacional Privado: <i>Convenciones y protocolos aprobados, firmas, ratificaciones y adhesiones al 20 de julio de 1993</i> .....	423



# Presentación

I.- Este número de la Revista está dividido en cinco secciones: La Universidad, Doctrina, Trabajos de Ascenso, Colaboraciones del Pregrado y Varios.

II.- La primera difunde el Informe presentado por el Rector, R.P. doctor Luis Ugalde S.J., al Consejo Fundacional, en relación con el Año Académico 1992-1993, donde “sólo recoge aquellos hechos dignos de ser resaltados por su importancia y significado especial”.

III.- La segunda contiene estudios de Luis M. Avila M. (**El 27 de noviembre de 1992: un caso de seguros**), Ricardo Combellas (**La Reforma de la Administración Pública en Venezuela: logros, obstáculos y fracasos**), Fernando Parra Aranguren (**Las disposiciones constitucionales en materia del trabajo: propuestas para su reforma**) y Gonzalo Parra-Aranguren (**El Sistema de Derecho Romano Actual de Federico Carlos de Savigny y sus antecedentes doctrinarios en Alemania**).

1.- Con ocasión del primer aniversario de los sucesos acaecidos el 27 de noviembre de 1992, Luis M. Avila M. analiza los “saqueos que afectaron a diversos comerciantes, causándoles pérdidas considerables”. Muchos de los afectados “se encontraban asegurados con la cobertura de Motín, Disturbios Laborales y Daños Maliciosos”, razón por la cual tal fecha identifique “un caso de seguros”.

El trabajo enfoca las circunstancias, los puntos de vista de los protagonistas, “sus diversas actuaciones y la intervención de diferentes organismos públicos”.

por una parte, y, por la otra, “llama a la reflexión sobre la necesidad de actualizar las técnicas docentes” pues se fundamenta en un “juicio oral simulado” realizado por el autor con sus estudiantes de Seguros Mercantiles, post-grado de Derecho Mercantil de la Universidad.

Se conformaron tres grupos: los asegurados afectados, sus abogados y testigos; las empresas de seguros, sus defensores y testigos; y el Jurado. “El Profesor sirvió de juez, el aula se acondicionó como tribunal y se permitió la entrada a visitantes interesados, entre los cuales contamos con la asistencia de los representantes de los comerciantes afectados del Centro Comercial Propatria. Las conclusiones de tan fascinante y exitosa experiencia -que esperamos el lector disfrute- son parte fundamental de esta Investigación”.

2.- El estudio de Ricardo Combellas (**La reforma de la administración pública en Venezuela: logros, obstáculos y fracasos**) destaca la peculiaridad de la administración pública a raíz de la consolidación definitiva del Estado venezolano: estar centralizada y concentrada en sus niveles superiores como secuela del principio de la unidad del tesoro, aun cuando los primeros organismos de “administración descentralizada” comenzaron a aparecer a partir de 1928.

La reforma administrativa -afirma el autor- se inició a partir de 1958 con fundamento en el denominado Informe Emmerich, donde se destaca la necesidad de la reorganización gubernamental mediante la definición clara y adecuada de sus funciones, de simplificar y agilizar los sistemas y procedimientos, de establecer sistemas de control fiscal y de organizar los datos económicos como instrumentos de programación de decisiones para la política gubernamental y de transformar el servicio civil, mediante el establecimiento de una carrera administrativa y el adiestramiento del personal público en los diferentes niveles.

De su estudio se desprende que “los ensayos de reforma administrativa no han avanzado (...) con suficiente impulso en estos treinta y cinco años de vida democrática”; que el proceso de descentralización política y administrativa será puesto a prueba “con el traslado de competencias y la formación de las consiguientes burocracias, en dos áreas en que el Estado central ha mostrado grandes deficiencias: la educación y la salud”; y que -gracias a la crisis fiscal y a la nueva realidad post-populista- el Estado “no tiene otra alternativa (...) que redimensionarse y reducir sus cometidos, para ser más eficaz y eficiente”. Como consecuencia, “la reforma de la Administración Pública en función del desarrollo

cobra una renovada importancia (...) en el redimensionamiento de un Estado acorde con las nueva y exigentes realidades”.

3.- De Fernando Parra Aranguren se divulga un trabajo basado en una conferencia dictada -el 30 de enero de 1992- en el ciclo **La Revisión Constitucional: Análisis y Propuestas**, organizado por la Procuraduría General de la República y que, en esa fecha, entregó para su inclusión en el Libro Homenaje en honor del profesor doctor José Manuel Delgado Ocando, preparado por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad del Zulia. Aun cuando han pasado dos años de la fecha en que fue dictada, se difunde ahora por no haber aparecido aún el Libro Homenaje y porque se ha vuelto a mencionar la necesidad de modificar la Constitución de la República.

En su estudio, el autor aborda dos temas relacionados con la materia: si los cambios propuestos pueden ser -o no- llevados a cabo por un poder constituyente y si los derechos sociales, como tales, deben permanecer en el texto constitucional, pues hay quienes piden su eliminación. El lector interesado en estos puntos puede consultar los ensayos de Ricardo Combellas (**La Asamblea Constituyente y el proyecto de reforma general de la Constitución de 1961**), Angel E. Alvarez Díaz (**Derechos sociales y reforma del sistema económico en la Constitución del 61**) y Emeterio Gómez (**La Constitución de 1961 y la creación de una economía competitiva**), en *Politeia*, N° 15 (en prensa desde marzo de 1993), el primero, y en la *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Universidad Central de Venezuela, N° 88, Caracas, 1993, los otros dos.

Aun cuando los temas señalados por Fernando Parra Aranguren no se refieren a los tratados por la Comisión Bicameral de reforma constitucional (pues ésta se limitó a proponer el derecho a una alimentación suficiente y saludable y a darle rango constitucional al postulado que fija las pensiones y jubilaciones en un monto no inferior al salario mínimo urbano), sí se vinculan con algunos tratados en otras partes de la Carta Fundamental: el derecho de asociación, la prohibición de militancia política de los jueces, el referéndum, el control de las finanzas de los partidos políticos, entre otros, están íntimamente relacionados con el derecho de sindicación, el apoliticismo de los dirigentes sindicales y la implantación del orden democrático en las organizaciones de trabajadores.

4.- El estudio de Gonzalo Parra-Aranguren (**El Sistema de Derecho Romano Actual de Federico Carlos de Savigny y sus antecedentes doctrinarios en**

**Alemania)** comienza reseñando las doctrinas sustentadas por la Escuela Estatutaria alemana entre los siglos XVI y XVIII y las críticas que le formularan Wilhem Schaeffner y Carl Georg von Wächter.

Seguidamente analiza el pensamiento de Savigny: luego de una introducción general, expone las ideas del autor relacionadas con los límites de vigencia de las normas jurídicas en el espacio, la aplicación de la *lex fori*, la comunidad jurídica existente entre las naciones, la localización de su asiento en el espacio para determinar la ley aplicable a la relación jurídica y las excepciones a la ley aplicable.

Finaliza su meditación refiriéndose a la influencia de Savigny, en la segunda mitad del siglo XIX, tanto en el pensamiento europeo como en el hemisferio americano. Concluye exponiendo cómo se divulgó esta doctrina en nuestro país.

IV. - La siguiente sección divulga el trabajo presentado por Enrique Lagrange (**Retardo en el cumplimiento de obligaciones pecuniarias y depreciación de la moneda**), el 20 de octubre de 1993, en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, a los fines de su ascenso en el escalafón docente a la categoría de Profesor Asociado.

El 25 de noviembre del mismo año, el presentante hizo su defensa pública ante un jurado integrado por los profesores doctores José Melich Orsini (Coordinador), Gonzalo Parra-Aranguren y José Luis Aguilar Gorrondona. A juicio de los examinadores, “se trata de un estudio que constituye un aporte personal de su autor sobre un tema de gran trascendencia en las épocas de depreciación monetaria. Su enfoque, su desarrollo y la metodología empleada permiten entender con claridad los diversos aspectos del problema, los cuales son tratados con un espíritu constructivo, sin mengua del debido rigor científico”. El trabajo, continúa señalando el jurado, “reúne los requisitos de razonamiento riguroso, exposición sistemática, pureza metodológica y complementación bibliográfica que establecen los usos académicos”, por lo cual -tomando en consideración, además, su singular valor y actualidad- “acordó, mediante el voto unánime de sus miembros, otorgarle Mención Honorífica y recomendar su publicación”.

De su estudio, el autor infiere las siguientes conclusiones: 1ª Las oscilaciones del valor real de la moneda son legalmente irrelevantes en cuanto a la eficacia liberatoria del pago de la suma de dinero, efectuado conforme al principio nominalista aplicado en el artículo 1737 del Código Civil; 2ª El retardo culposo

del deudor de una obligación pecuniaria no transmuta la naturaleza ni el objeto de la deuda insatisfecha para convertirla en deuda de valor; 3ª El retardo culposo del deudor en cumplir su obligación es susceptible de ocasionar al acreedor daños mayores que el perjuicio moratorio contemplado en el artículo 1277 del Código Civil y el cual éste dispone resarcir mediante el pago del interés legal; 4ª El artículo 108 del Código de Comercio debería conducir a la admisión de la resarcibilidad del daño mayor derivado del retardo culposo en pagar obligaciones pecuniarias mercantiles, líquidas y exigibles; 5ª La depreciación de la moneda no constituye, por sí misma, en derecho, un daño resarcible, pero sí puede ser considerada como ocasión de un daño tal, cuando entre el momento en que la obligación pecuniaria habría de ser satisfecha y el de su efectivo pago, ha sobrevenido una depreciación de la moneda. El daño concreto por depreciación monetaria no es resarcible sino con sujeción a las reglas generales de la responsabilidad civil por incumplimiento de obligaciones; y 6ª Las obligaciones pecuniarias de naturaleza laboral no constituyen ninguna excepción a lo expuesto en la precedente conclusión.

V.- La sección **Colaboraciones del Pregrado** difunde los trabajos presentados por los estudiantes de pregrado José Luis Castillo M. (**Jurisdicción Penal Internacional**) y Enrique Javier Marín A. (**Derecho penal mínimo, reducción y despenalización**) en el II Congreso Binacional de Estudiantes de Derecho, celebrado en la Universidad Externado de Colombia, Santa Fe de Bogotá, entre los días 29 de abril y 5 de mayo de 1992).

VI.- En la última sección se divulgan el trabajo de Lorenzo Fernández Gómez (**El derecho como oficio**), el discurso de orden pronunciado por Ricardo Hernández Alvarez (**Cristóbal Mendoza: Prócer cimero de la Abogacía venezolana**) en el Homenaje Central que los abogados le rindieron al doctor Cristóbal Mendoza, en Barquisimeto (1993) y un cuadro contentivo de las Convenciones y Protocolos aprobados en diversas reuniones de la Conferencia Especializada de Derecho Internacional Privado, con indicación de las aprobadas, firmadas, ratificaciones y adhesiones al 20 de julio de 1993.

VII.- Quien suscribe espera que el material presentado sea del interés de los lectores y aprovecha la ocasión para participarles que, por razones personales, deja las funciones de Coordinador de la Revista que desempeñó desde el 21 de marzo de 1991: desde esa fecha han aparecido -con éste, correspondiente al

primer cuatrimestre de 1994- nueve números (del 42 al 49, ambos inclusive), lo cual quiere decir que la Revista de anual pasó a semestral (1991 y 1992) y a cuatrimestral desde 1993.

Desea, igualmente, agradecer la colaboración recibida, particularmente la de Margarita Páez-Pumar H., María Enriqueta Gallegos, Elsa María Celi A. y el personal directivo y de planta de Grafisistem C.A. A la primera, por levantar los textos; a las dos siguientes, por corregirlos; y a los últimos, por imprimirlos, con excepción del N° 42, elaborado en los Talleres de la Imprenta de la Universidad Central de Venezuela.

Caracas, 27 de febrero de 1994.

Fernando Parra Aranguren

**La Universidad**





**Informe al Consejo Fundacional  
Año Académico 1992-1993**

Luis Ugalde, S.J.  
Rector de la Universidad

Revista de la Facultad de Derecho, N° 49  
Universidad Católica Andrés Bello  
Caracas, 1994



Como es usual en estos Informes al Consejo Fundacional, presentamos en forma breve sólo aquellos puntos que por su novedad, urgencia o particular valor orientador, requieren atención especial. Otros puntos podrán abordarse en el diálogo de acuerdo a los intereses de los Consejeros.

Los dos intentos de golpe militar, la aprobación por la Corte Suprema del antejuicio de mérito para juzgar al Presidente Pérez, su consiguiente destitución y el proceso de nombramiento del Presidente Velásquez para el resto del período presidencial, fueron vividos en la Universidad como en el país, con mucha tensión e interés, pero se logró la continuación de las actividades con normalidad. La continuación del malestar socio-económico de la población, los actos de terrorismo como los sobre-bombas y coche-bomba, los numerosos conflictos laborales y el deseo de cambio institucional profundo, no han impedido la marcha normal de la UCAB, pero la llevaron a acentuar su presencia en la discusión de los problemas nacionales y en la búsqueda de soluciones.

Las Jornadas Anuales de Reflexión que con el patrocinio del señor Cardenal organizan la UCAB y el Instituto de Teología para Religiosos (ITER) en el mes de marzo, este año fueron dedicadas a reflexionar sobre el aporte del cristiano para salir de la actual cultura de la muerte y de la violencia hacia una cultura de la vida.

Desde comienzos de enero -bajo intensos rumores de nuevos golpes- la UCAB y el Episcopado Nacional consideraron la conveniencia de un **Encuentro Nacional de la Sociedad Civil**. Convocado por el Episcopado y organizado por la UCAB, el **encuentro** reunió de manera abierta y plural a decenas de expertos muy cualificados y unas dos mil personas para estudiar los caminos

de solución a la actual crisis. Con los temas estudiados en el área económica, social, política y jurídica se buscaban los **Consensos** fundamentales y también la identificación de los **Disensos** en las propuestas de solución.

Gracias a lo oportuno de la iniciativa, al aprecio por la convocatoria del Episcopado y la garantía de seriedad y de imparcialidad que ofrecía la UCAB, se logró un clima extraordinario de diálogo respetuoso y plural. Esas mismas razones, unidas a la incansable labor de la Dirección de Prensa, produjeron una excelente colaboración de los medios de comunicación social que le dieron una amplia cobertura y llevaron las discusiones del Aula Magna a los foros televisivos, de radio y prensa. En un momento de especial tensión para el país como fue esa semana del 10 al 15 de mayo -pues esos días la Corte Suprema tenía que pronunciarse sobre el antejudio de mérito del Presidente para ser enjuiciado-, quienes participaron en el **Encuentro** de la UCAB, demostraron que es posible una discusión serena, razonable, constructiva y plural, y que la sociedad civil necesita retomar los grandes problemas nacionales con un nuevo espíritu más positivo y centrado en buscar soluciones.

Numerosas iniciativas en las regiones y en otras instituciones se han derivado de esta primera. La grabación íntegra de todos los temas con la disponibilidad de las copias para quienes las necesiten y su inmediata publicación en dos tomos, puso en manos de los interesados todo el valioso material. También en la Universidad se están planificando algunos pasos de seguimiento en áreas específicas. Para el mes de febrero se está organizando el **I Encuentro de Políticas Económicas**, con una cuidadosa preparación entre los más expertos. El Instituto de Investigaciones Económicas y Sociales es el responsable, tanto del Encuentro de febrero como del anterior.

#### CELEBRACION DE LOS CUARENTA AÑOS

Tal como se habló en el último Consejo Fundacional, la celebración de los 40 años de la UCAB tuvo las siguientes dimensiones y líneas orientadoras:

- La gratitud hacia quienes hicieron posible su existencia y su consolidación.
- La proyección nacional en su momento actual.
- La renovación y actualización académica.
- Los actos de celebración propiamente dicha.

Sin pretender enumerar todos los actos, parece oportuno recoger los siguientes:

## RECONOCIMIENTOS

- Inauguración de la sala de profesores con el nombre del rector-fundador, P. Carlos Guillermo Plaza.
- Acto de reconocimiento al Ministro de Educación en 1953, José Loreto Arismendi, cuyo empeño personal hizo posible la apertura de las Universidades Privadas y el nacimiento de la Universidad Católica. En un acto con los familiares del doctor Arismendi ya fallecido, se le dio su nombre a la sala de conferencias del Rectorado.
- Reconocimiento a los fundadores, con acto litúrgico y entrega de diplomas que reunió en un emotivo encuentro a numerosas autoridades y profesores fundadores.
- Reconocimiento a la Jerarquía Católica en el acto de otorgamiento del doctorado Honoris Causa al Cardenal José Alí Lebrún, que este año cumple 50 años de sacerdocio y quien durante veinte años ha acompañado muy de cerca, como Canciller, la vida de la UCAB.

## CELEBRACIONES

Los actos celebrativos generales empezaron en enero de 1993 con un concierto a sala plena en el Teresa Carreño. Como acto central el 22 de octubre, se tuvo el concierto en el Aula Magna de la Universidad con la asistencia del Presidente de la República, del Cardenal Canciller, del Nuncio de Su Santidad y del Vice-Canciller, y contó con una masiva asistencia de los actuales miembros de la comunidad universitaria.

Un momento importante de estas celebraciones fue el Encuentro General de Egresados, tenido en los jardines de la UCAB el sábado 16 de octubre, con la asistencia de 1.500 personas.

El 11 de diciembre se tendrá un Encuentro FE Y ALEGRIA - UCAB en nuestro campus, para recordar el nacimiento de esa trascendental institución de

educación popular en la Universidad Católica el 11 de diciembre de 1954. En ese acto se impulsará la actual colaboración entre ambas instituciones.

Los días 12 y 13 de noviembre todos los rectores de las universidades del país se reunirán en la UCAB, en un Seminario de Reflexión sobre la actual crisis universitaria y los caminos de solución.

La celebración de los 40 años se cerrará el 14 de diciembre con la presentación de todos los libros y revistas editados este año y con la apertura de la galería de rectores.

De algunas iniciativas importantes en el área académica informaremos más adelante.

Los diversos actos tuvieron un componente litúrgico y de acción de gracias a Dios por su asistencia en este proceso de nacimiento y consolidación de la Universidad.

La recién creada Dirección de Proyectos, bajo la responsabilidad del P. Azagra, coordinó con todo éxito los programas de celebración.

#### VIDA ACADEMICA

Las diversas tareas especiales que en estos años se van realizando en el área académica se encuadran dentro de la orientación, tareas y objetivos que se señalaron en el Plan Trienal formulado en forma muy participativa en el curso 1990-91. Un punto central de ese plan es la revisión del pensum y de los contenidos programáticos en todas las carreras de la UCAB. Esa revisión del pensum puede ser mayor o menor, según sean los requerimientos, pero siempre tiene la ventaja de obligar a los profesores de la especialidad, a los egresados y a los propios alumnos a dialogar sobre el grado de adecuación del pensum vigente a los objetivos que la escuela se propone. Algunas facultades como la de Derecho y varias escuelas de la Facultad de Humanidades ya realizaron antes la exigida reforma de pensum.

En el curso 1992-93 se aprobó el pensum nuevo en las dos carreras de Ingeniería. Así mismo, en las carreras de Administración, de Contaduría, de

Relaciones Industriales y de Sociología de la Facultad de Ciencias Económicas y Sociales. En el curso anterior se aprobó el nuevo pensum de Economía y en éste entró en vigencia. La reforma de pensum es de las tareas más laboriosas y difíciles, y no libre de tensiones, por la diversidad de puntos de vista y también porque los cambios siempre afectan a las personas y con frecuencia modifican la labor que venían realizando. Afortunadamente la aprobación de las reformas en 6 carreras se llevó a cabo en este curso. Para el curso 1993-94 sólo quedan 3 carreras -de las 13 que hay en la UCAB- pendientes de la reforma y ya la están elaborando. Las otras carreras fueron reformadas entre 1990 y 1992.

En la Facultad de Derecho conviene resaltar la revitalización del Centro de Investigaciones Jurídicas que bajo la dirección de María Gracia Morais de Guerrero ha adquirido nuevo dinamismo y organización y ha podido atender exitosamente a los encargos de investigaciones y trabajos recibidos.

En la Facultad de Ingeniería se elaboraron dos proyectos de Postgrado. Uno se aprobó al final de curso y empezó sus actividades a mediados de septiembre. Se trata del postgrado en Gerencia de Proyectos para Ingenieros que con apoyo de Lagoven, cuenta con 35 ingenieros cursantes en régimen de tiempo completo. Se espera que el otro postgrado en el área de la Ingeniería Ambiental sea aprobado en el curso 1993-94. En ambos proyectos se ha contado con el apoyo y asesoramiento de cualificadas universidades norteamericanas.

Ante la imposibilidad de recoger todas las novedades, escuela por escuela, queremos informar de la marcha en dos áreas que se han comentado con interés y preocupación en este Consejo; me refiero al impulso a la **formación de educadores y al fortalecimiento de la orientación ética y antropológica en las diversas escuelas.**

Los nuevos pensa de las escuelas han reforzado las materias de ética y han incluido la materia de Introducción al Estudio del Hombre que incluye aspectos de antropología filosófica y teológica, así como elementos de comprensión de la identidad específica de la UCAB. Se han organizado varios seminarios para candidatos a dar esta materia, pues pasan de veinte las secciones donde debe darse. Después de haber agotado los cuadernos docentes elaborados para esta materia, han sido evaluados y corregidos, y de su nueva elaboración ha surgido

el libro recientemente editado con el nombre **El Hombre: Retos, Dimensiones y Trascendencia** que estamos seguros tendrá muy buena aceptación. Esta es una iniciativa bajo la responsabilidad del Centro de Estudios Religiosos. Por iniciativa del mismo Centro se desarrollaron con éxito los dos primeros semestres del Postgrado en Teología y en septiembre inició los estudios la segunda cohorte de 29 personas. Hay proyectos en marcha para estudios y desarrollo pedagógico en las áreas de ética y empresa, ética y economía, y otras. Sin embargo, todavía no acaba de consolidarse el equipo con el número de personas y dedicación requeridas.

**La contribución de la UCAB a la revalorización del educador** en la sociedad comprende, por lo menos, tres aspectos en los que estamos trabajando:

- Elevación de la calidad y mejoramiento de la dotación de la Escuela de Educación.
- Trabajo externo para que la sociedad sea más consciente del papel del educador y mejore sus ingresos y estima social.
- Visitas a los centros de educación secundaria para proponer la carrera de educación a los jóvenes.

Se viene trabajando en los tres puntos. Gracias a una significativa donación de PDVSA se ha mejorado la dotación de los laboratorios, se han adquirido equipos de computación y material audiovisual. Se ha promovido la elaboración de seis micros bajo la dirección de Alba de Revenga, para que sean pasados por todas las televisoras. Este trabajo, al igual que las visitas a colegios y liceos, deberá continuar en los próximos años.

## RETOS Y DEFICIENCIAS

Al elaborar el Plan Trienal vemos que en la formación común a todas las carreras había, al menos, cuatro áreas en las cuales teníamos deficiencias que deben ser atendidas, de modo, que produzcamos cambios significativos a mediano plazo: Informática, Biblioteca, Lenguas y Fracaso en el primer año de Universidad.



Una carrera universitaria actualizada tiene que estar marcada por una **nueva cultura informática**, el eje del estudio tiene que ser el uso frecuente de una **biblioteca actualizada** y tiene que estar abierta al uso de **lenguas extranjeras**, sobre todo el inglés. Así mismo, resulta profundamente insatisfactorio el alto índice de **fracaso de los estudiantes en el primer año**; incluso, luego de haber seleccionado en los exámenes de admisión el 20% mejor de los aspirantes.

Para responder a estas cuatro necesidades se van desarrollando algunas iniciativas que darán sus frutos a mediano plazo.

En el área de orientación del primer año el Centro de Orientación con varias escuelas ha iniciado cursos y dinámicas especiales de reforzamiento que permita a los nuevos dar con éxito el salto al nivel universitario en métodos de estudio, en la organización del tiempo personal o en la adquisición de conocimientos indispensables que no se traen del bachillerato. En los estudios de Ingeniería y de Psicología se están ensayando programas especiales cuyos resultados debemos esperar.

En el área de la Informática aplicada a la vida académica, la UCAB ha hecho un esfuerzo excepcional en el curso pasado. Gracias al profesor Filippo Fabrocini que vino de Italia contratado para elaborar un ambicioso programa, tenemos un diseño integrado de la red para toda la Universidad, firmamos el convenio con IBM para la instalación de la red y las máquinas por un costo total de 96 millones de bolívares. Ahora tenemos la base para hacer en este curso un esfuerzo grande para dar el salto cultural necesario en esta área en todo el personal de docentes, investigadores, autoridades y estudiantes. Así mismo, está la base indispensable para que se elabore, a la mayor brevedad, el proyecto de carrera de Informática en la Facultad de Ingeniería. Se ha creado el Centro de Computación Académica y se han contratado tres profesionales cualificados para empezar.

El problema de la biblioteca en la Universidad es muy complejo y tiene por lo menos tres aspectos: acondicionamiento físico, adquisición de publicaciones y acceso informatizado, y cultura universitaria entre profesores y estudiantes que los lleve al uso intensivo de la biblioteca.

En cuanto al acondicionamiento físico, se ha hecho una buena inversión para renovar y ampliar la sala de lectura, dotándola de la comodidad del aire

acondicionado. Se ha asignado un amplio espacio nuevo que sirva de depósito para decenas de miles de volúmenes que no son de uso cotidiano. Esto permite disponer de espacios centrales para los libros de uso frecuente. En la informatización interna y en la comunicación con redes externas se han dado pasos significativos, pero requerirá nuevos esfuerzos y presupuesto.

Se ha considerado que el problema de las lenguas en la UCAB no se resuelve con la vuelta a introducir la materia de inglés en el pensum como se tuvo hace años. El camino iniciado el año pasado y en expansión en éste, consiste en acudir a empresas especializadas como el Centro Venezolano Americano para que con un convenio específico ofrezcan sus servicios en la Universidad a quienes lo deseen. Al mismo tiempo se va aprobando en las carreras la suficiencia del inglés como requisito para pasar a cursos superiores. La combinación de las facilidades ofrecidas y el requisito de suficiencia irá introduciendo una nueva conciencia de la necesidad del inglés y de otras lenguas, y el uso de las facilidades que la Universidad ofrece para ello.

#### INTERCAMBIOS INTERNACIONALES

El año pasado informamos de algunas iniciativas para desarrollar esta dimensión imprescindible de la Universidad y en la que todavía somos muy débiles. A nivel latinoamericano, se ha fortalecido la organización AUSJAL que agrupa a una veintena de universidades de los jesuitas en América Latina, con cerca de 200.000 estudiantes. Además de la reunión de los rectores integrantes, cada dos años estamos auspiciando encuentros por disciplinas académicas y áreas de trabajo. Se tuvo el año pasado en la Universidad del Pacífico en Perú el Encuentro sobre Escuelas de Economía y Administración. En septiembre de este año se ha tenido en Guadalajara, México, el Seminario sobre pastoral universitaria organizado por el secretariado del CELAM (Consejo Episcopal Latinoamericano) y AUSJAL. En Bogotá se tuvo en los primeros días de octubre un seminario de expertos en el tema Ética y Economía con el fin de aplicarlo a la docencia. Hay otras iniciativas en el área de los medios de comunicación social y de los estudios filosóficos, y se desea dar forma a la comunicación y colaboración en el área del derecho.

En marzo de 1993 tuvimos un Seminario en la Universidad de Deusto en Bilbao sobre la colaboración para formar recursos humanos de alto nivel para

el desarrollo con equidad en América Latina. Ese Seminario concluyó con unos acuerdos finales y el Comité de Seguimiento, al que pertenece el Rector de la UCAB, está concretando varios planes de doctorado para las instituciones que integran AUSJAL. El programa que Deusto propone exige la colaboración de todas nuestras universidades en la formación doctoral de parte de su profesorado con respaldo del Gobierno Vasco y de la Comunidad Económica Europea. Aunque hay proyectos todavía en trámite, ya la UCAB cuenta con un estudiante de postgrado en Deusto en el curso 1993-94.

La UCAB, para la formación de su personal docente y de investigación, se está beneficiando de los apoyos institucionales de Fundayacucho y contamos con 15 de nuestros graduados jóvenes que realizan estudios en Estados Unidos y en Europa para luego incorporarse al personal docente y de Investigación. Otros 15 han salido a participar en congresos o cursos cortos.

Se han buscado también convenios y apoyos de universidades norteamericanas, hay algunos pequeños pasos pero el proceso es lento pues la Universidad en Estados Unidos no parece estar en un tiempo de particular apertura al otorgamiento de ayudas. Las numerosas visitas que se reciben en Caracas buscan más bien el reclutamiento de clientes del exterior que paguen, para compensar la disminución de alumnos norteamericanos y de las ayudas financieras que con diversas modalidades otorga la sociedad estadounidense a sus estudiantes universitarios. De todas maneras, aunque con lentitud, se irán concretando convenios y apoyos.

#### CONSEJO DE DESARROLLO CIENTIFICO Y HUMANISTICO

A mediados de año se aprobó la constitución en la UCAB del Consejo de Desarrollo del Consejo Científico y Humanístico que estaba previsto en nuestro Estatuto Orgánico, con miras a fomentar y coordinar mejor las labores de investigación. Así mismo, se le asignó un presupuesto inicial para sus labores de promoción.

#### PROGRAMA DE FORMACION CONTINUA

Este es uno de los programas más jóvenes en la Universidad. Se ha ido expandiendo y afianzando bien. Atiende con una variada gama de cursos a la

demanda individual o corporativa externa y también al personal de la propia Universidad. Sus ingresos netos se han duplicado este año.

## PUBLICACIONES

Los costos de los libros en general se han multiplicado; así mismo los costos de imprenta. La Universidad ha incrementado sus esfuerzos editoriales sobre todo en el área estrechamente vinculada con la docencia. En el curso 1992-93 podemos contar con la edición de 25 libros entre la Dirección de Publicaciones y la Escuela de Comunicación Social. Algunos de esos son reediciones de libros de texto agotados y otros son nuevos. Para la fecha de este informe hay unos todavía en la imprenta y otros como la **Historia de la UCAB** y el **Diccionario del habla actual en Venezuela** están en la última fase de su elaboración. Se han consolidado 7 revistas periódicas. Además, se ha fortalecido la actividad de ventas, la participación en las ferias de libros que se organizan en el país y se ha organizado con todo éxito en la UCAB la II Feria Ucabista del libro, con participación de importantes editoriales nacionales y extranjeras.

## DIRECCION DE PROYECTOS

En informe anterior dábamos cuenta de la creación de esta nueva dirección. Ahora podemos decir que es una realidad la ejecución de los primeros proyectos encomendados a esta Dirección bajo la responsabilidad del P. Azagra. Se ha ejecutado toda la primera etapa del Centro de Computación Académica hasta la elaboración del diseño, firma del convenio con la IBM, adquisición de equipos, instalación de la red y de los equipos y contratación del personal para el nuevo Centro. Así mismo se ha elaborado el plan de promoción del financiamiento de todo este proyecto. Lo mismo se puede decir del plan de Promoción de la vocación de Educador. El P. Azagra ha sido el responsable de la coordinación de los programas de los 40 años de la UCAB. Ya es una realidad la creación del fondo de Apoyo a la Excelencia con la Fundación Padre Barnola. La construcción del portón de entrada a la Universidad también fue promovida por esta Dirección. En todas estas iniciativas se cuenta con la estrecha colaboración de la Dirección de Promoción bajo la responsabilidad de Carmen Cecilia de Mayz. Los proyectos especiales después de un tiempo cesan por haberse ejecutado o porque pierden su carácter de especial y pasan a la administración ordinaria de la Universidad.

## RELACIONES HUMANAS, LABORALES Y ASPECTOS ADMINISTRATIVOS

Aunque estos años de tanta inflación y pérdida del poder adquisitivo salarial se prestan a los conflictos laborales, afortunadamente en la UCAB las discusiones y las legítimas aspiraciones de mejoras se han mantenido en un clima de diálogo. A fines de julio se acordó para el nuevo curso con la Asociación de Profesores un aumento del 35% que, con las prestaciones sociales derivadas de él, se eleva al 58%. Para hacer frente a este significativo incremento de gastos y al aumento similar en los costos de mantenimiento, de materiales y servicios hemos tenido que aumentar el monto de la matrícula estudiantil en casi 60%. Este año los estudiantes pagarán una mensualidad de bolívares 8.000 en las carreras más costosas y de 6.000 en las de menor costo; el número de mensualidades pasa de 10 a 12. Esto ha sido posible gracias a la comprensión y diálogo con la representación estudiantil.

Los empleados y obreros han recibido también un aumento aproximado de 35% en total, lo que significa 5 puntos más que lo acordado para este año en el contrato colectivo firmado el año pasado. Igualmente la Universidad, unilateralmente, ha puesto el salario mínimo de entrada en 5.000 bolívares por encima del salario mínimo legal. Afortunadamente se ha podido aprobar el sistema de jubilaciones para los empleados y obreros, y ya se están beneficiando los primeros jubilados; de esta manera todo el personal de la UCAB está cubierto por un plan de jubilaciones propio. Así mismo, estamos ofreciendo gratuitamente los programas de mejoramiento para el personal de empleados y obreros en las áreas de computación, ortografía práctica, estilo y redacción e inglés, con un total de 105 participantes.

## ASPECTOS DE FINANCIAMIENTO, ADMINISTRACION Y PROMOCION

El continuo mejoramiento de la Universidad exige un continuo aumento de los ingresos en términos legales sin engañarse por los incrementos nominales. Ello requiere incrementar todas las diversas fuentes de ingresos tal y como se ha logrado este año. En el Informe que presentará el Vice-Rector Administrativo y los anexos entregados por la Dirección de Promoción pueden apreciar los aumentos, tanto en los recursos generados por la propia Universidad, como de

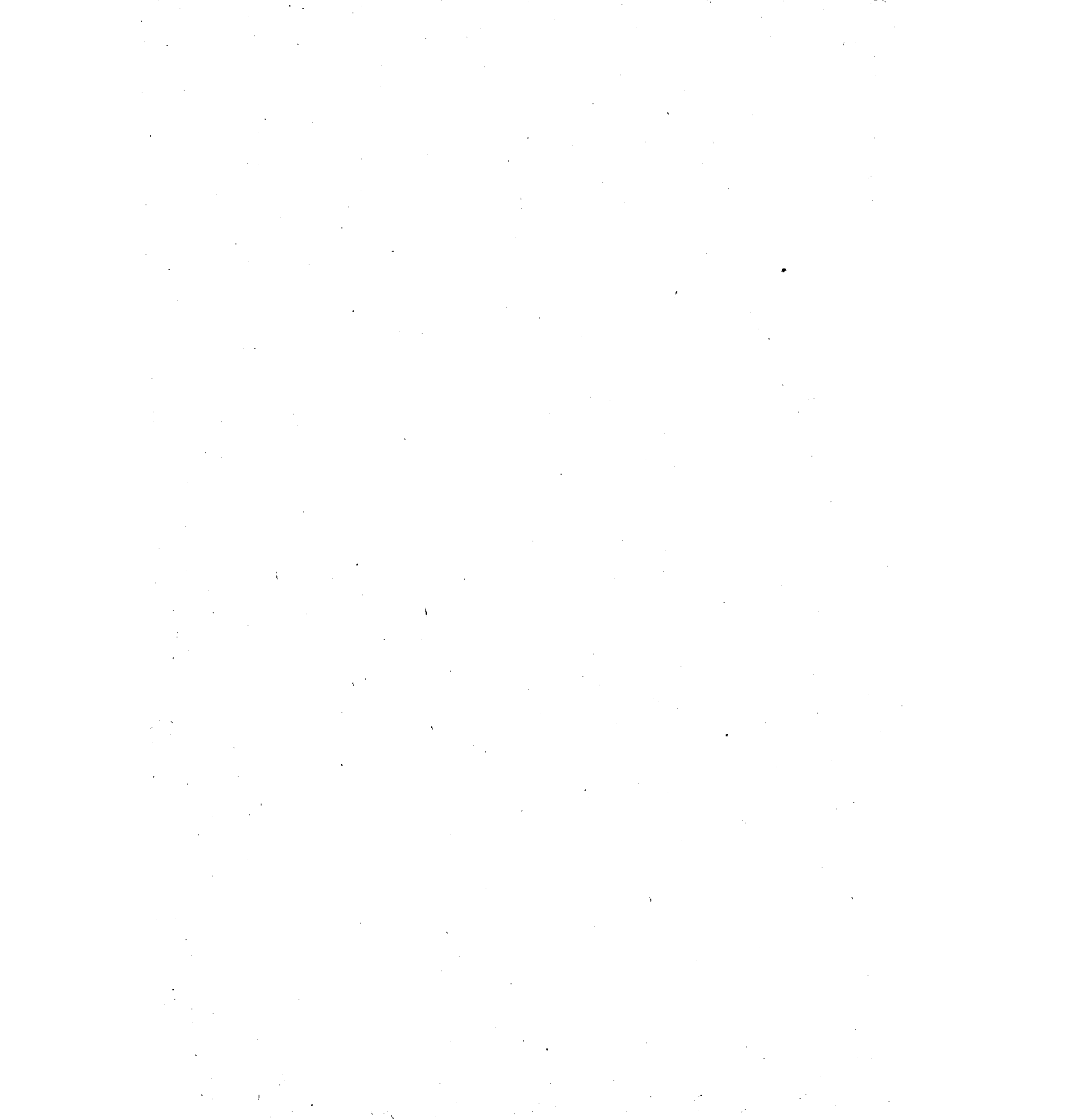
los provenientes de los diversos tipos de colaboración. No es posible que la totalidad de los gastos recaiga sobre la matrícula estudiantil, aunque ésta deberá ser superior cada año en términos reales. Con el fin de no excluir a nadie por sus limitaciones económicas, se han compensado los aumentos de matrícula con el incremento de las cantidades disponibles en el sistema de pensiones proporcionales y diferidas. Todavía el porcentaje de gastos atendido por las fuentes complementarias de financiamiento es demasiado pequeño pues está en el 20% y sería deseable que llegara por lo menos al 35%.

En la Administración de la Universidad ha habido un cambio de personal en los cargos de Administrador General, de Contador y de Director de Mantenimiento. Esperamos poder realizar en el curso 1993-94 una serie de cambios necesarios sobre todo en el área de Mantenimiento que son requeridos por la actual complejidad de la Universidad.

En cuanto al clima organizacional se puede considerar que es bueno, si se tienen en cuenta las dificultades y modalidades propias de una institución universitaria. Sin embargo, es deseable un esfuerzo mayor para mejorar la comunicación y la participación en la Universidad, así como la responsabilidad compartida en las mejoras de calidad que entre todos podamos lograr.

Caracas, 30 de octubre de 1993.

**Doctrina**





**El 27 de noviembre de 1992,  
un caso de seguros**

Luis M. Avila M.

Revista de la Facultad de Derecho, N° 49  
Universidad Católica Andrés Bello  
Caracas, 1994



## SUMARIO

### INTRODUCCION

#### 1. LOS HECHOS OCURRIDOS EL 27 DE NOVIEMBRE DE 1992

#### 2. DECRETOS PRESIDENCIALES Y RESOLUCION DEL MINISTERIO DE RELACIONES INTERIORES Y DE LA DEFENSA

2.1 Decreto N° 2668 de la Presidencia de la República. 2.2 Decreto N° 2669 de la Presidencia de la República. 2.3 Resolución de los ministerios de Relaciones Interiores y de la Defensa.

#### 3. FUNDAMENTOS LEGALES

3.1 Código de Comercio Venezolano. 3.2 La Póliza de Incendio y la Cláusula de Motín, Disturbios Laborales y Daños Maliciosos.

#### 4. POSICION DE LOS ASEGURADOS

4.1 Extensión de los daños sufridos por los comerciantes del Centro Comercial Propatria. 4.2 Reclamos por daños materiales a las Compañías Aseguradoras.

#### 5. POSICION DE LAS ASEGURADORAS

#### 6. DENUNCIAS CONTRA LAS ASEGURADORAS ANTE LOS ORGANISMOS ADMINISTRATIVOS Y DEMANDAS JUDICIALES

6.1 Gobernación del Distrito Federal y Concejo del Municipio Libertador. 6.2 Superintendencia de Seguros. 6.3 Instituto para la Defensa del Consumidor (IDEC). 6.4 Superintendencia para la Protección de la Libre Competencia. 6.5

Ministerio Público. 6.6 Intervención del Congreso Nacional. 6.7 Presidencia de la República. 6.8 Demandas Judiciales.

## 7. JUICIO SIMULADO

7.1 La Demanda. 7.2 La Contestación. 7.3 Las Pruebas. 7.4 Los Informes. 7.4.1 Informe de los Demandantes. 7.4.2 Informe de los Demandados (Compañía de Seguros). 7.5 La Sentencia. 7.6 Votos Salvados de la Sentencia

## CONCLUSIONES

## BIBLIOGRAFIA

## INTRODUCCION

Se cumple un año de la intentona golpista del 27 de noviembre de 1992 promovida por un grupo de civiles y militares, en la cual murieron inútilmente aproximadamente 300 personas.

Las razones que la motivaron, según sus autores, fueron acabar con un gobierno corrupto que estaba llevando al país a la miseria y al atraso.

Paralelamente al intento de golpe se produjeron en todo el país saqueos que afectaron a diversos comerciantes, causándoles pérdidas considerables, muchos de ellos se encontraban asegurados con la cobertura de Motín, Disturbios Laborales y Daños Maliciosos, de aquí que el 27-11-92 se haya convertido en un caso de seguros.

A lo largo de este trabajo analizaremos con detalle todas las circunstancias que rodearon a este caso, conoceremos los puntos de vista de cada uno de los protagonistas, sus actuaciones y la intervención de diferentes organismos públicos.

La motivación para escribir estas líneas la encontré en mis alumnos de Seguros Mercantiles del Postgrado de Derecho Mercantil de la Universidad Católica Andrés Bello "UCAB", correspondientes al trimestre abril-julio de 1993, quienes con sus inteligentes cuestionamientos me estimularon en primer lugar a organizar entre ellos un juicio oral simulado, con la intención de conseguir

respuestas a las dudas por ellos planteadas. Así pues, con la participación activa de todos ellos se conformaron tres grupos: los asegurados afectados, sus abogados y testigos; las empresas de seguros, sus apoderados y testigos, y el Jurado, el profesor sirvió de Juez; el aula se acondicionó como tribunal y se permitió la entrada a visitantes interesados, entre los cuales contamos con la asistencia de los representantes de los comerciantes afectados del Centro Comercial Propatria. Las conclusiones de tan fascinante y exitosa experiencia son parte fundamental de esta investigación.

Esta aventura docente llama a la reflexión sobre la necesidad de actualizar las técnicas docentes y los programas de formación a todos los niveles. Por todos es sabido que Venezuela se encuentra entre los países más atrasados del mundo en lo relativo a la educación y formación de sus ciudadanos. El porcentaje de estudiantes que alcanza la educación universitaria es bajísimo y menor aún los que logran un título universitario.

El irrespeto y desprestigio a que hemos sometido a nuestros maestros y profesores no tiene sentido, el éxito y el prestigio están alejados de tan digna profesión.

Todo esto sin hablar de la olvidada investigación, que es uno de los pilares fundamentales de la educación.

Es impostergable una profunda reforma educativa y un adecuado reconocimiento y estímulo a nuestros maestros e investigadores.

En otro orden de ideas, este trabajo nos obliga a concluir que la actividad aseguradora en Venezuela, atraviesa por una profunda crisis y que necesita la aprobación inmediata de los instrumentos legales que le permitan evolucionar a la par de sus similares en otros países.

Es lamentable recordar que durante 1990 y 1991 se dispusieron de muchas horas de trabajo de grandes profesionales de la industria del seguro, para formular una reforma de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros acorde con las exigencias actuales y, hasta la fecha no tenemos la tan indispensable reforma.

De la misma forma es necesaria la ley sobre el contrato de seguro que regule con total independencia todos los aspectos del contrato de seguros, y al

respecto el tratadista patrio, Hugo Mármol M. señalaba que **“la actividad del seguro se la ve, cada vez más, como un complejo integral de labores especializadas, que se profundizan y tecnifican, y que con la independencia financiera de los diversos países adquiere cada día una mayor relevancia en la economía mundial (...)”** y continua diciendo que **“(...) cada particular es un adquirente potencial de seguro, cada vez más necesitado de una sistemática legal que lo defienda de aseguradores inescrupulosos (...)”** para concluir en que **“(...) una ley especial de seguros dejaría de ser un capítulo del Código de Comercio y se convertiría en un texto especial. Siguiendo con ello la corriente mundial de independizar las instituciones en textos normativos autónomos, de la cual no se aleja nuestro país, tal es el caso de la Ley de Hipoteca Naval (...)”**

Quiero agradecer a los destacados alumnos que desinteresadamente participaron activamente en el juicio oral simulado que sirvió como marco del presente trabajo. Igualmente agradezco al abogado Carlos Eduardo Rodríguez F., gran profesional con cualidades indudables para la investigación, por su colaboración, sin la cual no hubiese podido materializar este proyecto.

Queda abierta la discusión para nuevos trabajos sobre seguros que nos permitan a todos los vinculados a tan fascinante actividad, aprender y estimularnos.

## 1. LOS HECHOS OCURRIDOS EL 27 DE NOVIEMBRE DE 1992

Durante la madrugada del 27 de noviembre de 1992, grupos de civiles y militares de las fuerzas armadas venezolanas, con participación protagónica de la Fuerza Aérea, llevaron a cabo un alzamiento militar dirigido a derrocar al Presidente de la República, tomando las principales bases aéreas, guarniciones militares y medios de comunicación social.

Desde tempranas horas de la mañana, los grupos levantados en armas, iniciaron transmisiones televisivas desde Venezolana de Televisión, canal 8, incitando a la población a la desobediencia civil, con el objeto de derrocar al Presidente Carlos Andrés Pérez; dejando fuera del aire el resto de los canales de televisión, a excepción de Televen canal 10; mientras aviones de la Fuerza Aérea Venezolana, sobrevolaban las ciudades más importantes del país; en Caracas

fueron bombardeados el Palacio de Miraflores, donde se encontraba el Presidente de la República, el Comando de la Policía del Municipio Sucre y posiciones militares leales al Gobierno; lo que se prolongó hasta avanzadas horas de la tarde en la ciudad de Caracas; mientras en la ciudad de Maracay, la Base Aérea de Palo Negro, fue tomada y controlada por las fuerzas rebeldes, las cuales hicieron como prisioneros a sus principales comandantes y dejaron fuera de operación a varios escuadrones de la aviación militar leales al Gobierno.

Por su parte el Presidente Pérez se dirigió al país en horas de la mañana, a través del único canal que se encontraba en el aire y de las emisoras de radio, informando a la colectividad que la insurrección estaba controlada, e invitó a la ciudadanía a iniciar su día de labores en forma normal solicitándoles dirigirse a sus centros de trabajo.

Las acciones de combate se prolongaron durante toda la mañana, aviones del tipo Bronco anti-guerrilla, bombardearon, sobre las instalaciones estratégicas del Gobierno, empero muchas de las bombas no llegaron a explotar; los aviones se reabastecieron en la Base Francisco de Miranda de La Carlota en Caracas. Iniciando la tarde, aviones del tipo F-16, leales al gobierno, sobrevolaron Caracas y Maracay, exhortando a los pilotos rebeldes a entregar los aviones, llamado que no fue acatado por éstos, iniciándose un combate aéreo de persecución resultando derribados varios aviones rebeldes.

En horas de la tarde, las tropas leales al Gobierno controlaron en gran parte la situación en Caracas, retomando la sede de Venezolana de Televisión y la Base Francisco de Miranda, donde los rebeldes se rindieron; a su vez en Maracay la toma de la Base Libertador se llevaba a cabo por parte de las fuerzas leales, presentándose un fuerte combate, donde resultó parcialmente destruida la Escuela de Aviación Militar. Ante la inminente derrota del movimiento golpista, un grupo de militares rebeldes a bordo de un avión de transporte tipo Hércules, logró escabullirse para luego aterrizar y solicitar asilo político en el Perú, asilo que les fue concedido por el mandatario de ese país andino.

En virtud del eminente fracaso, los comandantes rebeldes se rinden ante las fuerzas leales al Gobierno; sin embargo, y aún ante la inminente derrota, jóvenes aviadores permanecían sobrevolando el territorio nacional, y como

cierre de esta intentona, un avión a gran velocidad rompió varias veces la barrera del sonido sobre Caracas, lo que se escuchó como una gran explosión.

Ese día se suscitaron varios actos de pillaje y vandalismo, ejecutados principalmente por habitantes de las zonas marginales de las principales ciudades del país, quienes procedieron a saquear comercios y abastecimientos de alimentos.

A ello no escapó el Centro Comercial Propatria, situado en la Avenida Simón Bolívar de Propatria, el cual por su ubicación colindante con populosas áreas marginales, y su arquitectura de centro de comercio abierto, fue objeto de saqueos, siendo afectados un gran número de locales.

## 2. DECRETOS PRESIDENCIALES Y RESOLUCION DEL MINISTERIO DE RELACIONES INTERIORES Y DE LA DEFENSA

En vista de los acontecimientos que se desarrollaban en el país, la Presidencia de la República dictó los decretos números 2668 y 2669; en concordancia con ellos, los ministerios de Relaciones Interiores y de la Defensa, conjuntamente, emitieron las Resoluciones Nos. 517 y 8.414.

### 2.1. Decreto 2.668 de la Presidencia de la República

La Constitución Nacional establece un sistema de emergencia en su Título IX "De la Emergencia", artículos 240 al 244, de los cuales, es menester comentar el artículo 241 *eiusdem*, el cual dispone en su encabezado que: "En caso de emergencia, conmoción que pueda perturbar la paz de la República (...) el Presidente de la República podrá restringir o suspender las Garantías Constitucionales, (...)"; y en ese sentido en el primer aparte del citado artículo establece que: "El Decreto expresará los motivos en que se funda, las garantías que se restringen o suspenden, y si rige para todo o parte del territorio nacional."

Mediante este Decreto se suspendieron en todo el país las garantías contenidas en el artículo 60, ordinales 1º, 2º, 6º y 10º y en los artículos 62, 64, 66, 71 y 115 de la Constitución de la República.



En el primer "CONSIDERANDO" del Decreto en comento, se puede leer lo siguiente:

*"Que en la mañana de hoy, un grupo de la subversión civil en connivencia con un reducido pelotón militar, tomó la base aérea de Palo Negro en la ciudad de Maracay, Estado Aragua, así como la Base Francisco de Miranda en la ciudad de Caracas, que sirve de sede a la Comandancia de las Fuerzas Aéreas." (destacado nuestro).*

Resultando que la posición oficial fue la de declarar que el intento por derrocar al Gobierno Nacional fue realizado por grupos civiles y militares.

Ahora bien, el siguiente considerando de este Decreto reza:

*"Que a los fines de evitar alteraciones del orden público, como para reducir la acción de las unidades aéreas comprometidas en la intentona golpista, se requiere la instauración del ordenamiento de emergencia que para la defensa del sistema democrático establece la Constitución;" (destacado nuestro).*

De los textos transcritos, se entiende que la posición oficial fue que el intento de derrocar al Gobierno fue producto de acciones de grupos civiles y militares, y que para evitar alteraciones del orden público se instauró el sistema de emergencia que prevé la Constitución Nacional para los casos de conmoción que alteren la paz.

## *2.2. Decreto N° 2669 de la Presidencia de la República*

Mediante este decreto, se ordenó aplicar el Procedimiento Extraordinario previsto en el título VII del Libro Primero del Código de Justicia Militar, para el enjuiciamiento de los delitos tipificados en los Capítulos III y IV del Título III del mismo Código, "cometidos con ocasión de la Rebelión Armada del día 27 de noviembre de 1992".

En virtud de ello, los acontecimientos del 27 de noviembre fueron catalogados oficialmente como una rebelión armada con intención de derrocar al gobierno, donde participaron civiles y militares.

### 2.3. Resolución del Ministerio de Relaciones Interiores y de la Defensa

A través de esta Resolución conjunta se estableció el régimen para la suspensión en todo el territorio nacional la garantía de libre tránsito establecida en el artículo 64 de la Constitución, en el horario comprendido entre las 6:00 pm y las 6:00 am.

## 3. FUNDAMENTOS LEGALES

Un grupo importante de los comerciantes afectados por los disturbios que se produjeron el 27-11-92, estaban asegurados contra pérdidas producidas por motines o conmoción civil; teniendo origen esta cobertura en las disposiciones del Código de Comercio y en las condiciones pactadas en los contratos de seguros por ellos suscritos.

### 3.1. Código de Comercio Venezolano

El artículo 557 del Código de Comercio Venezolano, determina el alcance de los riesgos que asume el asegurador, tiene su origen en el artículo 536 del Código de Comercio Chileno de 1865, y es del tenor siguiente:

*“El asegurador puede tomar sobre sí todos o sólo algunos de los riesgos a que esté expuesta la cosa asegurada; pero si no estuviere expresamente limitado el seguro a determinado riesgo, el asegurador responderá de todos, salvo las excepciones legales”* (destacado nuestro).

De esta norma, se interpreta con relativa facilidad, que el asegurador asume todos los riesgos, salvo las excepciones legales, o las exclusiones convencionales, las cuales deberán constar expresamente.

En este sentido Jean-Marie Le Boulengé al comentar esta disposición, expresa que: “Como es bastante difícil prever todos los acontecimientos futuros que presenten el carácter de riesgo determinado, cuyas consecuencias se hayan asegurado, el legislador en vez de limitar la cobertura a todo lo que está expresamente incluido, prefirió extenderla a todo lo que no está expresamente excluido. De esta manera, quiso proteger a los asegurados, quienes como dicen

PICARD y BESSON 'deben de saber exactamente con cuáles casos y en cuáles condiciones no están garantizados (4)''<sup>1</sup>. Continuando con el citado autor, éste compara la disposición transcrita con otras legislaciones que se acogen a este principio de "cobertura extensiva", tales como Francia, Suiza y México; llegando a la conclusión de que: "Todas estas disposiciones tienen la misma finalidad: impedir la duda sobre la inclusión o exclusión de determinado riesgo, y en consecuencia, como dicen PICCARD y BESSON 'si hay duda, debe levantarse en favor de la garantía y no en el sentido de la exclusión del riesgo. (...). Este artículo es por lo tanto la regla básica y fundamental para la interpretación de las pólizas".

Las exclusiones legales a que hace mención el comentado artículo 557, aparecen en el artículo 565 del Código de Comercio, el cual reza:

*"El asegurador no responde de la pérdida o deterioro proveniente del vicio propio de la cosa, de un hecho personal del asegurado o de un hecho ajeno que afecte civilmente la responsabilidad de éste, ni de riesgos de guerra y motines.*

*Por estipulación expresa, puede tomar sobre sí la pérdida proveniente de vicio propio de la cosa y los riesgos de guerra o daños ocasionados por motines; pero nunca los que provengan de hechos del asegurado."*  
(destacado nuestro).

Esta disposición tiene como fuentes el artículo 552 del Código de Comercio Chileno de 1865, el artículo 352 del Código de Comercio Francés de 1807 y la Ordenanza de la Marina Francesa de 1681. En donde se excluía la responsabilidad del asegurador por vicio propio, hecho personal y hecho ajeno que afectará la responsabilidad civil del asegurado; y fue hasta el Código de Comercio Venezolano de 1904, cuando a la citada norma se le agregó como exclusión los riesgos de guerra y motines y se dejó a la libertad de las partes su estipulación expresa, ya que no se encontraba en Código de 1873, permaneciendo en el Código de 1919 y en la reforma parcial de 1955.

---

<sup>1</sup> LE BOULENGE, Jean-Marie. *El Derecho Venezolano de los Seguros Terrestres*, pp. 54-55.

La razón de la existencia de esta exclusión, es interpretada perfectamente por Jean-Marie Le Boulengé, quien explica que los riesgos de guerra y motines pertenecen a los llamados “riesgos catastróficos” y por lo tanto “no se prestan a las previsionés basadas en las leyes de la estadística y no pueden considerarse implícitamente incluidas en una cobertura normal”<sup>2</sup>.

Todo esto nos indica que en nuestro sistema sustantivo de normas, para que el asegurador responda por estos riesgos, debe constar expresamente en la póliza, de lo contrario no son asumidos por el asegurador.

Ahora bien, existen riesgos cuya exclusión puede ser convencional; pero sobre esto no existe ninguna regulación dentro del Código de Comercio, pero su exclusión debe ser en forma limitativa, como lo expresa Hugo Mármol Marquis, “porque la regla general implica la responsabilidad del asegurador, y ninguna excepción a una regla puede ser dada de manera enunciativa”<sup>3</sup>.

### *3.2. La póliza de incendio y la cláusula de motín, disturbios laborales y daños maliciosos*

En Venezuela se cubren los daños patrimoniales ocasionados por el riesgo de “motín”, dentro de una cláusula especial incluida en las pólizas de incendio; luego de ser expresamente excluido por la Cláusula segunda (Nº 2) de las Condiciones Particulares de la citada póliza, en su literal “c” debidamente aprobada por la Superintendencia de Seguros según Providencia Nº 13 de fecha 29 de enero de 1990, recoge el principio establecido en el artículo 565, excluyendo de su cobertura “los daños y pérdidas que bien, en su origen y extensión, sean directa o indirectamente producidos por: (...) c) Guerra, invasión, acto enemigo extranjero, hostilidades u operaciones bélicas (haya habido o no declaración de guerra), motín, huelga, conmoción civil, insubordinación, levantamiento militar, insurrección, rebelión, terrorismo, guerra de guerrillas, guerra civil, poder militar o usurpación de poder, ley marcial o estado de sitio o cualquier de los eventos o causas que determinen la proclamación o el mantenimiento de la ley marcial o estado de sitio.”

<sup>2</sup> LE BOULENGE, Jean-Marie. Ob. cit., p. 62.

<sup>3</sup> MARMOL, Hugo. Fundamentos del Seguro Terrestre, p. 203.

Ahora bien, esta póliza incluye una serie de coberturas especiales llamadas también “riesgos aliados”, en los cuales encontramos la “Cláusula de motín, disturbios laborales y daños maliciosos”, donde se hace una excepción a la exclusión establecida en la Cláusula N° 2 antes señalada, mediante la cual el asegurador, se obliga a indemnizar los daños y pérdidas ocasionados por o a consecuencia de:

*“a) Personas que tomen parte en motines, b) Huelguistas, obreros en cierre patronal o personas que tomen parte en conflictos de trabajo; c) El acto malicioso de cualquier persona o grupo de personas, sea que tal acto ocurra durante la alteración del orden público o no; conmoción civil que no asumiere proporciones o llegase a constituir un levantamiento popular dirigido al derrocamiento del gobierno; y las medidas para reprimir los actos antes mencionados que fuesen tomadas por las autoridades constituidas.”;*

pero dentro de esta cobertura se excluyen la:

*“Pérdida o daño ocasionado por cualquiera de los riesgos que se aseguran mediante esta cobertura, si dicha pérdida o daño en su origen o extensión fueren ocasionados directa o indirectamente por guerra, invasión, invasión de enemigo extranjero, hostilidades u operaciones bélicas (haya declaración de guerra o no), insubordinación, levantamiento militar, insurrección, rebelión, revolución, guerra de guerrillas, guerra civil, poder militar, o usurpación de poder, o cualquier acto de cualquier persona que actúe en nombre de o en relación con cualquier organización con actividades dirigidas a la destitución, por la fuerza, del gobierno de jure o de facto o influenciarlo mediante el terrorismo o la violencia; o fueren la consecuencia directa o indirecta de cualquiera de dichos eventos o sucedan en conexión con ellos.”*

Observando el contenido de estas estipulaciones contractuales, nos podemos dar cuenta que la Póliza de Incendio, en su Cláusula Segunda se acoge al principio establecido en el encabezado del artículo 565 del Código de Comercio, no asumiendo los riesgos de guerra y motines, para luego en la “Cláusula de Motín, Disturbios Laborales y Daños Maliciosos”, asumir algunos de los riesgos excluidos en principio (motín, conmoción civil, daños

maliciosos); sin embargo, dentro de esta cobertura especial no se amparan dichos riesgos, cuando éstos se materialicen a causa directa o indirecta de guerra, alzamiento militar, rebelión.

#### 4. POSICION DE LOS ASEGURADOS

##### 4.1. Extensión de los daños sufridos por los comerciantes del Centro Comercial Propatria

Según las cifras de la Asociación de Comerciantes del Centro Comercial Propatria, los locales afectados ascienden a un número de 181; de los cuales se encontraban asegurados contra riesgo de motín y daños maliciosos 145 entre 33 empresas de seguros de la siguiente manera:

Locales afectados		Monto de la Pérdida
Sin asegurar (*)	36	Bs. 124.250.390,00
Asegurados	145	Bs. 740.860.565,00
<b>TOTAL</b>	<b>181</b>	<b>Bs. 865.060.955,00</b>

\* carecían de cobertura de motín, disturbios laborales y daños maliciosos

#### MONTO DE SINIESTROS POR EMPRESA DE SEGUROS

Empresa de Seguros	N° de locales	Monto de los siniestros en Bs.
1. Adriática	8	76.900.000,00
2. Amazonas	1	8.000.000,00
3. Anauco	2	2.580.000,00
4. Avila	8	25.449.456,00
5. Bancor	1	6.000.000,00
6. Banguaira	1	3.000.000,00
7. Británica de Seguros	3	14.000.000,00
8. Canaima	2	7.000.000,00
9. Confederación del Canadá	5	7.825.000,00
10. Capital	1	5.550.000,00

Empresa de Seguros	N° de locales	Monto de los siniestros en Bs.
11. Capitales de Oriente	1	15.000.000,00
12. Carabobo	2	3.500.000,00
13. Caracas	15	91.400.000,00
14. Catatumbo	1	500.000,00
15. Continental	3	19.000.000,00
16. Cordillera	2	8.000.000,00
17. Fénix	2	2.100.000,00
18. Horizonte	1	5.000.000,00
19. La General de Seguros	4	5.880.000,00
20. La Previsora	3	13.150.000,00
21. Lara	3	9.450.000,00
22. La Seguridad	22	77.420.000,00
23. Latinoamericana	13	42.380.000,00
24. La Venezolana	2	520.000,00
25. Mercantil	1	1.800.000,00
26. Metropolitana	3	5.883.956,00
27. Nuevo Mundo	9	22.600.000,00
28. Seguros Orinoco	9	41.160.000,00
29. Panamerican	2	8.450.000,00
30. Royal Caribe	1	160.000.000,00
31. Sofitasa	5	27.257.340,00
32. Sud América	3	6.670.000,00
33. Venezuela	6	17.434.813,00
<b>TOTAL</b>	<b>145</b>	<b>740.860.565,00</b>

Fuente: Asociación de Comerciantes del centro Comercial Propatria

#### 4.2. Reclamos por daños materiales a las compañías aseguradoras

A consecuencia de los saqueos del 27-11-92, los comerciantes afectados por estos actos, interpusieron sus reclamos ante las empresas aseguradoras con las cuales habían suscrito pólizas de seguros con la correspondiente cobertura para amparar riesgos de motín y daños maliciosos; y según declaran ellos, varias empresas de seguros al recibir los reclamos enviaron a sus respectivos ajustadores de pérdidas, para evaluar los daños sufridos por sus asegurados, e incluso algunos de los ajustadores junto con los intermediarios de seguros

solicitaron a los comerciantes que procedieran a salvar lo más que les fuera posible y que instalaran nuevamente las vidrieras y las rejas, a fin de poder proceder al cálculo de las respectivas pérdidas con el objeto de determinar el monto de la indemnización. Los siniestros fueron rechazados por las empresas aseguradoras, alegando no estar cubiertos estos riesgos, debido a que sucedieron durante una insurrección militar.

Los comerciantes fundamentan sus reclamos en que los hechos registrados el 27-N, fueron realizados por grupos de delincuentes que se dedicaron a saquear y robar sus fábricas y negocios; en este sentido la Asociación de Comerciantes del Centro Comercial Propatria emitió varios Boletines Informativos para sus miembros en los cuales se pueden leer sus argumentos, de este modo en el Boletín N° 1 encontramos lo siguiente: “Estos actos vandálicos fueron realizados en el momento en que los sectores afectados estaban desprotegidos de vigilancia policial y la delincuencia que nos azota todo el año aprovechó la circunstancia para actuar con toda impunidad. Es de hacer notar que en ningún momento hubo movilizaciones o enfrentamientos militares, ni incitación por parte de los golpistas a la población civil para realizar este tipo de actos” .

De igual forma alega, que: “Nuestras pólizas contemplan la cobertura de motín, conmoción civil y daños maliciosos precisamente para protegernos contra la eventualidad de que tal cosa ocurriera” <sup>4</sup> y que: “Lo que ocurrió ese día no tuvo ninguna conexión con la rebelión militar en La Carlota, Miraflores o la Base Militar Libertador de Maracay. Simplemente ocurrió que los ladrones aprovecharon la confusión para delinquir al igual que lo hubiesen hecho si lo acontecido fuera un terremoto, un huracán o una huelga.”

Así mismo, en el citado boletín los afectados expresan: “No es posible que quien califique los hechos del oeste de Caracas sean las compañías aseguradoras, lo que equivale a pagarse y darse el vuelto, pues son parte interesada. Si es que existe alguna duda en que lo ocurrido no fue un vulgar saqueo sin conexión con los hechos militares de ese día, quien debe dilucidarlo debe ser, en todo caso un organismo oficial (...)”

La Asociación de Comerciantes del Centro Comercial Propatria, sostiene que al contratar los seguros, lo que se espera es que al suceder el siniestro éste sea

---

<sup>4</sup>Boletín Informativo N° 1 del 12-12-93, p. 1. Asociación de Comerciantes del Centro Comercial Propatria.



cubierto, y que el primer interés, el primer deseo del asegurado es que el siniestro no ocurra, y que cualquier afectado: "daría cualquier cosa para que no lo hubieran saqueado, aún pagándole la compañía de seguro, porque todo el tiempo que estuvimos paralizados después del saqueo, todos los inconvenientes que posteriormente se tienen con los clientes, todas las incomodidades que genera el mismo saqueo, la destrucción del local, volverlo a armar..." básicamente, "el comerciante se asegura después de haber tomado todas las precauciones para que no lo saqueen, al saquearlo, por lo menos hay alguien que reponga en parte lo saqueado".

El Licenciado Rafael Hernández, Secretario General de la Asociación de Comerciantes del Centro Comercial Propatria, ante la negativa de las empresas de seguros a pagar las indemnizaciones, fija su criterio partiendo del hecho de que en las empresas de seguros ha desaparecido el sentido social indemnizatorio del seguro, reduciéndose a un sentido estrictamente comercial, y que las empresas aseguradoras pagan cuando el primaje cobrado es superior a lo que se debe indemnizar; sin embargo, el criterio que prevaleció en las compañías aseguradoras para no indemnizar los daños causados el 27-11-92, no fue el monto de la indemnización, pues según las cifras que él maneja, las empresas aseguradora estuvieron como ingresos por concepto de primas 110 mil millones de bolívares para 1992, y según las estimaciones hechas por los comerciantes del Centro Comercial Propatria, las pérdidas ascienden a unos 870 millones de bolívares, lo que se vendría reduciendo a unos 300 ó 400 millones de bolívares, debido a que existen comercios no asegurados y otros que se encontraban infra-asegurados; lo que resulta un monto no muy significativo ante las ganancias de las empresas aseguradoras, cuyo origen no se limita al primaje cobrado, sino al producto de la inversión de esos recursos, y que si por el contrario estas empresas hubiesen pagado, habrían ganado mucho en prestigio al comportarse de una manera responsable. Y él es de la opinión, que lo que privó en la decisión de las aseguradoras fue la situación inestable del país, y el temor de crear un precedente ante eventuales y futuros sucesos de este estilo.

Ahora bien, el licenciado Hernández, opina que las empresas debieron pagar, y luego intentar cobrarle al Estado, quien en su criterio, es el gran responsable de que esto sucediera; debido a que es deber del Estado proteger los bienes de las personas, y tomar en su momento las medidas necesarias para evitar los

saqueos, y al producirse éstos no realizó las acciones tendientes a recuperar la mercancía saqueada, como por ejemplo efectuar los respectivos allanamientos, como se hiciera el 27 de febrero de 1989.

En este sentido y en un artículo para la prensa titulado "El estado Parapléjico", publicado en el periódico "El Diario de Caracas", expresa: "El 27 de noviembre de 1992 los comerciantes e industriales del oeste de Caracas contemplaron impotentes como sus tiendas y fábricas eran robadas y destruidas. La delincuencia que durante todo el año azota a la población, actuó en esta oportunidad con más bríos y sin ningún tipo de restricciones, a pesar de que la Constitución Nacional establece como responsabilidad del Estado la protección de la propiedad privada, ese día, no hubo ninguna autoridad civil o militar que impidiera estos desafueros. Hubiese bastado la movilización de pequeñas unidades de hombres para restablecer la tranquilidad en ese sector de Caracas. Los ciudadanos no contamos en ese momento con ninguna protección"; y menciona que el Centro Comercial Propatria fue recuperado en menos de cinco minutos por efectivos de la Guardia Nacional, los cuales no sumaban más de quince (15), quienes al presentarse en el lugar, les bastó lanzar gases lacrimógenos y disparos al aire.

Pero lo que resulta intolerable para él y los comerciantes afectados, es que después de lo ocurrido, ese mismo Estado que nada hizo para evitar los saqueos, es indiferente ante sus reclamos, y permite "que se burlen disposiciones fundamentales del orden público (cartelización, la utilización de un órgano del Estado para avalar contratos leoninos, propaganda engañosa, violación del contenido y forma de los contratos de adhesión, etc.). (...) " (...) Ambos transgresores de la ley cuentan con la protección derivada de la indiferencia de un Estado que no sabe, ni quiere defender a los ciudadanos".

En cuanto a la razón que alegan las empresas de seguros, este representante de los comerciantes afectados opina en otro artículo de prensa el cual tituló "El Laberinto de la Burla", que uno de los argumentos preferidos por los aseguradores "es el de desnaturalizar el seguro (la indemnización en caso de sufrir pérdidas parciales o totales de los bienes) y, reducirlo, mediante cláusulas de exclusiones, a un enrevesado contrato en donde se especifican causas y consecuencias, cuya interpretación y última palabra se reservan las mismas compañías de seguros. (...)

(...) Veamos como se pone en marcha este engranaje a través de un ejemplo: Como es sabido el 27 de noviembre último (1992) hubo un intento de golpe

militar, focalizado en La Carlota, Miraflores y la Base Libertador de Maracay. También ese día, grupos de delincuentes robaron y saquearon comercios y fábricas en zonas distintas a los escenarios militares. Pues bien, las compañías de seguros, sin hacer referencia concreta a los hechos de ese día, ni a las circunstancias específicas en que se produjeron los saqueos, sustentan una tesis general que se puede resumir así: El 27 de noviembre hubo una insurrección militar. Luego, todos los acontecimientos de ese día son su consecuencia y por tanto, están excluidos de coberturas.” Continúa el citado artículo y hace mención a un importante punto de este asunto: “El hecho de que un suceso siga a otro no significa necesariamente que uno sea a causa de otro, o, al revés, que uno sea consecuencia de otro. Puede ocurrir, como sucede en este caso, que ambos sucesos tengan la misma causa: El deterioro moral y social que vive el país derivado de la crisis política y económica actual, por eso son intercambiables. Hay saqueos sin rebelión militar (27 de febrero de 1989), hay rebeliones militares sin saqueos (4 de febrero de 1992) y, también, hay rebeliones militares y saqueos simultáneos (27 de noviembre de 1992).” Fuera del artículo, Hernández esgrime un ejemplo de la física para explicar esto, y aduce, que el día no es consecuencia de la noche, y ésta no es consecuencia de aquel, pero ambas tienen una causa común, como lo es el movimiento de rotación de la Tierra.

Por su parte, el doctor Néelson Bermúdez, abogado de varios comerciantes, opina al ser entrevistado por la prensa (“El Nacional” 04-02-83), que existe un problema semántico, porque las aseguradoras justifican su actuación dándole otro sentido al término motín e invita a la búsqueda de su significado en el diccionario, donde se leerá rebelión, disturbio, levantamiento, alboroto, sedición. Señala además, que las empresas de seguros operan como les parece, debido a que el organismo llamado a su control como lo es la Superintendencia de Seguros, donde no se obtiene ningún resultado; y por eso recomendó a sus clientes agruparse en bloque de acuerdo a las aseguradoras y demandar conjuntamente; pues sólo contra sentencia las aseguradoras pagarán.

## 5. POSICION DE LAS ASEGURADORAS

La discusión protagonizada por las empresas aseguradoras y los comerciantes asegurados, afectados el 27 de noviembre de 1992, se basó sobre la obligación de las aseguradoras de indemnizar los daños a los locales y a las mercancías

sustraídas de los establecimientos saqueados durante la intentona militar tendiente a derrocar al Gobierno.

Las Compañías de Seguros, a través de la Cámara de Aseguradores de Venezuela, fijó su posición el 30 de noviembre de 1992, frente a la situación legal planteada por los sucesos ocurridos; a través de un comunicado dirigido a las empresas de seguros, miembros de dicha Cámara; según el cual, de acuerdo a la normativa legal vigente y al texto de las cláusulas de las pólizas que amparan daños en circunstancias de conmoción civil o motín, los daños sufridos por los saqueos a los locales de estos comerciantes no pueden considerarse amparados en las pólizas emitida y vigentes para el momento de su ocurrencia, debido a que los hechos ocurridos el 27-11-92 deben calificarse como consecuencia de levantamiento militar y por tanto excluidos de cobertura.

Posteriormente la Cámara de Aseguradores solicitó al “Escritorio Jurídico Rodríguez & Mendoza”, opinión legal sobre la situación planteada por los afectados. En el citado informe el doctor Santos Michelena, Consultor Jurídico de la Cámara de Aseguradores para el momento de los hechos analizados, destaca en materia de seguros de cosas “rige el principio del artículo 565 del Código de comercio, con arreglo al cual el asegurador no responde de la pérdida o deterioro en varias situaciones, entre ellas en caso de “riesgos de guerra y motines”; sin embargo, dicha norma es derogable por acuerdo entre las partes por estipulación expresa, dado que la misma norma dispone que el asegurador podrá tomar sobre sí los riesgos de guerra y los daños por motines.

De la misma forma el citado estudio señala, que las condiciones particulares de la Póliza de Incendio, específicamente en la Cláusula 2, se “reproduce el principio legal excluyendo de la cobertura de todo daño o pérdida ocasionado por hechos de esa naturaleza, descritos en lenguaje bastante más detallado que el del Código de comercio y luego mediante un ‘Anexo’ que contiene una cláusula de excepción (a dicha Cláusula 2 de las Condiciones Particulares) se otorga cobertura a algunos de dichos riesgos inicialmente excluidos, para luego, conforme a otro párrafo de la misma cláusula de excepción, -“EXCLUSION”- dejar sin efecto tal cobertura cuando los hechos causantes de los daños o pérdidas ocurren en ciertas circunstancias, cuya configuración o no en la situación analizada es la que origina la discrepancia entre asegurados y aseguradoras (...)”.

Al analizar la cobertura de la “Cláusula de Motín, Disturbios Laborales y Daños Maliciosos”, el doctor Michelena, señala en su informe que la cobertura de esta cláusula, no se extiende a todos los riesgos excluidos en la Cláusula 2 de las condiciones particulares, “sino de algunos de ellos, entre los cuales no figuran los de ‘guerra, alzamiento militar o rebelión’, que siguen quedando excluidos no sólo por dicha Cláusula 2 sino por la disposición del Código de Comercio antes comentada. De allí que, de entrada, no tenga base ninguna la idea de que la exclusión de la cobertura no sea aplicable porque los daños o pérdidas no hayan sido causados por acción directa de la insurrección, ya que en ningún caso la no cobertura de tales daños o pérdidas resultaría de la aplicabilidad de tal exclusión, sino de que sencillamenté, conforme al Código de Comercio y a la Cláusula 2 de las Condiciones Particulares, dichos riesgos no están cubiertos. Por ello la “EXCLUSION”, como tal, no es para “excluir” daños o pérdidas causados por estos riesgos, sino por pérdidas o daños del tipo de los cubiertos por la excepción, a los que se refiere como ocasionados ‘por cualquiera de los riesgos que se aseguran mediante esta cobertura, si dicha pérdida o daño en su origen o extensión fueren ocasionados directa o indirectamente guerra... etc.’. Tales son en consecuencia, específica y exclusivamente, los daños y pérdidas enumerados causados por ‘personas que tomen parte en motines, por acto malicioso de cualquier persona o grupo de personas, sea que tal acto ocurra durante una alteración del orden público o no’, o ‘en situación de conmoción civil que no asumiere las proporciones de o llegase a constituir un levantamiento popular dirigido al derrocamiento del gobierno’ o por las ‘medidas para reprimir los actos antes mencionados que fuesen tomados por las autoridades constituidas’, cuando tales acciones se originan en aquel otro tipo de hecho que en ningún caso está cubierto ‘...guerra, alzamiento militar, etc.’ ”

Del citado informe para los aseguradores, resulta obvio la existencia de una relación entre los hechos amparados conforme a la cobertura Motín, Disturbios Laborales y Daños Maliciosos, y el alzamiento miliar, cuando expresa: “nada parece más claro que esos hechos, cualesquiera que sea la calificación de las señaladas que se les dé (...) tienen una relación cuando menos indirecta, con el levantamiento miliar del 27 de noviembre de 1992. Para nosotros, tal relación llega a ser directa, pero, en todo caso, creemos

imposible que pueda seriamente sostenerse que entre los mismos y la insurrección miliar del 27-11-92 no hubo relación ni siquiera indirecta, lo cual es suficiente para la aplicabilidad de la exclusión.”

En cuanto a la insurrección militar, el informe presentado por el escritorio Rodríguez y Mendoza, sostiene la posición de que ésta es un hecho notorio en el cual no necesita ser probado, además de ser declarado en los Decretos Presidenciales de Suspensión de las Garantías Constitucionales, N° 2.668 y el Decreto N° 2.669 que ordena la aplicación del procedimiento extraordinario previsto en el Código de Justicia Militar a la “Rebelión Armada del día 27 de noviembre de 1992”; la Resolución N° 517 del Ministerio de Relaciones Interiores, mediante la cual se instauró la medida de “Toque de Queda”, basándose el Ejecutivo Nacional en su deber de preservar la vigencia de las instituciones democráticas, la vida de los ciudadanos y el orden público; confirmándose de esta forma la relación entre la insurrección armada y la alteración del orden público en esa misma fecha y días siguientes; siendo uno de los factores que hicieron posible los actos de pillaje de esa fecha, la falta de autoridad pública que pudiera enfrentarlos, por lo cual consideran que dichos actos fueron consecuencia de la insurrección.

En cuanto a la intervención de las autoridades administrativas, las aseguradoras, alegaron que la competencia de la Superintendencia de Seguros se limita a lo planteado en el artículo 180 de la Ley de Seguros y Reaseguros, que confiere a este Despacho la facultad de sancionar a las empresas que sin justificación eludan o retarden el cumplimiento de sus obligaciones frente a sus contratantes, asegurados o beneficiarios, lo que no se relaciona con la situación de una empresa que niega el pago de una indemnización por no considerarse obligada a ello.

En caso de que la Superintendencia de Seguros, actuase en el sentido de ordenar a las aseguradoras a pagar las indemnizaciones por los daños sufridos por los afectados el 27 de noviembre, éstas sostienen que ello implicaría una violación a varios principios constitucionales, entre los cuales se encuentra el derecho a la defensa, y que la función jurisdiccional corresponde a la Corte Suprema de Justicia y a los Tribunales de la República.

Por otro lado, el análisis realizado por el escritorio Rodríguez y Mendoza, concluye que la idea de que la libre Superintendencia de Protección y

Promoción de la Libre Competencia estudie la factibilidad de investigar a las empresas aseguradoras por el delito de "Cartelización", por una correspondencia enviada por la Cámara de Aseguradores de Venezuela, mediante la cual, informa su conclusión de que jurídicamente las reclamaciones por los daños y pérdidas sufridos durante la insurrección militar del 27-11-92, carece de fundamento legal.

Sobre este particular, dicha Superintendencia actuaría basándose en que la "Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia" es aplicable a todas las empresa públicas o privadas, así como a las que agrupan a las mismas, según lo estipulado en el artículo 4º de dicha Ley.

Al respecto, los aseguradores, plantean que el sector seguros al igual que el bancario, están sujetos a una estricta y especialísima normativa, donde su funcionamiento está sometido a directrices que uniforman su actividad, tales como uniformidad en las pólizas, monto de las primas, comisiones a intermediarios, etc.; y en el supuesto de que la normativa de esta Ley le fuere aplicable al sector seguros, la llamada "Cartelización" es una uniformidad de procedimientos de orden comercial, y no de orden legal. En consecuencia carecen de base las acciones en este sentido, porque el intercambio de criterios legales sobre puntos de interés común, no está dirigido a fijar directrices para futuras contrataciones, siendo entonces esta pretensión una distorsión de lo que es la protección y promoción de la libre competencia.

#### 6. DENUNCIAS CONTRA LAS ASEGURADORAS ANTE LOS ORGANISMOS ADMINISTRATIVOS Y DEMANDAS JUDICIALES

La interpretación legal hecha por el doctor Santos Michelena, que coincide con lo expresado por un comunicado enviado el 30-11-92 por la Cámara de Aseguradores de Venezuela a todas las empresas de seguros, aún antes de que muchos de dichos reclamos fueran formulados; llevó a una discusión donde participaron los afectados, el Gobierno y por supuesto las empresas de seguros; las cuales fueron denunciadas por los comerciantes afectados por ante distintos organismos, como la Superintendencia de Seguros, Superintendencia de Protección a la Libre Competencia, Instituto de Educación al Consumidor (IDEC), Fiscalía General de la República, e incluso llegó hasta la intervención del Congreso de la República, y adicionalmente varios asegurados intentaron

acciones judiciales por ante los tribunales de justicia competentes. Analizaremos con detalle las diferentes denuncias y procesos que se llevaron a efecto.

### *6.1 Gobernación del Distrito Federal y Concejo del Municipio Libertador*

El 03-12-92, se iniciaron diligencias ante la Dirección de Política de la Gobernación y el Concejo Municipal; la primera declinó su competencia a favor de la Superintendencia de Seguros, y en cuanto a la protección de eventos futuros recomendó dirigirse al Comando de Seguridad Urbana de la Guardia Nacional.

El Concejo Municipal, ofreció a los afectados, todo el apoyo para exigir de los aseguradores el cumplimiento de sus obligaciones, poniendo a la orden a los abogados del Concejo Municipal para el asesoramiento jurídico, y propuso exonerar de impuesto a los comerciantes afectados.

### *6.2 Superintendencia de Seguros*

En fecha 10-12-92, una comisión representante de la Asociación de Comerciantes del Centro Comercial Propatria, se dirigió a la Superintendencia de Seguros, explicando los hechos sucedidos el 27-11-93 y las gestiones realizadas a través de los intermediarios de seguros para obtener de las aseguradoras la indemnización de los daños sufridos, exponiendo que los saqueos a los comercios del Centro Comercial Propatria no tuvieron ninguna conexión con la rebelión militar de ese día; solicitando a este organismo que realice un estudio de los hechos y las pólizas, y ordene a las aseguradoras el cumplimiento de sus responsabilidades.

Ante esta solicitud, el Superintendente de Seguros convocó a reunión al Consejo Nacional de Seguros, a fin de tratar el tema y obtener un pronunciamiento al respecto.

El Consejo Nacional de Seguros, el cual está integrado por el Superintendente de Seguros, un representante de cada una de las empresas de seguros, un representante de cada una de las empresas de reaseguros, tres representantes de los productores de seguros y un representante de las sociedades de corretaje de seguros; se reunió el 16 de diciembre de 1992, y procedió a deliberar sobre el único punto de la Convocatoria formulada por el Superintendente, "Pronunciarse



sobre los sucesos ocurridos el día 27 de noviembre del pasado año y fijar posiciones al respecto”; lo cual, con el voto en contra del Superintendente, hizo en los siguientes términos: “Después de deliberar sobre las informaciones sometidas al Concejo Nacional, éste en uso de las atribuciones que le confiere el artículo 24, numeral 2, de la vigente Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, por amplia mayoría se pronunció y estableció que los hechos ocurridos tienen su causa en la rebelión militar ocurrida en la fecha indicada y que en consecuencia, están excluidos expresamente de nuestras coberturas, por lo cual no es procedente la indemnización en los casos en que existe la causalidad entre la rebelión armada u otros actos similares expresamente excluidos en nuestras pólizas y los siniestros sufridos por los reclamantes”.

En cuanto a la solicitud de ordenar a las empresas aseguradoras que procedan al pago de las indemnizaciones, la Superintendencia puntualiza, que la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, no le faculta para ello, por lo tanto no puede ordenar a éstas que procedan al pago de indemnizaciones por siniestros; y que las diferencias entre los asegurados y las aseguradoras deben ser dirimidas por el órgano jurisdiccional competente, pues como órgano fiscalizador no puede usurpar funciones específicas de los tribunales de justicia; y sólo podría decidir sobre el particular a través de la figura del “Arbitraje”, el cual no le ha sido solicitado.

### *6.3 Instinto para la defensa del consumidor (IDEC)*

Los comerciantes afectados se dirigieron al IDEC en fecha 28-12-92, consignando un escrito mediante el cual denuncian lo siguiente:

1. Circulación en mercado de “pólizas de seguro con redacción uniforme como oferta de las empresas aseguradoras, que constituyen contratos leoninos”, y que se encuentran avalados por la Superintendencia de Seguros.
2. “La existencia de prácticas oligopólicas que unifican la oferta, aunque existen muchas compañías aseguradoras, y por lo tanto violatorias del Art. 97 de la Constitución Nacional”; y alegando como prueba la circular enviada por la Cámara de aseguradores a las empresas de seguros el 30-11-92.”
3. “La violación de disposiciones constitucionales; de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros; de la Ley de Promoción y Protección de la Libre

Competencia (Art. 57); del Código de Comercio y el Código Civil, en una práctica contractual fraudulenta, cuasi delictual, lo cual constituye una estafa a la fe pública, al patrimonio de los consumidores del servicio del seguro, y a las buenas costumbres que condenan el enriquecimiento sin causa.”

4. En relación a la Ley de Protección al Consumidor, denuncian que las empresas aseguradoras “han incurrido en la violación de los siguientes aspectos: a) defectos de forma y fondo en la presentación de los contratos de adhesión, b) propaganda engañosa en promoción y venta de seguros, c) la omisión de destacar en negritas las cláusulas de exclusión de la cobertura de riesgos, y d) la situación de indefensión jurídica que se origina por parte de los asegurados sometidos a los efectos de un contrato leonino, con el agravante de que en el mercado se unifica la oferta por manejo cartelizado de la actividad aseguradora.”

Este organismo inició una averiguación sobre lo denunciado, para lo cual citó a los representantes de las empresas de seguros, quienes alegaron la incompetencia del IDEC para conocer del asunto, así por ejemplo se tiene la respuesta dada por el representante de Seguros Venezuela, Hans Christian Sydon G., quien expuso el 25 de marzo de 1993 en la Sala de Arbitraje y Conciliación que el “Instituto de Educación al Consumidor no es competente para resolver conflictos de tipo contractual, y menos en materia de seguros, por encontrarse esta materia regulada por ley especial, que es la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, en la cual se creó un organismo competente para atender las quejas o reclamos en dicha materia”; otras empresas, alegaron las exclusiones de la Cláusula de Motín, Disturbios Laborales y Daños Maliciosos, contenida en la Póliza de Incendio; sin embargo, dentro de este proceso Administrativo, el apoderado de la sociedad mercantil La Confederación del Canadá Venezolana, Compañía de Seguros, doctor Juan Carlos Mouriz Leal, declaró el 15 de marzo de 1993 en la citada Sala, lo siguiente:

*“En cuanto a la denuncia interpuesta, mi representada La Confederación del Canadá Venezolana, S.A. (Seguros), ha negado el pago del siniestro ocurrido como consecuencia de los hechos del 27 de noviembre en virtud que el mencionado pago o indemnización está supeditado a resolución que dicte la Cámara de Aseguradores, igualmente todo riesgo está reasegurado o coasegurado según el caso, dada esta exposición, los*

*reaseguradores igualmente niegan el pago de los hechos acaecidos en esta fecha, por cuanto igualmente, esperan resolución alguna sobre la procedencia del pago de los siniestros ocurridos en esta fecha, por parte de la Cámara de Aseguradores, es todo” (destacado nuestro).*

El Instituto para la Defensa del Consumidor (IDEC) no ha dado respuesta a la denuncia interpuesta por los comerciantes afectados.

#### *6.4 Superintendencia para la protección de la libre competencia*

El 15-12-92, los comerciantes afectados a través de una correspondencia dirigida a la Superintendente de Procompetencia, denunciaron la conducta monopólica de las compañías de seguros, debido a que entre ellas no existe una competencia efectiva; señalando además, que a través de un comportamiento concertado, éstas se negaban a indemnizar y agregan “que dicta las pautas de comportamiento y de atención a los aseguradores sea el Presidente de la Cámara de Aseguradores de Venezuela, señor Willian Phelan, quien en comunicación de fecha 30-11-92, gira instrucciones a las diferentes compañías aseguradoras para que excluyan la cobertura los actos de motín y robo sucedidos el 27-11-92”

La Superintendencia para la Protección de la Libre Competencia no ha resuelto sobre la solicitud interpuesta por los comerciantes afectados, y continúa sus averiguaciones.

#### *6.5 Ministerio Público*

Los comerciantes del Centro Comercial Propatria afectados, enviaron en fecha 23-12-92 una correspondencia al Fiscal General de la República, en la cual expusieron, que a pesar del control previo que ejerce la Superintendencia de Seguros sobre los condicionados de las pólizas y sus anexos, éstas se estructuran de forma tal que los riesgos que asumen los aseguradores en la parte general, se excluyen en el condicionado particular, valiéndose de un vocabulario ambiguo y confuso, terminando en un contrato absurdo y leonino. Agregando que las aseguradoras agrupadas a través de la Cámara de Aseguradores, unifican criterios “con carácter de actividad oligopólica o cartelizada” y consideran necesaria la intervención de la Fiscalía debido a que: “La actividad

aseguradora es violatoria de la Constitución Nacional, la ley especial y su respectivo reglamento, del Derecho Común, la Ley de Promoción y Protección a la Libre Competencia y de la Ley de Protección al Consumidor”, agregando que la actividad aseguradora es “fraudulenta porque el instrumento de contratación que es la póliza de seguro está redactado de forma deliberadamente ambigua y contradictoria, (...)”

El Ministerio Público, como garante de la legalidad, a través de la Dirección de Defensa del Ciudadano, la Sociedad y el Ambiente, solicitó a la Superintendencia de Seguros, un informe pormenorizado sobre la posición asumida frente a la problemática presentada por los comerciantes e industriales afectados por los sucesos del 27-11-92.

En respuesta a la solicitud de la Fiscalía General de la República, la Superintendencia de Seguros mediante Oficio N° HSS-100-001-000106 de fecha 15 de enero de 1993, informó que el 16 de diciembre de 1992, convocó a una reunión del Consejo Nacional de Seguros, a fin de deliberar sobre los sucesos ocurridos el 27-11-92 y fijar posición al respecto; el cual por amplia mayoría, se pronunció y estableció que los hechos ocurridos tienen su causa en el levantamiento militar sucedido en esa fecha, lo que está excluido de las coberturas y en consecuencia no son indemnizables los daños sufridos (ver supra 6.2).

#### *6.6 Intervención del Congreso Nacional*

El 03 de febrero de 1993, los comerciantes afectados acudieron al Congreso Nacional, donde se entrevistaron con diputados de las distintas fracciones parlamentarias, planteándoles el conflicto con las empresas aseguradoras.

Ante sus planteamientos, diputados del Congreso pertenecientes a las fracciones parlamentarias del Movimiento al Socialismo y de la Causa Radical, llevaron a la Comisión de Administración y Servicios de la Cámara de Diputados la proposición de nombrar una subcomisión que se dedicara a la búsqueda de una solución del conflicto planteado.

La Comisión de Administración y Servicios de la Cámara de Diputados nombró una Sub-comisión integrada por los diputados José de los Ríos, Soraya Gross, Eliut Coronel y Ramona de Carreño, para que tratara el citado conflicto.

La Subcomisión, recabó la información necesaria y decidió interpelar al Presidente de la Cámara de Aseguradores, doctor Willian Phelan, y al Superintendente de Seguros, doctor Naico Alemán.

La interpelación fue fijada para el día 16 de marzo de 1993, sin embargo los diputados miembros integrantes de dicha Sub-comisión no asistieron y se pospuso para el 31 de ese mismo mes y año. A esta nueva interpelación no asistió el Presidente de la Cámara de Aseguradores, señor Willian Phellan, debido a un accidente cerebro-vascular que le obligó a tomar absoluto reposo y separarse temporalmente de su cargo en la Cámara de Aseguradores; empero por la Cámara asistió el presidente encargado, doctor Oscar Zamora Lárez, y por la Superintendencia de Seguros, el Superintendente, doctor Naico Alemán.

La interpelación se inició con el doctor Zamora, quien expresó que era el legítimo representante de la Cámara de Aseguradores, y que su presencia en ese recinto era la de encontrarle una solución al problema de los comerciantes y dirigiéndose a éstos les indicó que estaban mal orientados en sus acciones, pues el camino para resolver el problema no era plantar o poner a las aseguradoras como unas irresponsables que no atienden sus compromisos.

Planteó que el problema se dividía en dos aspectos, uno jurídico y otro técnico. En cuanto al aspecto jurídico se refirió a la posición dada por el informe del doctor Santos Michelena, Consultor Jurídico de la Cámara de Aseguradores para ese momento y, en el aspecto técnico, explicó que en ningún país del mundo es común encontrar coberturas de riesgos de guerra, rebeliones, alzamientos, etc.; “(...) pues en el caso de guerra o de actos de insurrección militar, no hay manera de medir la magnitud de los daños (...)”, y “(...) ese acto podría durar un período de tiempo indeterminado y no forma técnicamente de hacer estimaciones que entraran en la ley de las probabilidades (...)”.

Hizo referencia a las cifras que se venían manejando en relación al enriquecimiento desmedido de las aseguradoras, aclarando que en el año 91 (pues las del año 1992 no eran oficiales) el sector asegurador cobró 64 mil millones de bolívares en primas, y pagó a sus asegurados 35 mil millones de bolívares. “Es decir de cada bolívar que cobró 54, 55 cts., los canceló en siniestros. Entonces, me parece que acusar de irresponsables a las compañías de seguros o de que no atienden sus quejas o los reclamos de sus asegurados creo que no se corresponde con la realidad”.

Continuó con su exposición, y aclaró a la audiencia que la Cámara de Aseguradores no puede obligar a las empresas de seguros a que paguen, pero sí podría exhortarlas al cumplimiento de sus obligaciones y compromisos leyendo posteriormente el comunicado de la Cámara de Aseguradores:

“Caracas, 30 de noviembre de 1992, según nuestra interpretación preliminar el origen de los hechos ocurridos durante los días 27 de noviembre y subsiguientes deben calificarse como consecuencia de insubordinación, levantamiento militar, insurrección o rebelión y en consecuencia quedan excluidos de nuestras coberturas normales, continuaremos estudiando el caso y los mantendremos informados al respecto, cordiales saludos, muy atentamente, Willian Phellan. Presidente”.

En su intervención, el Superintendente de Seguros, relató las diligencias efectuadas por su Despacho, pues luego de recibir a los comerciantes afectados convocó a una reunión extraordinaria del Consejo Nacional de Seguros, y la cual se pronunció por considerar que lo ocurrido tiene su origen en la rebelión militar y que en consecuencia no estaban cubiertos; aclaró que su voto fue en contra por considerar esta posición apresurada. Así mismo expuso a la audiencia que la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros no le permite de ningún modo obligar a las empresas de seguros a pagar, pues este caso es conflicto privado de intereses donde su Despacho no puede intervenir. Así mismo, señaló que su Despacho sólo puede aplicar las sanciones de multa establecidas en la Ley especial, y que su gestión tiene el record más alto en sanciones impuestas a las empresas de seguros.

Luego intervino el doctor Carlos Aníbal Hernández, representante de algunos de los comerciantes, quien señaló que la responsabilidad de la Superintendencia de Seguros, era anterior a los hechos ocurridos, pues tiene a su cargo el control previo de esta actividad, y en la redacción de las pólizas no se actuó con la diligencia debida, pues se violentaron normas de orden público establecidas en la Ley de Protección al Consumidor, artículo 15, ordinal 4º y que esa normativa sí es aplicable al seguro en virtud de que el artículo 66 de la Ley establece que el Instituto para la defensa y Educación del Consumidor (IDFEC), conjuntamente con las superintendencias de bancos y las de seguros, velarán por la defensa de los derechos de los ahorristas, asegurados y usuarios del servicio prestado; denunciando además la violación de la Ley de Promoción y Protección de la Libre Competencia, al actuar las empresas de seguros en forma cartelizada.

En cuanto a las gestiones posteriores a los saqueos, realizadas por el Superintendente, el doctor Hernández, señaló que el Consejo Nacional de Seguros, estaba integrado por 62 empresas de seguros, representantes de los intermediarios y de las empresas de reaseguros, y el Superintendente, y que cada uno tenía un voto, y que obviamente, las aseguradoras no iban a votar en su contra, evidenciándose que el Consejo Nacional de Seguros no era efectivo y que la reunión se llevó a efecto sólo para cumplir la formalidad.

Hubo una intervención del diputado Carlos Melo de la fracción Parlamentaria de la Causa Radical, quien se posicionó abiertamente al lado de los comerciantes, y arremetió contra la Cámara de Aseguradores y sus afiliadas; sin embargo, precisó al Presidente encargado de la Cámara, preguntándole si las empresas de seguros querían pagar.

El doctor Zamora, respondió con las siguientes palabras:

“(...) Usted pregunta que si nosotros queremos pagar, sí nosotros queremos pagar, si no yo no estuviera aquí, nosotros prestamos un servicio mediante el cual le cobramos a un asegurado una prima para cubrir un riesgo y que cuando tiene un siniestro se lo pagamos. (...)”

“(...) ¿pagar qué?, ¿pagar cuánto?, ¿quiénes son los que tienen que pagar?. Porque no es la Cámara de Aseguradores la que paga, quien tiene que pagar aquí son las distintas compañías de seguro y que tienen que pagar un monto de siniestro determinado, amparados por pólizas o coberturas (...)”

“¿La Cámara va a obligar? No puede obligar. Ahora tampoco me estoy lavando las manos. En nombre de la Cámara de Aseguradores y le digo que las empresas aseguradoras están dispuestas a enfrentar el problema. Quieren enfrentar el problema, tienen una interpretación de sus abogados, que dicen que el 27 de noviembre fue una insurrección militar y por lo tanto los siniestros son actos de guerra, en cuyo caso las compañías no están cubiertas por sus reaseguradores (...)”.

La reunión se desarrolló dentro de estos aspectos, y el Presidente de la Subcomisión, declaró en una de sus intervenciones que la función de la Subcomisión era la de “(...) ser mediadores para solventar el problema entre las

partes afectadas y los organismos que están aquí presentes (...)" ; sin embargo hubo pocas propuestas concretas tanto por parte de los asegurados como del representante de la Cámara, quien en una de sus intervenciones manifestó, está de acuerdo con el doctor Nelson Bermúdez, uno de los abogados de los comerciantes, en el sentido de crear un Comité de bajo censo con poder de decisión, con el ánimo de buscar soluciones a las diferencias planteadas.

Así mismo, el Presidente encargado de la Cámara de Aseguradores se comprometió a plantearles a las empresas aseguradoras la renuncia del lapso de caducidad establecido en las pólizas.

Posteriormente, el 20-04-93, se llevó a cabo una reunión con el señor Willian Phellan, Presidente de la Cámara Aseguradora, con la presencia del Superintendente de Seguros, el Diputado José de los Ríos, el doctor Carlos Aníbal Hernández, el doctor Nelson Bermúdez, y representantes de la Asociación de Comerciantes del Centro Comercial Propatria.

En esta reunión, informan los comerciantes, el señor Willian Phellan, ratificó la posición inicial de negar el pago de los siniestros, apoyándose en la tesis de la insurrección militar.

La Subcomisión del Congreso de la República creada al efecto, hasta la fecha no ha dejado opinión definitiva sobre el problema planteado.

### *6.7 Presidencia de la República*

Luego de la intentona militar del 27 de noviembre, la democracia venezolana comenzó a vivir uno de los más delicados trances de su historia, generándose una serie de denuncias y reactivación de otras aparentemente olvidadas, aperturándose procesos judiciales; entre los que destaca el antejuicio de mérito al Presidente de la República y la sentencia favorable de la Corte Suprema de Justicia para el enjuiciamiento del Presidente Carlos Andrés Pérez y la posterior decisión del Congreso Nacional de separar a éste de sus funciones.

Separado el Presidente Pérez de sus funciones, correspondió al señor Octavio Lepage, Presidente del Congreso Nacional, asumir temporalmente la Presidencia



de la República, mientras el Congreso Nacional nombraba a la persona que habría de finalizar el período presidencial, resultando electo el doctor Ramón J. Velásquez.

La Asociación de Comerciantes del Centro Comercial Propatria, se dirigió tanto al Presidente Pérez, como a los presidentes Lepage y Velásquez; ante quienes expusieron su situación con referencia a los sucesos del 27-N y la negativa de las aseguradoras a pagar.

Los comerciantes afectados, recibieron de parte del Presidente Carlos Andrés Pérez, el 5-2-93 una correspondencia de la Secretaría Privada de la Presidencia, signada con el N° 887, en donde se les comunicó que su planteamiento fue enviado a la consideración de la Consultoría Jurídica de la Presidencia de la República, oficina esta, de la cual no tuvieron respuesta; del doctor Octavio Lepage no obtuvieron ninguna respuesta; sin embargo, el doctor Velásquez les recibió en su Despacho y escuchó sus planteamientos.

#### *6.8 Demandas judiciales*

Los comerciantes asegurados afectados iniciaron sus acciones legales contra las empresas de seguros, por ante los Tribunales de Justicia, en vista de la proximidad del vencimiento de los lapsos de caducidad contractual establecidos en las pólizas de seguros; el cual es de seis meses contados a partir de la fecha de rechazo o un año contado a partir de la ocurrencia del siniestro.

En este sentido, la Asociación de Comerciantes del Centro Comercial Propatria (ASOCEPRO), indicó a través de un comunicado, que la manera más práctica y económica en que podría realizarse la reclamación judicial de la indemnización, era a través de los abogados de los comercios, y aquellos comerciantes que no tuvieran abogado y desearan incoar sus demandas a través de la Asociación, podrían hacerlo con arreglo a una tarifa presentada por sus abogados.

Informa el Secretario General de ASOCEPRO, que hasta los momentos los juicios intentados por los comerciantes se encuentran en estado de citación de las empresas aseguradoras, por tal razón no los mencionamos.

## 7. JUICIO SIMULADO

Como hemos comentado, derivado del interés en profundizar en el estudio de los aspectos más resaltantes del contrato de seguros y el interés en encontrar respuestas a este difícil caso de seguros, en el trimestre comprendido entre el mes de abril y julio de 1993 en el curso de Seguros Mercantiles del Post-grado de Derecho Mercantil de la Universidad Católica Andrés Bello, se organizó un Juicio Oral Simulado en el cual se evaluó con amplio detalle todos los aspectos vinculados a este sonado asunto.

Los alumnos se dividieron en tres grupos, un primer grupo integrado por los asegurados afectados, sus abogados y sus testigos; un segundo grupo, que representaba a la compañía de seguros demandada, sus abogados y sus testigos, y un tercer grupo integrantes del jurado, quienes tuvieron bajo su responsabilidad sentenciar el caso; el profesor de la Cátedra se desempeñó como Juez. A continuación se encontrarán los detalles más resaltantes de esta fascinante experiencia.

### 7.1 La Demanda

El grupo de estudiantes, a quienes le correspondió representar y defender la posición de los asegurados, expusieron al Tribunal Experimental su libelo de demanda, en el cual primero narran los hechos sucedidos el 27 de noviembre de 1992, en el Centro Comercial Propatria de la siguiente manera:

*“El día 27 de noviembre de mil novecientos noventa y dos (1992), un grupo de personas en actitud vandálica asaltó por sorpresa las instalaciones y locales comerciales que conforman el Centro Comercial Propatria, el cual da su frente a la calle Simón Bolívar, y se encuentra ubicado en el sector del mismo nombre, al Oeste de la Ciudad.*

*Lo cierto es su señoría, señores del jurado, que hacia las siete y media (7:30 am) horas de la mañana, aproximadamente, estas personas irrumpieron de manera intempestiva y agresiva a las referidas instalaciones portando, algunos de ellos, instrumentos y utensilios tales como: tubos de acero, palos de madera, cabillas que facilitaron el hecho de violar y entrar, como en efecto lo hicieron, según apreciaron testigos que en su*

*oportunidad presentaremos, al interior de los locales comerciales procediendo a la destrucción de rejas, vitrinas, puertas y ventanas que dan acceso a los diferentes locales, extrayendo de los mismos las mercancías. ”*

Los abogados demandantes en este juicio oral simulado, representan, al propietario de un local comercial denominado “JBL Musical”, el cual se dedica a la venta de equipos de música, videos, discos y demás mercancías de ese ramo y hacen alusión a la póliza de seguros tomada por este comerciante y a la cobertura de la misma, en la siguiente forma:

*“Es el caso ciudadano Juez, que nuestro representado se encuentra amparado contra Daños a la Propiedad y Robo en el contexto de una póliza de incendio con cobertura múltiple y líneas aleadas N° 7X, emitida por la Compañía de Seguros, “XXX” de fecha tres de marzo de mil novecientos noventa y dos (1992). La cobertura de dicha póliza cubre los siniestros ocasionados por:*

*“a) Personas que tomen parte en motines, b) Huelguistas, obreros en cierre patronal o personas que tomen parte en conflictos de trabajo; c) El acto malicioso de cualquier persona o grupo de personas, sea que tal acto ocurra durante la alteración del orden público o no; d) Conmoción civil que no asumiere proporciones de o llegase a constituir un levantamiento popular dirigido al derrocamiento del gobierno y las medidas para reprimir los actos antes mencionados que fuesen tomadas por las autoridades constituidas.”*

Narrados en forma general los hechos sucedidos en el Centro Comercial Propatria, se pasa luego a describir lo sucedido dentro del local de su defendido, el cual fue víctima de “daños maliciosos a su propiedad”, y que se evidenciaron por la destrucción del mismo y la sustracción de la mercancía para la venta, la cual se encuentra descrita y amparada en la póliza.

Continúa el libelo de demanda, mencionado que el 03-12-92 el asegurado inició las gestiones por ante la empresa de Seguros, es decir, la interposición del reclamo de la indemnización en el lapso establecido en la póliza para la notificación del siniestro, previo el cumplimiento de los requisitos para determinar los daños y las pérdidas sufridas y que en fecha 05-11-92, se

presentaron al local lo ajustadores de pérdidas designados por la empresa aseguradora levantando el informe correspondiente.

Se hace mención a la carta enviada por la aseguradora el 15-12-93, mediante la cual se niega el reconocimiento del siniestro sucedido, argumentando que el mismo tiene su origen en los hechos ocurridos el 27 de noviembre de 1992, los cuales son consecuencia del levantamiento militar e insurrección, quedando excluidos de las coberturas normales establecidas en la Póliza.

Finalizada la exposición de los hechos pasan los abogados demandantes a exponer sobre el derecho, fundamentándose en el artículo 563 del Código de Comercio, el cual reza:

*“El asegurador debe pagar la suma asegurada o la parte correspondiente a ella, siempre que la cosa asegurada se pierda total o parcialmente, o se deteriore por efecto de caso fortuito que hubiere tomado a su cargo”*

En concordancia con la “Cláusula de Motín, Disturbios Laborales y Daños Maliciosos de la Póliza de Incendio”, citada supra.

Por último, el libelo finaliza con el petitorio, del pago de una cantidad de dinero equivalente “a la sumatoria de los valores de reposición asignados a las mercancías robadas del local y la estimación por experticia de los daños maliciosos producidos por los sujetos que penetraron al local”; de igual forma, solicitaron la correspondiente indexación de la suma a indemnizar y las costas y costos del juicio incluyendo los honorarios profesionales.

## 7.2. La contestación

Los abogados que representaron a los aseguradores se opusieron a la demanda intentada, alegando que el llamado a la rebelión armada se produjo a las 5:00 am y el asalto al Centro Comercial Propatria se produjo a las 7:00 am y que para ese momento había falta de vigilancia y que estos hechos no fueron aislados, y de no haberse producido el llamado a la rebelión armada para el derrocamiento del gobierno, estos hechos no se hubiesen producido, y en consecuencia existe un nexo de causalidad entre el motín y la insurrección, que fue lo que propició

a los saqueadores a realizar su fechoría, y que tales circunstancias están excluidas de la cobertura de motín y daños maliciosos.

### *7.3. Las pruebas*

Contestada la demanda, se abrió a pruebas el juicio, presentando la parte demandante seis testimoniales y varios documentales como recortes de prensa y fotografías; donde encontramos los testimonios de vecinos del lugar, comerciantes del Centro Comercial, un ajustador de pérdidas, una periodista y un oficial de la Guardia Nacional; prestando testimonio oral de cómo sucedieron los hechos dentro del Centro Comercial y como fue repelido por las autoridades militares.

Por su parte la empresa demandada presentó pruebas documentales entre las que se encuentran la póliza, artículos de prensa y videos; además de cuatro testimoniales.

### *7.4. Los informes*

Concluido el lapso probatorio de este proceso, las partes presentaron sus informes de forma oral, donde vale destacar lo expresado por cada una de ellas.

#### *7.4.1. Informe de los Demandantes*

Los abogados demandantes, expresan en sus informes, que la parte demandada alega que los hechos ocurridos fueron a consecuencia directa o indirecta de una rebelión o alzamiento militar, y entra a estudiar la acepción de las voces castellanas "Directo" e "Indirecto", a la luz del Diccionario Enciclopédico de Guillermo Cabanellas, definiendo "Directo" como: "**(...) tendiente de modo inmediato al logro de un propósito, sin intermediarios**", e "Indirecto", como "**(...) lo que no se dirige rectamente a su fin.**"; para luego proceder a su análisis en los siguientes términos:

**"Analizando dichos términos tenemos que ocasionar directamente una 'rebelión o alzamiento militar', sería quienes se alzan en armas contra el régimen legítimo, con la intención de deponerlo y sustituir lo anterior por el sistema surgido de la violencia triunfante.**

“Indirectamente serían aquellas acciones que no se ejecuten con la intención de deponer un gobierno legítimo, sino por ejemplo que vayan contra gobernadores, alcaldes, etc. que impidan llevar sus funciones a cabo para el buen desenvolvimiento del gobierno legítimo.”

Adicionalmente los demandantes expresan en los informes que lo ocurrido en el Centro Comercial Propatria fue que los delincuentes que lo rodean se dedicaron al robo y al pillaje de los comercios allí existentes; no se utilizaron sus instalaciones para ejecutar un golpe de Estado, una insurrección y donde no se produjo ningún enfrentamiento o movilización militar, pues los robos y saqueos no fueron cometidos por militares insurrectos o leales, y los saqueadores no estaban en acuerdo o connivencia con los golpistas, quienes no hicieron ningún llamado al saqueo. Además se destaca que “(...) dichos hechos de pillaje ocurrieron en un momento en que no estaban suspendidas las garantías constitucionales y más aún cuando el Presidente de la República para ese entonces, Carlos Andrés Pérez, exhortó a la población a través de la radio y la televisión para que los trabajadores acudieran a sus centros de trabajo y estudios.”

Consideran entonces los demandantes que los hechos ocurridos el 27 de noviembre de 1992, son independientes de los saqueos que en esta misma fecha sucedieron, y que “(...) el factor desencadenante no fue un golpe militar para derrocar al gobierno (...) y que los saqueos producidos constituyen un hecho aislado.

Dentro de los informes presentados, se puntualiza lo siguiente:

- a) No existe relación de causa entre el llamado hecho por los insurrectos al pueblo, y los saqueos y robos realizados pues éstos, no tuvieron como intención apoyar a los golpistas, sino que perseguían el beneficio propio de los saqueadores.
- b) Los decretos de suspensión de garantías no prueban la relación de causa entre el levantamiento militar y los saqueos sucedidos en el Centro Comercial Propatria. Son medidas de emergencia, para prevenir y restablecer el orden, establecidas en la Constitución de la República de Venezuela.
- c) Los demandados alegan que los saqueos se originaron por la situación de rebelión militar, estableciendo la teoría de la Casa Eficiente por vía de descarte,

y no discuten si los saqueadores querían o no derrocar al Gobierno, sino a la ausencia de vigilancia, y que esta situación está excluida de la cobertura reclamada.

d) La exclusión es una excepción y como tal debe ser probada y los demandados, no probaron la relación de causa-efecto entre el levantamiento militar y los saqueos; en consecuencia no opera la excepción alegada por la aseguradora y por el contrario sí es procedente la cobertura de Motín y Daños Maliciosos.

En cuanto a la relación de causalidad los abogados demandantes precisan que: “La causa para que pueda darse o desencadenarse debe ser suficiente y necesaria. Suficiente, porque no necesita del concurso de otra para que pueda darse y necesaria, porque para que haya saqueos no es necesaria una rebelión militar (pueden haber saqueos sin rebelión y rebelión sin saqueos). Como ya se dijo, si abstraemos la rebelión del contexto del asunto (Teoría de la causa eficiente), podremos estar en presencia del saqueo sin la rebelión militar (...)”

#### 7.4.2. Informe de los demandados (Compañía de Seguros)

Los representantes de la parte demandada, presentaron su escrito de informes en el cual destacaron, que el levantamiento militar con la intención de derrocar al gobierno, “propició en distintas zonas del país, alteraciones del orden público que culminaron en algunas zonas en saqueos y vandalismos generalizados”, señalando que los comerciantes afectados iniciaron sus reclamaciones “sin tomar en cuenta que era un riesgo excluido expresamente en ellas, por cuanto los daños sufridos por las contratantes tuvieron su origen en la situación creada, es decir, el levantamiento militar referido”.

Pasan luego a analizar los aspectos legales, y exponen que: “En materia de seguros, el artículo 565 del Código de Comercio, excluye expresamente el riesgo de guerra y motín, dicha norma es derogable por acuerdo entre las partes por su único aparte, que dispone que por estipulación expresa el asegurador podrá tomar para sí los riesgos de guerra y daños ocasionados por motines.” y que el documento fundamental que prueba y estipula las condiciones del seguro es la póliza, según lo indica el artículo 549 ejusdem, y “sólo en ella se puede estipular los límites y coberturas de las disposiciones referentes a motín y disturbios callejeros, ya que es la ley entre las partes”.

Continúan explicando que la póliza contratada, incluye la cobertura de motín, disturbios y daños maliciosos, la cual establece un límite a su aplicación, excluyéndose la cobertura de tales riesgos cuando la pérdida o daño ocasionado por esos riesgos, tenga su origen o extensión, fueren con motivo directo o indirecto, de entre otras causas, de levantamiento militar, insurrección, rebelión, o fueren la consecuencia directa o indirecta de esos eventos o sucedan en conexión con ellos y cuando se establece en la cláusula “la exclusión de la cobertura de motines en caso de levantamiento militar o insurrección excluye los daños derivados de los sucesos del 27 de noviembre de 1992”.

En cuanto a la calificación de los sucesos como levantamiento militar o insurrección, los demandados exponen que esto “no presenta ningún problema ya que además de ser hecho notorio, las propias autoridades civiles han reconocido en los decretos de suspensión de garantías constitucionales dictados por esa fecha, la calificación de rebelión armada los hechos referidos”, y continúan con que “a pesar de que los daños ocurridos fueron a través de un movimiento desordenado de una muchedumbre, colectivo y violento contra la propiedad, pudiendo ser calificado de motín y estar cubierto en un principio, el origen de dichos hechos fue el levantamiento militar, condición que excluye tal cobertura” y que se encuentra estipulada en la Cláusula de Motín, Disturbios Laborales y Daños Maliciosos.

Por último, concluyen diciendo que: “En virtud de la relación de causalidad probada en el presente proceso, se concluye que el levantamiento militar del 27 de noviembre de 1992 es la causa y origen de los hechos acaecidos en el Centro Comercial Propatria en la misma fecha. Por lo tanto, los daños reclamados no están cubiertos por haberse originado en el supuesto de exclusión tantas veces mencionado que establece la póliza, por lo que es improcedente las reclamaciones formuladas”.

#### *7.5. La sentencia*

El jurado de este tribunal experimental, se encontró conformado por once (11) alumnos, todos profesionales del derecho, y que luego de analizados los hechos, las pruebas, y con vista a los informes, presentaron su sentencia, cinco días después de concluido el proceso.



Enmarcaron la controversia dentro de lo previsto en el artículo 565 del Código de Comercio, el cual establece:

*“El asegurador no responde de la pérdida o deterioro proveniente del vicio propio de la cosa, de un hecho personal del asegurado, o de un hecho ajeno que afecte civilmente la responsabilidad de éste, ni de riesgos de guerra y motines.*

*Por estipulación expresa, puede tomar sobre sí la pérdida proveniente de vicio propio de la cosa y los riesgos de guerra o daños ocasionados por motines; pero nunca los que provengan de hechos del asegurado.”*

y en la Cláusula N° 2 de la Póliza de Incendio, que reza:

*“La Compañía no indemnizará los daños y pérdidas que bien, en su origen y extensión, sean directa o indirectamente producidos por: (...) c) Guerra, invasión, acto enemigo extranjero, hostilidades u operaciones bélicas (haya habido o no declaración de guerra), motín, huelga, conmoción civil, insubordinación, levantamiento militar, insurrección, rebelión, terrorismo, guerra de guerrillas, guerra civil, poder militar o usurpación de poder, ley marcial o estado de sitio o cualquiera de los eventos o causas que determinen la proclamación o el mantenimiento de la ley marcial o estado de sitio.”*

Consideró este Tribunal experimental que “es un hecho notorio que el día 27 de noviembre de 1992, en horas de la madrugada, se inicia un procedimiento de carácter militar dirigido derrocar al gobierno democrático de la República de Venezuela, acompañado de serios brotes de insubordinación, rebelión y alzamiento militar”; lo cual fue alegado por la parte demandada en este proceso como causa de exclusión de su obligación contractual de indemnizar los daños causados por los saqueos.

Por lo cual se hizo necesario determinar si los hechos alegados por la compañía de seguros son realmente la causa del siniestro, caso en el cual procedería la exclusión alegada, o si por el contrario, no existía conexión entre el alzamiento militar y los saqueos ambos ocurridos el 27-N, caso en el cual estos hechos serían independientes entre sí, y sería procedente la indemnización reclamada.

En este sentido la sentencia del Tribunal Experimental expresa:

*“Al efecto este tribunal, sostiene el criterio según el cual dentro de la cadena de hechos necesarios y determinantes para producir un daño, es necesario precisar cual de los hechos es objetiva y normalmente adecuado para producirlo (...)”*

*“No es necesario que tales hechos o circunstancias deban participar de una forma directa en la producción del daño, hasta que los mismos, por sí solos, hayan resultado idóneos y suficientes para motivarlos o producirlos. En el caso que nos ocupa, es importante aclarar que el 27 de noviembre de 1992 marcó en Venezuela un día de conmoción civil desde tempranas horas de la madrugada, de tan elevadas magnitudes que fue necesario la suspensión de las garantías constitucionales y la adopción de la figura del “Estado de Emergencia”, por lo cual mal puede interpretarse como aislados y sin conexión alguna los hechos de violencia generalizada, saqueos, robos y destrozos que protagonizó la población civil en múltiples y variados puntos de la geografía nacional, con la situación de rebelión militar e intento de Golpe de Estado que ese mismo día y a las mismas horas se sucedían.*

*“Es muy cierto el alegato de la demandante según el cual la actividad militar no se concentró en los predios adyacentes al Centro Comercial Propatria, no obstante, es indudable y notorio que el estado de conmoción social era generalizado en todo el país. El llamado a la rebelión y desobediencia civil que efectuaron los subversivos hasta por más de tres horas continuas en mensajes repetitivos y por todos los principales canales de televisión llegó a toda Venezuela, por lo que grupos de personas aprovechando la situación de desorden y anarquía y falta de autoridad se dieron a la tarea de delinquir en múltiples y variados puntos de la geografía nacional, resultando especialmene afectado el Centro Comercial Propatria por sus especiales condiciones de inseguridad, espacios abiertos y ubicación física.”*

Y finaliza la sentencia con el párrafo siguiente:

*“Por los hechos antes expuestos, este Tribunal considera que los daños ocurridos en la propiedad del demandante tienen su causa en hechos y*

*circunstancias especialmente excluidos en las Condiciones Particulares de la póliza de incendio (...).*

*(...) En consecuencia y de lo anteriormente expuesto, este tribunal declara sin lugar la demanda intentada por JBL Musical, en contra de la Compañía de Seguros XXX”.*

Esta decisión fue apoyada por siete miembros del Jurado, compuesto por once personas.

#### *7.6 Votos salvados de la sentencia*

Cuatro de los magistrados que configuraban el jurado en este proceso simulado, se declararon en desacuerdo con el criterio expresado por la mayoría y salvaron su voto.

Dos de ellos, alegaron que el llamado hecho por los insurrectos a la rebelión armada a través de las televisoras tomadas, llegó a toda Venezuela, “por lo que grupos de personas aprovechando la situación de desorden, anarquía y falta de autoridad se dieron a la tarea de delinquir en múltiples y variados puntos del país, resultando especialmente afectado el Centro Comercial Propatria por sus especiales condiciones de inseguridad y espacios abiertos”; resaltando que quienes se dedicaron al robo y al saqueo del Centro Comercial Propatria, no utilizaron las instalaciones de éste para participar en el intento de Golpe de Estado, ni estaban en connivencia con los golpistas, ni en el citado Centro Comercial se produjeron enfrentamientos militares.

Estiman estos jueces, que los actos de pillaje se produjeron en momentos en que aún no se suspendían las garantías constitucionales y el Presidente de la República, hacía un llamado a la población a que asistiera a sus actividades normales.

Por otro lado, opinan que el Código de Comercio en su artículo 565, excluye los riesgos de guerra y motines, pero que sin embargo, la misma norma permite ser derogada por las partes y en las Condiciones Particulares de la Póliza se establece que las aseguradoras indemnizarán a sus asegurados los daños ocasionados por persona que participen en motines, actos maliciosos, conmoción civil que no esté dirigida al derrocamiento del Gobierno.

A su juicio, “los daños sufridos en el Centro Comercial Propatria, específicamente en JBL Musical, C.A., el día 27 de noviembre de 1992, no tienen relación directa, ni conexión alguna con la situación de rebelión militar e intento de golpe de estado que este mismo día y a esas mismas horas se sucedía”.

Finalizan su exposición, acotando que “no quedó probado el nexo de causalidad existente entre el intento de golpe de estado y los hechos de robo, pillaje y violencia acaecidos en el citado Centro Comercial, específicamente el comercio JBL Musical, C.A”.

Otro voto salvado fue de la opinión siguiente:

*“Primero: no existen pruebas aportadas que determinen de manera indubitable que la rebelión militar fue causa suficiente, necesaria y determinante para que se produjera el siniestro; Segundo: dicha rebelión o levantamiento no se llevó a cabo en la adyacencias del Centro Comercial Propatria. Tercero: la Cláusula de Motín, Disturbios Laborales y Daños Maliciosos adolece de tal ambigüedad que imposibilita su interpretación y adecuación a los hechos ocurridos.”*

El último de los votos salvados, discrepa de la opinión de los demás miembros del Jurado, definiéndose en los siguientes términos:

*“Primero, tanto demandantes como demandados están de acuerdo en los siguientes hechos: que el 27 de noviembre de 1992 se produjeron saqueos en las instalaciones del Centro Comercial Propatria, que los mismos fueron realizados por civiles y no hubo participación de militares; que ese día hubo un llamamiento por televisión a la población civil para que se integrara al levantamiento. Sin embargo discrepan en cuanto a la existencia de conexión directa o indirecta entre la rebelión y los saqueos producidos en el Centro Comercial Propatria.*

*“En segundo lugar, el artículo 565 del Código de Comercio en su segundo aparte prevé la posibilidad de que por convenio el asegurador cubra los riesgos de motín o guerra lo cual sucedió en el presente caso, ya que se contrató una cobertura de motín siempre y cuando éste fuese causa directa o indirecta de una rebelión militar.”*

En opinión de este jurado disidente, para poder decidir en este caso, hay que determinar si existe conexión entre la rebelión militar y los saqueos al Centro Comercial; siendo su opinión que ambos sucesos son independientes, por tanto no es oponible la exclusión alegada por el asegurador; en este sentido cita a Hugo Mármol, quien al referirse a la exclusión de guerra y motín, señala: “Pensamos que la exclusión sólo se referirá a daños causados por la guerra o por el motín, nunca a los ocurridos ‘con ocasión’ de ellos. Así es indemnizable el incendio producido en un inmueble por las bombas que arrojó el enemigo, pero si aquel que ocurrió por causa extraña a la invasión en otro sector de la ciudad y no fue sofocado de inmediato porque los bomberos estaban muy ocupados en la zona crítica y no acudieron prontamente.”

Se formula un interesante señalamiento en cuanto a la carga de la prueba, y señala que el artículo 560 *ejusdem*, establece:

*“El siniestro se presume ocurrido por caso fortuito; pero el asegurador puede probar que ha ocurrido por causa que no le constituye responsable según la convención o la ley”.*

Y que a la luz en el artículo 1.354 del Código Civil se dispone que:

*“Quien pida la ejecución e una obligación debe probarla, y quien pretenda que ha sido libertado de ella debe por su parte probar el pago o el hecho que ha producido la extinción de su obligación.”*

Del texto de estos artículos, en opinión del jurado disidente, el asegurado probó la obligación con la póliza y le correspondería, al asegurador, que se exceptionó, la carga de probar la conexión entre la rebelión militar y los saqueos al Centro Comercial.

Señala el voto salvado, que del “análisis de las pruebas aportadas se ha dejado constancia de que los hechos de la rebelión militar y el saqueo del Centro Comercial Propatria ocurrieron el mismo 27 de noviembre de 1992, pero no se ha aportado prueba que determine de manera indubitable que la rebelión militar fue causa suficiente y necesaria para que se produjera el siniestro”.

“Tal vez, las pruebas aportadas podrían hacer presumir la conexidad, si en el país no se hubiesen presentado eventos similares en años anteriores. Como

bien señala la parte demandante, el 27 de febrero de 1989 se produjo una conmoción civil, de la que resultaron muchos daños a la propiedad y en el cual no hubo participación militar.

Por su parte el 04 de febrero de 1992 se produjo una rebelión militar sin que se presentaran saqueos por parte de la población civil.”

Concluye la exposición, expresando que “no se puede afirmar sin lugar a dudas que estos hechos no se hubieran producido si no se presenta la referida rebelión militar” y considera “que los demandantes no probaron la excepción alegada, con lo cual no es oponible al asegurado, o por lo menos existe una duda razonable, que en materia de seguros beneficia a éste, y en consecuencia salva su voto”.

#### CONCLUSIONES

El 27 de noviembre de 1992, presenciamos el intento de Golpe de Estado y los saqueos a varios comercios, que dejaron una secuela de controversias, entre las cuales destaca la surgida entre las empresas aseguradora y los comerciantes asegurados contra el riesgo de motín y daños maliciosos.

Por un lado los comerciantes afectados reclaman la indemnización de los daños sufridos por lo saqueos, pues consideran estar amparados por las pólizas de motín y daños maliciosos; mientras que las empresas de seguros niegan dicha cobertura por considerar que estos saqueos son consecuencia del alzamiento militar del 27-N, el cual tuvo por objeto derrocar al gobierno, siendo ésta una exclusión de las coberturas de la póliza.

Como hemos analizado la discusión se plantea casi inmediatamente de ocurridos los siniestros, cuando el 30 de noviembre de 1992, la Cámara de Aseguradores, envía un comunicado a las empresas de seguros, en el cual expresa su opinión diciendo que los siniestros ocurridos el 27-N no tenían cobertura por ser consecuencia de una insurrección militar; momento en el cual varias empresas habían enviado a sus ajustadores de pérdidas a evaluar los daños, lo que hizo pensar a muchos que las empresas pagarían, y en este sentido, es interesante comentar la Sentencia de fecha 25 de abril de 1978 del Juzgado Superior Quinto de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y

Estado Miranda, en el caso Hilados de Goma y Afines de Venezuela vs. Seguros La Seguridad; mediante la cual se considera que si la aseguradora manda a hacer el ajuste es porque va a indemnizar al asegurado, debido a que la finalidad del ajuste de pérdidas es la de someter al criterio de la aseguradora la decisión en cuanto a la suma de la indemnización que debe corresponder al asegurado.

Los aseguradores consideran que existe un relación de causalidad, entre el alzamiento militar y los saqueos que se llevaron a cabo de día; mientras los asegurados alegan que dichos actos son independientes uno del otro.

Vistas estas posiciones, vale la pena establecer, si realmente existe una relación de causalidad entre el citado alzamiento y los saqueos.

Este tipo de saqueos según la doctrina más calificada, representada por Isaac Halperin, provienen de conmociones populares que derivan en violencia, que en su actuación desordenada cometen desmanes, en la imposibilidad momentánea del poder público de dominarla, sea para lograr los fines que persigue, o mera actuación de la violencia por la violencia misma, con o sin intención de dañar.

En ella se comprenden los daños causados por la multitud misma o para reprimir sus desmanes.

En decisión de la Sala de Acuerdos de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina de fecha 11 de agosto de 1961, se convino en lo siguiente: "(...) El vocablo "tumulto", tiene es cierto, varias acepciones y, de acuerdo con una de ellas, el hecho que dio lugar al daño cuyo resarcimiento se persigue en este juicio, fue tal, esto es, constituyó un tumulto en el sentido de alboroto o desorden, pero cuando como en el caso de autos, la póliza de seguros dice que éste "no cubre pérdida o daños causados directa o indirectamente a consecuencia de guerra o invasión... guerra civil, rebelión, revolución, insurrección..., ley marcial... tumultos, conmoción civil, confiscación o nacionalización, o requisición o destrucción o daño a los objetos por o bajo las órdenes de cualquier gobierno, debe entenderse que los "tumultos" a los que se hace referencia no son los que pueden surgir, por ejemplo, de la aglomeración producida con motivo de un choque de automóviles o de la salida de un espectáculo, sino los movimientos populares contra las autoridades o contra

adversarios políticos o gremiales; que revistan los caracteres de pequeños motines o revueltas, lo cual resulta de la cláusula de la póliza...”

De esta decisión se puede concluir que existen tumultos y motines vinculados a las insurrecciones, y otros que no lo están, en consecuencia es menester probar su vinculación directa o indirecta con las insurrecciones para determinar que una es la causa remota de la otra.

La lógica, ciencia “que trata de entender y explicar las cosas, se ha venido ocupando naturalmente de la causalidad y ha establecido cierto modo para encontrar causas, definiendo como CAUSA, aquella condición previa, cuya presencia haya sido necesaria y suficiente para producir cierto efecto. Luego, la lógica señala las falacias principales con que solemos pecar en nuestra búsqueda de causas, siendo la más común: la falacia alarmante de la mente humana para concatenar como causa y efecto todos aquellos eventos que sencillamente se sigan unos de otros. Tan alarmante es esta falacia, que se ha dado hasta un nombre a tal forma de razonarse, suele llamarse falacia de POTS ERGO PROPTERHOC (sucede después, por tanto es causado por)”<sup>5</sup>.

De acuerdo con el autor colombiano J. Efrén Ossa, “próxima o remota, directa o indirecta, mediata o inmediata, lo que importa es que la causa sea eficiente, predominante o determinate del daño” y que se pueda probar la relación de causalidad entre el daño y la causa eficiente; al respecto Ossa, nos refiere el artículo 1.114 del Código de Comercio colombiano que establece: “el asegurador no responde por las consecuencias de la explosión, a menos que ésta sea efecto del incendio”. Es el incendio mismo como causa eficiente, sin el cual no se hubiera producido el daño.

Esta doctrina que proviene de la jurisprudencia americana e inglesa, fue aplicada en dos procesos judiciales, en el primero de ellos, una póliza expedida contra el riesgo de incendio, para una embarcación, ubicada en el puerto de Nueva York. Ocurre un incendio a mil pies de distancia, de vagones ferroviarios cargados de explosivos, estos explotan, como consecuencia se avería la nave asegurada como resultado de la explosión y no del fuego. La causa inmediata

---

<sup>5</sup> JORNADAS DE DERECHO DE SEGUROS. Instituto de Práctica Jurídica, 17 y 18 de mayo de 1991. Parque Central, p. 37.



fue la explosión, la causa eficiente el incendio de los vagones, por lo tanto el riesgo estaba cubierto y el daño es indemnizable a la luz del contrato.

En el segundo caso, un barco asegurado contra los riesgos de mar, con exclusión de guerra y hostilidades. El barco fue averiado por torpedos, es conducido a puerto seguro y fondeado en la bahía. Al llegar la baja marea encalla y más tarde, se voltea y queda inservible. La causa inmediata del daño fue el encallamiento (riesgo de mar), la causa eficiente fue la agresión bélica. No opera el seguro, no hay lugar a indemnización. La causa que es verdaderamente próxima es aquella que es eficiente (Jurisprudencia Inglesa, House of Lords).

En Venezuela, los tribunales de justicia se han inclinado por la aplicación de la causa remota, tal y como se observa de la sentencia transcrita por Giménez Anzola en su obra *Jurisprudencia Venezolana de Seguros*, según la cual se excluyó la responsabilidad del asegurador porque los daños se debieron a la ausencia de vigilancia policial, motivada por sucederse al mismo tiempo un tumulto en otro sitio de la ciudad, y tales tumultos y motines estaban excluidos de cobertura.

Existe una reciente decisión dictada por la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil el 18 de noviembre de 1992, nueve días antes de que ocurrieran los hechos tratados en este trabajo, con ponencia del magistrado doctor Rafael J. Alfonzo Guzmán, en el caso de *Maderera Margarita vs. Seguros La Seguridad*; donde se trata el tema de la relación de causalidad.

El caso que se ventiló en la Corte, versó sobre un siniestro marítimo, en el cual una embarcación cargada de madera, sufrió un accidente en la sala de máquinas, lo que produjo que el Capitán de la Nave ordenara a la tripulación el abandono del buque, éste sufrió una varadura, y los ribereños del lugar procedieron a saquear la madera que transportaba la nave. El asegurador en este siniestro se excepcionó del pago, alegando que la carga no estaba amparada contra el riesgo de motín.

La Corte para sentenciar se fundamentó en la relación de causa-efecto existente entre el accidente de la sala de máquinas y los saqueos, de la siguiente manera:

*“Nuestra doctrina ha señalado la dificultad que representa el determinar cuál fue a ciencia cierta la causa que originó el siniestro del bien*

*asegurado, cuando para ello han concurrido diferentes causas, unas aislada y otras como consecuencias de otras, y más aún, cuando algunas de ellas no están cubiertas y otras sí. Para ello se han venido desarrollando diversas doctrinas o teorías relativas a la causalidad del siniestro, entre las más comunes estarían: a. la doctrina de la causa próxima: la cual partía de que sería imposible para el derecho el establecimiento de las causas, y las impulsiones entre ellas; por eso debe conformarse con la causa inmediata. En este caso, para establecer la causa próxima, simplemente basta con averiguar la última causa que precedió a la pérdida; b. otra doctrina fue la de la causa remota: según esta doctrina, se tomará como causa, la más remota, aquella de la cual tendrá que venir, según las reglas normales de la experiencia, la pérdida en cuestión; o sea, que razonablemente se podía esperar tal efecto; c) otra doctrina es la de la *condictio sine qua nom*: consistente en que, el daño no se hubiese producido si no se hubiere cumplido indefectiblemente una determinada causa o acontecimiento (...)" (destacado nuestro).*

Esbozadas las tres principales doctrinas sobre la causalidad, en la referida sentencia se cita a reconocidos tratadistas venezolanos como, Iván Lansberg y Roberto Goldschmidt, quienes consideran "que nuestra normativa en materia de seguros, recogida en nuestro Código de Comercio tiende a identificarse con la teoría de la causa remota, no sólo porque nuestro Código de Comercio derive del francés, el cual a su vez deriva del holandés, en los cuales se acoge esta doctrina, sino que principalmente nuestro Código de Comercio acoge las llamadas exclusiones de vicio propio y hecho personal, lo cual evidencia la relación de causalidad que implica la causa remota; si no se aplicara la causa remota, quedaría sin razón de ser el artículo 565 *ejusdem*.

Por otra parte, Joaquín Garrigues, quien en su obra *Curso de Derecho Mercantil*, establece que a los efectos de demostrar la relación causal entre el siniestro y el hecho generador del mismo, considera que era una cuestión de prueba difícil de someter a las reglas generales; sobre todo cuando, siendo múltiples los hechos que han contribuido a un mismo siniestro, unos estaban previstos en el contrato y otros no (...)"

Igualmente señala Garrigues que, generalmente no se precisa una rigurosa demostración de la relación causa-efecto, bastando demostrar que verosímelmente

aquel hecho ha sido causa del siniestro. Igualmente señala que hay daños que son efecto directo del siniestro (daños directos) y que otros son consecuencia de otros hechos que son causa o consecuencia más remota (daños indirectos).

Por su parte Hugo Mármol señala, que pareciera no haber una tendencia definida en cuanto a la causalidad del siniestro de acuerdo a nuestra legislación, sino, por el contrario, pareciera que a cada tipo de riesgo ocurre la que más le conviene. Sin embargo, señala que “judicialmente en Venezuela se ha venido prefiriendo aplicar la doctrina de la causa remota la cual define como: aquella en que se considera que la causa verdaderamente importante es la primera, es decir, aquella a partir de la cual de una manera inevitable se comenzarán a producir los demás acontecimientos. (...)”. (destacado nuestro).

Sobre esta base teórica, la Sala de Casación Civil, decidió a favor del asegurado, considerando que la causa de la pérdida de las maderas, no fue el saqueo, como lo alegó la empresa de seguros; sino el percance ocurrido en la sala de máquinas, el cual produjo el abandono del navío, y al producirse éste, trajo como consecuencia la varadura, la cual facilita el saqueo por parte de los ribereños, “concluyendo la recurrida que no es el saqueo de la mercancía el punto determinante del siniestro sino las circunstancias u ocurrencias previas que trastornaron la travesía del navío y ocasionaron su varadura, incluyendo en ellos tanto los fortuitos, como los que fueron producto de la acción del hombre” (...). “De modo tal que de no haber sido por la avería, posterior abandono de la nave y por último su varamiento, no se hubiera expuesto el cargamento de madera a la suerte o infortunio de un saqueo (...)”.

“En este caso, al no estar cubierta la causa inmediata -el saqueo- se procede a remontar las causas remotas hasta encontrar aquella que sí está cubierta, y sin que su ocurrencia, no se hubiere producido el daño. Sobre esta base, al encontrarse con una diversidad de causas, procederemos a remontarlas en orden cronológico de ocurrencia, siguiendo la cadena causa-efecto.”

Al estudiar esta sentencia, cuya base doctrinal se apoya en la opinión de grandes tratadistas, tanto nacionales como extranjeros; nos damos cuenta que nuestra Corte, aplicó la teoría de la causa remota.

La aseguradora en ese caso alegó la teoría de la causa inmediata, donde el saqueo no estaba cubierto; empero, tuvo su origen en una causa remota que sí

estaba cubierta, por lo cual la Sala decidió en favor del asegurado. Lo contrario sucedió en el caso del Centro Comercial Propatria, donde la aseguradora se basó en la teoría de la causa remota, pues alega que aun cuando el motín y los daños maliciosos estarían cubiertos por la cobertura especial, su origen se encuentra en una causa anterior que no está cubierta.

En el caso de la sentencia analizada, resultó relativamente fácil establecer la relación de causalidad, no así en el que nos ocupa, pues en él confluyen muchas circunstancias.

Ahora bien, apliquemos esta teoría de la causa remota al caso en estudio; donde tenemos que la pérdida de la mercancía y los daños sufridos en los locales del Centro Comercial Propatria el 27-N, está amparada contra riesgos de motín y daños maliciosos; pero, que según los aseguradores, dicha pérdida se origina en el alzamiento militar de esa misma fecha.

Siguiendo el criterio de la Corte, remontemos las causas hasta llegar a aquella que origina el siniestro; recordando que dicha causa debe ser “aquella a partir de la cual de una manera inevitable se comenzarán a producir los demás acontecimientos” según lo apunta Hugo Mármol y en este sentido, al incorporar el planeamiento de los aseguradores, tendríamos en principio que esa “causa” es el alzamiento militar del 27-N, pues de no haber sucedido éste, los organismos de seguridad del Estado no hubiesen estado ocupados en las áreas críticas donde se sucedían los combates, y el Centro Comercial Propatria, para utilizar las palabras de la Corte, no hubiese quedado expuesto “a la suerte o infortunio de un saqueo”.

Por otro lado, si incorporamos a esta dinámica el planteamiento de los asegurados, tendríamos que la causa no sería el alzamiento militar, pues según la doctrina de la causa remota: ésta será, “aquella de la cual tendrá que venir, según las reglas normales de la experiencia, la pérdida en cuestión; o sea, que razonablemente se podía esperar tal efecto”. En Venezuela existe experiencia con saqueos y revueltas militares, así el 27 de febrero de 1989 se produjeron saqueos sin la existencia del factor militar; de la misma forma durante todo el año 1992 se sucedieron múltiples saqueos de pequeña envergadura, y el 4 de febrero de 1992, hubo rebelión militar sin la existencia de saqueos; en consecuencia, a partir de las reglas normales de la experiencia no se podría

afirmar que el alzamiento militar del 27-N es la causa de la que razonablemente se podrían esperar los saqueos.

Ahora bien, según la doctrina señalada y adoptada por el Supremo Tribunal, al citar a Joaquín Garrigues, la relación causa-efecto no tiene que ser rigurosa, y bastaría demostrar que aquel hecho ha sido la causa del siniestro, y que “demostrar la relación causal entre el siniestro y el hecho generador del mismo, es una cuestión de prueba difícil de someter a las reglas generales (...)”.

Los aseguradores se excepcionaron de su obligación de pagar el siniestro, alegando que éste ocurrió por causa que no les constituye responsables según la Cláusula 2ª. Condiciones Particulares de la póliza, las exclusiones de la Cláusula de Motín, Disturbios Laborales, Daños Maliciosos y el artículo 565 del Código de Comercio; en consecuencia la carga de la prueba del hecho generador del siniestro, recae sobre el asegurador, en virtud de lo establecido en el artículo 560 del Código de Comercio el cual establece que:

*“El siniestro se presume ocurrido por caso fortuito; pero el asegurador puede probar que ha ocurrido por causa que no le constituye responsable según la convención o la ley”* (destacado nuestro).

Y del artículo 1.354 del Código Civil que dispone:

*“Quien pida la ejecución de una obligación debe probarla, y quien pretenda que ha sido liberto de ella debe por su parte probar el pago o el hecho que ha producido la extinción de su obligación”* (destacado nuestro).

Recordemos que al aplicar la doctrina asumida por la Corte, en el supuesto de los planteamientos de los aseguradores, la cadena causa-efecto establecida cronológicamente, inicia con el alzamiento militar del 27-N, y que a consecuencia de ello los organismos de seguridad del Estado se ocuparon de las áreas críticas donde se sucedían los combates, quedando el Centro Comercial Propatria a merced de los saqueadores.

El alzamiento militar sucedido el 27-N, no requiere de prueba por ser un hecho notorio, además de ser aceptado por las partes; en cuanto a la prueba de que los

efectivos de los órganos de seguridad no se encontraban en las áreas críticas, lejanas del Centro Comercial Propatria, y de que el citado Centro Comercial quedó desprotegido policialmente, también queda relevado de prueba a confesión de la parte, debido a que los asegurados, han manifestado ante funcionarios públicos y de la prensa, que los delincuentes que los azotan durante todo el año se aprovecharon de la situación de desprotección policial existente en ese momento para saquear el Centro Comercial Propatria.

En conclusión, en nuestra opinión, los saqueos de los negocios del Centro Comercial Propatria no se encuentran amparados por la Cláusula de Motín, Disturbios Laborales y Daños Maliciosos, en virtud de la exclusión hecha en dicha cláusula al expresar que no se amparan daños con ocasión, ni a consecuencia directa o indirecta de alzamiento militar, rebelión, guerra; además de ser estos riesgos excluidos por el artículo 565 del Código de Comercio y la Cláusula N° 2 de las Condiciones Particulares de la Póliza de Incendio.

Además de existir relación de causalidad, al aplicar la teoría de la causa-remota, acogida por nuestra Corte Suprema de Justicia y por la mayoría de los tratadistas, se evidencia la conexión entre el intento de golpe militar y los saqueos a los comercios citados; ya que no es necesario ningún tipo de prueba para demostrar la relación causa efecto.

Ahora bien, no hay duda que la última palabra la tendrán los tribunales de justicia quienes serán los encargados de decidir los procesos judiciales que se encuentran en curso.

Por último, del análisis de todos los hechos estudiados, debe llamarnos a profunda reflexión a todas las personas vinculadas a la actividad aseguradora los siguientes aspectos:

**Primero:** La impresión negativa que la mayoría del común de la gente tiene de las empresas de seguros.

**Segundo:** La impostergable actualización de la legislación sobre seguros, a través de la modificación urgente de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros y la creación de la Ley de Contratos de Seguros.

**Tercero:** La forma inconveniente e incómoda en que están redactadas y presentadas las pólizas de seguros;

**Cuarto:** La falta de formación del personal a todos los niveles dentro de las empresas del sector y de los intermediarios de seguro.

**Quinto:** La insuficiencia de patrimonio de las compañías de seguros.

Esperamos que este trabajo contribuya a estimular la elaboración de otros y a despertar el interés por los temas de seguros.

## BIBLIOGRAFIA

### a) Textos Legales Consultados (orden cronológico)

CODIGO CIVIL VENEZOLANO, 1992.  
CODIGO DE COMERCIO VENEZOLANO, 1955.  
CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DE VENEZUELA, 1961.

### b) Obras citadas y consultadas

GARRIGUES, Joaquín. **Contrato de Seguros Terrestres**. Madrid, 1973.

HALPERIN, Isaac. **Seguros**. Ediciones de Palma. Buenos Aires, 1970.

JORNADAS DE DERECHO DE SEGUROS. Instituto de Práctica Jurídica, 17 y 18 de mayo de 1991. Parque Central. Caracas.

LE BOULENGE, Jean-Marie. **El Derecho Venezolano de los Seguros Terrestres y sus Fuentes Extranjeras**. Caracas, 1983.

MALAGARIGA, Carlos. **Jurisprudencia sobre Seguros**. José Alvarez, Editor. Buenos Aires, 1963.

MARMOL M., Hugo. **Fundamentos del Seguro Terrestre**. Universidad Católica Andrés Bello, 3ª edición. Caracas, 1990.

os  
la

En efecto, el poder central concentra las tareas y los recursos financieros del Estado, en detrimento de las regiones y las municipalidades, y que ante la morfología federalista, vaciada de contenido, de nuestra forma de Estado, ha llevado a los constitucionalistas a definirnos como una República Federal Centralizada, donde el poder político, jurídico y administrativo se hallan solidamente centralizados.

La Administración Pública que surge del nuevo Estado, centralizada y concentrada en sus niveles superiores (la Presidencia de la República y los ministros), se alimenta de un principio cardinal de nuestra hacienda pública, el principio de la Unidad del Tesoro, consecuencia de la reforma financiera del ministro de Hacienda, Román Cárdenas, el año 1918. Gracias a él se concentran los ingresos públicos en el Tesoro, pasando el Estado a controlar directamente las rentas y a establecer un presupuesto nacional uniforme, con sus correspondientes ingresos y gastos.

No obstante, ya desde finales de los años veinte (1928) se establecen en Venezuela los primeros organismos de “administración descentralizada”, con la creación de dos institutos autónomos, el Banco Agrícola y Pecuario y el Banco Obrero, dando comienzo a una tendencia que no hará sino crecer con el paso de los años. Como apunta Brewer-Carías <sup>1</sup>:

“Después de 1935, sin duda, el proceso de centralismo administrativo en el nivel nacional se hará hasta la época contemporánea con estos instrumentos paradójicos “descentralizados”, pues será mediante los institutos autónomos nacionales que el Poder Nacional penetrará en todos los ámbitos nacionales, avasallando las ya reducidas competencias estatales y municipales a costa, ciertamente, del progreso en muchos órdenes. Así, desde estas instituciones nacionales el Estado centralizado prestará el servicio de electrificación, teléfono, abastecimiento de aguas, recolección de aguas negras e incluso recolección de basura, y construirá, por ejemplo, viviendas populares y las vías de comunicación”.

Aunque si bien es cierto que la nueva Administración Pública que surge en los años veinte y treinta en el país, no logró establecer un estatuto del funcionario

<sup>1</sup> BREWER-CARIAS (1988), p. 26.



público que sirviera de soporte al desarrollo de la carrera administrativa, no es menos cierto que hombres capacitados, de dedicación plena, ocuparon roles destacados en la conducción político-administrativa, cimentándose así el reclutamiento de funcionarios idóneos en las recién asumidas tareas estatales. Sin embargo, el asombroso reto de la modernización que sorprendió un país atrasado como era la Venezuela rural de esa época, mostró desde sus inicios las urgentes dificultades técnicas de una administración bisoña y sin tradiciones burocráticas racionales, acordes con el tipo-ideal weberiano. La experiencia administrativa revelaba patentemente sus carencias técnico-burocráticas, y surgió una conciencia de esta situación, no obstante lo cual sólo será a partir de la experiencia democrática que se inaugura en 1958, cuando se adopten las primeras medidas proyectivas de la reclamada reforma de la Administración Pública Nacional.

## II. LOS ENSAYOS DE REFORMA ADMINISTRATIVA

El año 1958 es símbolo de la paradoja de la reforma administrativa en Venezuela: se da inicio a la reforma al unísono del desarrollo de los obstáculos más perniciosos a su eficacia. En efecto, en dicho año la Junta de Gobierno recién constituida a raíz del derrocamiento de la última dictadura que ha padecido el país (la dictadura del general Marcos Pérez Jiménez) aprueba las ideas de solicitar la colaboración de la Dirección de Asistencia Técnica de las Naciones Unidas, a través de su director, el doctor Herbert Emmerich para que realice un análisis de la Administración Pública venezolana, y presente sus recomendaciones. El informe Emmerich destaca los aspectos más resaltantes de la reforma, en las siguientes líneas:

- a) Necesidad de reorganización gubernamental mediante una definición clara y adecuada de sus funciones.
- b) Necesidad de una simplificación y agilización de los sistemas y procedimientos.
- c) Necesidad de establecer sistemas de control fiscal y sistematización de datos económicos como instrumentos de programación de decisiones para la política gubernamental.

d) Necesidad fundamental de transformación del servicio civil, mediante el establecimiento de una carrera administrativa y el adiestramiento del personal público en los diferentes niveles <sup>2</sup>.

Consecuencia de ello, se crea la comisión de Administración Pública, “para estudiar la organización, los métodos y procedimientos de nuestra Administración Pública y las condiciones del funcionario público, con miras a proponer la reforma de la Administración Pública del país” <sup>3</sup>.

El sistema de gobierno que se instaura a partir de 1958 tiene como sus pilares fundamentales -de sustentación a los partidos políticos, que dentro de un modelo político que se ha definido como “sistema populista de conciliación”, cuyas notas más resaltantes son: a) El papel central del Estado en la generación de la riqueza gracias a la renta petrolera; b) La consiguiente financiación del desarrollo gracias a los recursos del Estado, sin necesidad de recurrir a conflictos distributivos entre los sectores sociales (en palabras de Rey <sup>4</sup>, “no es necesario quitar a un sector social para dar a otro”); c) La creación de una “gran coalición o alianza -en parte expresa, en parte tácita- de grupos sociales diversos y heterogéneos, considerados como claves, basada en el reconocimiento de la legitimidad de los intereses que abarca y la creación de un sistema de negociación, transacciones, compromisos y conciliaciones entre todos ellos, de manera que puedan ser satisfechos, así sea parcialmente” <sup>5</sup> y d) Un sistema de partidos fuertemente organizados y sólidamente presentes en el tejido social, gracias a sus funciones de protección y gestión social, como vía de ascenso económico y social, donde los objetivos utilitarios de preservación de la alianza predominan sobre las expectativas de cambio y profundización democrática.

La relación partidos-Administración Pública adopta en dicho modelo las siguientes características: a) La clientela partidista y las aspiraciones que genera encuentran en la Administración Pública una institución de distribución creciente de cargos que obstaculiza los intentos de racionalización burocrática

---

<sup>2</sup> Cfr. Copre (1990), p. 13.

<sup>3</sup> Decreto N° 287 de fecha 27 de junio de 1958.

<sup>4</sup> REY (1991), p. 546.

<sup>5</sup> REY (1989), pp. 263-264.

de ésta; b) En consecuencia, todo esfuerzo de reforma tiene una limitación estructural en la satisfacción de los intereses clientelares del sistema de partidos y c) La razón político-partidista predomina sobre la razón tecnoburocrática, y a lo más se autoriza una alianza político-burocrática, que dificulta el logro de los objetivos y estrategias de desarrollo que intenta llevar adelante el Estado.

La contradicción reforma administrativas-obstáculos partidocráticos va a permear todos los esfuerzos de modernización del Estado, en estos treinta y cinco años de experiencia democrática, que a su vez, pueden sistematizarse en cuatro etapas:

- **El período 1958-1968:** corresponde a la creación de la Comisión de Administración Pública y la realización de los primeros estudios sistemáticos, usualmente contratados a firmas internacionales, en materia de organización administrativa, sistemas y procedimientos y personal. Si bien, se obtuvieron algunos logros en dichas materias (reorganización de ministerios, capacitación de funcionarios, mejoras en los procedimientos, sistema de administración de personal), al finalizar dicho período estaba claro que la Administración Pública no respondía a los retos que afrontaba el desarrollo del país.

- **El período 1969-1973:** Este período corresponde al proyecto más ambicioso y mejor sustentado técnicamente de reforma de la Administración Pública. Centrado en dos grandes metas, la reorientación del intervencionismo estatal y la inserción de la Administración Pública dentro de una estrategia de desarrollo integral, la reforma se despliega en tres ámbitos fundamentales: La reforma estructural, con el cometido de adecuar los ministerios, institutos autónomos y empresas del Estado a los objetivos de desarrollo económico y social; la reforma funcional, orientada a la tecnificación de los sistemas, métodos y procedimientos, y su adaptación a las nuevas estructuras organizativas y la reforma de la función pública que concluyera en la estructuración del Estatuto de la función Pública.

El ambicioso proyecto tropezó con muchos obstáculos y limitaciones, pese a lo cual se obtuvieron algunos logros relevantes, de los cuales cabe mencionar en primer lugar, la definitiva aprobación de la Ley de Carrera Administrativa el año de 1970, y en segundo lugar, la regionalización y sectorialización de la Administración Pública Nacional.

Los objetivos que habían perseguido (y continúan persiguiendo) a la reforma administrativa desde el año 1958, afloraron de forma más patente y manifiesta en este período. Ellos fueron, fundamentalmente los siguientes:

- Obstáculos de naturaleza política, los cuales pueden subdividirse a su vez en:

a) Obstaculización del Congreso de la República en la no aprobación del conjunto de proyectos de ley contentivos de la reforma, pero son los casos relevantes de los proyectos de: Ley Orgánica de la Administración Pública Nacional, Ley Orgánica de Entidades Descentralizadas, Ley de Procedimientos Administrativos, Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y la Ley de Jurisdicción Constitucional, que así quedaron diferidas para mejor oportunidad.

b) Obstáculos de tipo burocrático-partidista, consistentes en el reparto burocrático de las clientelas partidistas, a través de las redes administrativas del Estado, y su conformación en cheques renuentes a la perturbación de sus privilegios e intereses.

- Obstáculos de naturaleza endógena, es decir, atinentes a tradiciones de rutina administrativa impermeables y hostiles a la innovación modernizante de métodos, sistemas y procedimientos, por parte de los servidores públicos.

- El rechazo de los gremios de los funcionarios públicos a una reforma administrativa enfocada unidimensionalmente dentro de una falsa perspectiva, como un intento sofisticado de reducción del personal al servicio del Estado.

- La conformación de grupos de interés privados que se aprovechan del mal funcionamiento de la administración, al coadyuvar o suplir la ineficacia e ineficiencia de la Administración Pública, patente en los servicios públicos, y por tanto, opositores soterrados a los loables esfuerzos de mejorar el servicio público, en tanto lo perciben como un atentado a los beneficios privados alcanzados a costa de su mal funcionamiento <sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Cfr. BREWER-CARIAS (1980), p. 422 y ss.

- La incapacidad de dar continuidad y estímulo a un funcionario público altamente capacitado y estable con buena remuneración y estatus social reconocido, por parte del Estado venezolano, ha llevado al continuo reclutamiento por parte de la empresa privada, de los funcionarios públicos mejor adiestrados y aptos para llevar adelante la innovación administrativa. Brewer-Carías <sup>7</sup> recogido en estos párrafos, el drama de la ausencia de una burocracia profesionalizada, y sus lamentables consecuencias en la reproducción de la ineficiencia de la Administración Pública:

“La Administración Pública venezolana, a pesar de todos los esfuerzos realizados en las décadas anteriores por establecer sistemas de administración de personal público y una carrera administrativa (servicio civil), puede decirse que no ha logrado desarrollar una auténtica burocracia, compuesta por un cuerpo de funcionarios públicos profesionales y con los mejores niveles de excelencia, seleccionados por sus méritos, con estabilidad y consustanciados con los objetivos y políticas del Estado”.

“En general, al contrario, la función pública en nuestro país se ha caracterizado por ser la antítesis de una burocracia profesionalizada. En la práctica, puede decirse que la función pública no tiene un valor muy alto en la comunidad nacional y el pertenecer al servicio público cada vez más ha dejado de ser una distinción social; los sistemas de reclutamiento y selección no se cumplen efectivamente, y el ingreso se produce por razones circunstanciales de presión del desempleo o por influencias partidistas; no existe una verdadera profesión del servicio público, pues no existe real sentido de permanencia, ni estabilidad ni auténticas perspectivas de ascenso y todo ello, con su gran dosis de ineficiencia, ha impedido que los niveles de remuneración en el sector público sean ni aproximadamente competitivos con los del sector privado”.

“En muchos casos, esto produce un sistema administrativo caracterizado por un círculo permanente de ineficiencia: a los funcionarios públicos, normalmente, nadie los forma, nadie los informa, y a pesar de los esfuerzos de adiestramiento que se hacen, en general, se forman sólo con la experiencia, y con la ineficiencia. Su propia ineficiencia hace ineficiente a la Administración. Pero una vez formados en la experiencia, en general, los funcionarios abandonan la

---

<sup>7</sup> BREWER-CARIAS (1988), pp. 192-194.

Administración, recomenzando el ciclo con nuevos funcionarios que vuelven a ser ineficientes y vuelven a hacer ineficiente a la propia Administración Pública”.

“Nos quejamos de que no tenemos funcionarios suficientemente calificados y capacitados; nos quejamos de que hay un éxodo permanente de los funcionarios calificados de la Administración Pública hacia el sector privado; pero no hemos sido capaces de pensar, realmente, en estructurar una burocracia, en el sentido contemporáneo como la necesitamos, como cuerpo de funcionarios profesionalizados, de los mejores niveles de excelencia, con fines claros, vinculados a los del Estado. Debe destacarse, sin embargo, que ello sólo se ha podido corregir en ciertos sectores de la organización del sector público, provocado por circunstancias particularizadas, como han sido los procesos de nacionalización de ciertas actividades industriales. El ejemplo de la industria petrolera nacionalizada en Venezuela, de nuevo debe destacarse como un esfuerzo por consolidar una burocracia profesionalizada en el sentido mencionado. Un ejemplo de ello ha sido también la administración de la empresa del sistema rápido de transporte (Metro) de Caracas”.

“En todo caso, y salvo casos destacados, esta ausencia de más burocracia profesionalizada es, quizás, una de las causas más importantes de las fallas de funcionamiento de la Administración Pública”.

- **El período 1974-1984:** Frente al entusiasmo, la ambición y el impulso del ensayo de reforma administrativa adelantado por la Comisión de Administración Pública durante el gobierno de Rafael Caldera y de lo cual quedó un monumental proyecto parcialmente realizado y afortunadamente publicado, el año 1972 el Informe sobre la Reforma de la Administración Pública Nacional, amén de un número valioso de monografías especializadas, con el mérito de ser escritas por profesionales venezolanos, el período correspondiente al primer gobierno de Carlos Andrés Pérez y el gobierno de Luis Herrera Campíns, lucen magros y opacos en realizaciones.

En efecto, en el año de 1976 desaparece la Comisión de Administración Pública, a la cual le fue sobrepuesta la Comisión para la Reforma Integral de la Administración Pública (CRIAP), un organismo consultivo y asesor creado el año 1974. La realización fundamental lo constituyó la sanción de la Ley

Orgánica de la Administración Central del año 1976, inspirada en el proyecto de Ley elaborado el año 1972. En virtud de la nueva ley se distribuyó más racionalmente el número y las funciones de los ministerios, que pasaron a diecisiete despachos, derogando así el estatuto Orgánico de Ministerios vigente desde el año 1950, y que contemplaba trece ministerios. Asimismo, se establecieron los gabinetes sectoriales (política interior y de seguridad; política exterior; política económica y social; de la infraestructura física y de los servicios y de coordinación de la deuda externa), se flexibilizó la organización interna de los ministerios que dejó de tener rango legal, y se sistematizó la organización y adscripción de las oficinas presidenciales, con la creación del Ministerio de la Secretaría de la Presidencia, en el cual se subsumieron la Oficina Central de Personal y la Oficina Central de Información, y la adscripción de la Oficina Central de Planificación, la Oficina Central de Presupuesto, la Oficina Central de Estadística y la Oficina Central de Informática, a Cordiplan, cuyo jefe pasó luego a ser Ministro de Estado y se le atribuyó la coordinación de las oficinas centrales de la Presidencia de la República.

Por el contrario, no cristalizó la propuesta de la CRIAP de crear un sistema nacional de empresas del Estado, a la cual se le reprochó que establecía el control por parte de los empresarios privados de las empresas públicas<sup>8</sup>. Quedó en el tapete uno de los retos más significativos de la reforma administrativa, que todavía hoy no tiene solución legal. La regulación de la Administración Pública Descentralizada, cuyos entes proliferaron desde 1974 sin ninguna planificación, en un proceso anárquico que va a tener funestas consecuencias para el desarrollo del país con el irresponsable endeudamiento externo que se inició por ese entonces<sup>9</sup>.

Dos dispositivos legales dictados en este período merecen una mención especial: La Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público aprobada el año 1983, cuyo objeto es la regulación de la responsabilidad de los funcionarios

---

<sup>8</sup> Cfr. REY (1985).

<sup>9</sup> Medítense en el hecho que la distribución porcentual del gasto entre la Administración Central y la Administración Descentralizada se invirtió en tan solo diez años: en 1970 el gasto central conformaba el 70 por ciento del gasto consolidado, frente al 30 por ciento del gasto descentralizado. En 1980, el 80 por ciento del gasto público consolidado correspondía a la Administración Descentralizada, frente al 20 por ciento de la Administración Central. Cfr. BREWER CARIAS (1988), p. 180.

públicos, y cuya real eficacia para combatir la corrupción es debatida en el país, y ha planteado la necesidad de su reforma a la luz de la experiencia acontecida, y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, que de acuerdo a la autorizada opinión de Brewer-Carías <sup>10</sup> es la ley más importante que se ha dictado en relación a la Administración Pública venezolana contemporánea. Dicha ley regula las relaciones entre los poderes de la Administración y los derechos de los particulares, y ha logrado cambiar la actitud tradicional de irresponsabilidad estatal. En palabras de Brewer-Carías <sup>11</sup>:

“Al cambiar totalmente el balance de estos dos extremos y establecer un equilibrio (se refiere el autor al equilibrio que tiene que existir entre poderes y prerrogativas administrativas y derechos de los particulares), la Ley planteó necesariamente un cambio de actitud y de forma y método de actuar de la Administración. Debía cesar la Administración prepotente que concedía dádivas o favores al particular, quien por su parte, no tenía derechos, ni como reclamarlos y era aplastado y a veces vejado por la Administración. Luego de dictada la Ley no es un particular indefenso el que la Administración tiene enfrente, en las relaciones jurídicas, sino un particular bien armado con muchos derechos legales y con muchos mecanismos jurídicos para garantizar esos derechos y controlar cualquier actitud que signifique la desmejora de esas garantías. Por eso la Ley Orgánica obligó a un cambio de actitud y en la forma de relación de los funcionarios con los particulares”.

Dos perniciosos obstáculos males endémicos de nuestro comportamiento administrativo, afloraron en particular énfasis en este período: Uno, la falta de continuidad en los planes de reforma, que luego de iniciados gracias a un esfuerzo valioso en tiempo, dedicación y concentración política, son abandonados y dejados a su suerte, sin una convincente justificación. Tales fueron los casos de la regionalización administrativa adelantada el período anterior, que fue desvirtuada, desnaturalizada y en definitiva abandonada a partir del año 1974, y el lamentable de la Ley de Carrera Administrativa, que había sido aprobada el año 1970, luego de un laborioso proceso de persuasión política, y que fue desvirtuada en su espíritu, propósito y razón, de un “plumazo” por el tristemente célebre Decreto N° 211 del año 1974, gracias a

---

<sup>10</sup> BREWER-CARIAS (1989), p. 451.

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 453.



lo cual se declararon como cargos de alto nivel y de confianza un exagerado número de cargos, que quedaron así excluidos de los beneficios de la carrera administrativa. La vigencia del Decreto N° 211, luego de diecinueve años de haber sido dictado, revela que la clase política se ha mostrado renuente a modificar un cuerpo normativo que estimula el “sistema de botín” y el clientelismo político.

El otro obstáculo digno de mencionar lo constituye el fenómeno denominado por Cova y Hannot<sup>12</sup> como el “síndrome del último año”, consistente en la parálisis administrativa consecuencia de la incertidumbre que genera en el funcionamiento de la expectativa electoral, y las renunciaciones de funcionarios altos y medios, o la retirada de ejecutivos gubernamentales “hacia la campaña”, para evitar, si es el caso, la entrega de sus responsabilidades a los “enemigos tradicionales”, y las eventuales acusaciones de malversación y acciones irregulares de gobierno.

La corrupción administrativa constituye un flagelo que ha atacado duramente el sistema político venezolano, de tal forma que ha sido señalada como uno de los factores fundamentales de su desestabilización y la crisis de legitimidad que lo agobia, patente sobre todo a partir de la crisis política del año 1992. Desde el año 1974 la corrupción creció al unísono del “boom petrolero” y mostró que las estructuras administrativas no sólo no estaban preparadas para afrontarla, sino que incluso la estimulaban. Ella abarca tanto la “alta corrupción”, que tuvo su expresión más grosera en el affaire Recadi durante el gobierno del Presidente Lusinchi (1984-1989), como la “pequeña corrupción” que se presenta de forma atropellante en los intersticios de las redes administrativas del Estado, desde la más insignificante oficina hasta las altas esferas gubernamentales, y que ha originado la aparición de una nueva expresión en el léxico político venezolano, “el bajarse de la mula”. En conclusión, desde fines de los años setenta, ha constituido prioridad de la reforma administrativas (y no sólo de la reforma judicial), la invención de mecanismos institucionales para luchar contra ella y tratar de evitar, o por lo menos paliar, sus perniciosos efectos.

**- Desde 1984 hasta la actualidad:** El Decreto N° 403 del 17 de diciembre de 1984 representa un viraje de indiscutible significación en el abordaje de la

---

<sup>12</sup> COVA y HANOOT (1984), p. 275.

reforma administrativa venezolana. En dicha fecha se crea la Comisión Presidencial para la Reforma del Estado (Copre) que desde entonces ha modificado los objetivos y estrategia de la reforma administrativa. A mi entender, son dos los elementos que definen una nueva percepción de la reforma:

En primer lugar, su carácter totalizante, integral, donde la reforma administrativa es un aspecto, sin duda, de la mayor importancia, de la reforma del Estado. El Estado, obviamente, no se agota en la administración, intentando la Copre ir a sus raíces, su configuración peculiar en Venezuela, sus problemas de gobernabilidad, sus relaciones con el ciudadano y la sociedad civil, y su inserción en el moderno concierto internacional y los retos que le impone, para, a partir del diagnóstico, plantear entonces un Proyecto de Reforma Integral del Estado (PRIE).

Las líneas maestras del PRIE son las siguientes:

- a) Las reformas políticas, orientadas a elevar la calidad de la representación y la participación en el sistema político;
- b) La descentralización, no sólo política sino también administrativa del Estado;
- c) El fortalecimiento del Estado de Derecho, concebido como garantía real de las libertades y que cada sector social pueda disponer de un horizonte confiable de sus actividades;
- d) La profesionalización de la función pública, para que ésta atienda fundamentalmente a criterios de mérito, y no clientelares, partidistas y grupales;
- e) El diseño de lineamientos estratégicos claros en materia de políticas públicas, a fin de que el Estado eleve la calidad de su contribución en beneficio de la sociedad civil y el ciudadano. Se identificaron así, cinco áreas de estudios: económica, social, educativa, ciencia y tecnología y cultura <sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> Cfr. Copre (1988), pp. 11 y ss.

Junto a esta ambiciosa tarea, la Copre se propuso presentar fórmulas concretas, de implementación al corto plazo, las denominadas “propuestas para reformar políticas inmediatas”<sup>14</sup>, fundamentalmente atinentes a los partidos, el sistema electoral, y la descentralización política, en dos aspectos, la elección directa de los gobernadores de los estados y la reforma del régimen municipal. Además, se pretendía que las reformas inmediatas coadyuvarían a la aceleración de la totalidad de la reforma.

Y en segundo lugar, el rango destacado que asume lo político dentro de la estrategia de la Copre. Ello se expresa en cuatro aspectos: Primero, la integración pluralista de la Copre, gracias a la cual se dan cabida en ella, desde un primer momento, no sólo a personalidades representativas de los partidos políticos, sino también del variado espectro de la sociedad civil, evitándose en su seno, sin embargo, una suerte de integración corporativa; segundo, la amplia consulta que ha llevado adelante la Copre, donde el debate sobre los objetivos políticos nacionales ocupa un primer rango de su acción; tercero, la importancia que se concede a las reformas políticas como factor desencadenante de las otras reformas planteadas, a la luz del poco éxito de los ensayos de reforma administrativa, que no alcanzaron plenamente sus objetivos, al no contar con suficiente apoyo político, tanto en su fase decisional como en su fase de implementación y cuarto, la asunción por parte de la Copre de una suerte de rol como “actor virtual” del proceso político, centro de encuentro y debate, en tanto autogeneradora y procesadora de demandas en pro de los objetivos de la reforma.

Un balance preliminar de los nueve años de funcionamiento de la Copre nos muestra logros, retrasos y fracasos. Dentro de los logros, quisiera resaltar dos: uno, el hecho de que el estilo de ofertar sus propuestas ha posibilitado que ellas se coloquen, independientemente de su éxito, como temas prioritarios de la agenda política nacional. Tales han sido los casos, a título ilustrativo, de la incorporación del principio uninominal en el sistema electoral, la democratización de los partidos y la modificación del sistema de gobierno con la incorporación de la figura del Primer Ministro ejecutivo. Con ello, han ganado en penetración y han alterado a los “porteros” del sistema, renuentes a los cambios innovadores; pero también han perdido en eficacia. en palabras de dos

---

<sup>14</sup> Vid. Copre (1986).

de los más importantes impulsores de la Copre, su expresidente Blanco y el asesor Marta Sosa <sup>15</sup>: “En la experiencia fue imprescindible asumir dicha reforma como un proceso ‘masivo’, simultáneo e integral. Esto le dio dificultades de manejo y complicó su cronograma y el control de su agenda de prioridades”.

Y dos, el proceso de descentralización política y administrativa que se abrió en el país con la elección directa de los gobernadores de los estados (1988) y la aprobación de la Ley Orgánica de Régimen Municipal (1989) que establece la elección directa de los alcaldes, y la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público (1989). Si bien el proceso político que llevó a esta reforma fue complejo, donde intervinieron muchos actores y factores, el papel de la Copre fue central como motorizador fundamental de ella.

Dentro de los fracasos, cabe mención especial, en relación con nuestro tema, que muy poco es lo que se ha avanzado en materia de reformas de la función pública, pues no ha pasado de la creación formal del Instituto de la Alta Gerencia Pública, sin ninguna concreción efectiva, y el intento frustrado de reformar la Administración central, con el redimensionamiento de los ministerios en aras del logro del fortalecimiento de su capacidad decisoria.

Por lo demás, el esfuerzo al que más atención dedicó la Copre a partir del año 1990, consistente en la laboriosa elaboración de un Pacto para la Reforma, una suerte de gran acuerdo nacional compromisario de reformas de corto y mediano plazo, por parte de los partidos y el gobierno nacional, con el aval de sectores representativos de la sociedad civil, que no habían podido avanzar suficientemente desde el año 1984. Pacto que fue suscrito formalmente en Caracas el 4 de diciembre de 1990, terminó siendo un estruendoso fracaso, ante la falta de voluntad política de los suscritores, reveladora de las dramáticas carencias de concertación que sufre el sistema político venezolano.

### III. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Los ensayos de reforma administrativa no han avanzado, definitivamente, con el suficiente impulso en estos treinta y cinco años de vida democrática. Los

---

<sup>15</sup> BLANCO y MARTA SOSA (1992), p. 193.

obstáculos que hemos reseñado constituyen rémoras perniciosas que afloran constantemente para frustrar las mejores intenciones. Tal vez, el paso más significativo que se ha dado en este ya largo período -el sentar las bases del proceso de descentralización política y administrativa- abra una esperanza de cambio en la consolidación de un servicio civil acorde con las necesidades del país. No obstante, este proceso en sí mismo no nos debe animar en excesivas expectativas e ilusiones. En efecto, si no cambian los patrones culturales respecto al Estado, y sus relaciones con la sociedad civil y el ciudadano, es poco lo que se habrá logrado, es más, estaríamos potenciando un síndrome que hasta hoy ha sido centralista, a la complejidad de la multiplicación de problemas y obstáculos a nivel nacional y local. Por lo demás, el sistema descentralizado será puesto próximamente a prueba, con el traslado de competencias y la formación de las consiguientes burocracias, en dos áreas en que el Estado central ha mostrado grandes deficiencias: la educación y la salud.

La crisis fiscal del Estado y la nueva realidad post-populista, constituyen retos que desafían la imaginación más poderosa. El estado que en Venezuela resultó grosera y exageradamente intervencionista, no tiene otra alternativa, frente a los graves cuestionamientos de legitimación que se le achacan, que redimensionarse y reducir sus cometidos, para ser más eficaz y eficiente. Entonces, el estatuto del funcionario público, la formación de un servicio civil capaz y prestigioso en la valoración social, cobra una indiscutible importancia. La crisis del populismo (la cultura populista, el Estado populista y los partidos populistas), y sus consecuencias sociales, han lacerado la conciencia de la gente. Las cosas no pueden seguir igual. Es un doloroso punto de partida, pero punto de partida al fin, para recomenzar de nuevo. La reforma de la Administración Pública en función del desarrollo cobra una renovada importancia, repito, en el redimensionamiento de un Estado acorde con las nuevas y exigentes realidades.

#### REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

BLANCO, Carlos y MARTA SOSA, Joaquín: "Reforma del Estado para fortalecer la democracia (la experiencia venezolana)", en Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (Clad): **Coloquio Técnico**. Madrid, enero de 1992, pp. 185-194.

**BREWER CARIAS, Allan: Estudios sobre la Reforma Administrativa.** Caracas, 1980.

**BREWER CARIAS, Allan: El Desarrollo Institucional del Estado Centralizado en Venezuela (1899-1935) y sus Proyecciones Contemporáneas.** San Cristóbal, 1988.

**BREWER CARIAS, Allan: Problemas del Estado de Partidos.** Caracas, 1988.

**BREWER CARIAS, Allan: "Evolución Institucional de Venezuela 1974-1989",** en VV.AA.: **Venezuela Contemporánea, 1974-1989.** Caracas, pp. 323-561.

**COMISION PRESIDENCIAL PARA LA REFORMA DEL ESTADO: Propuestas para Reformas Políticas Inmediatas.** Caracas, 1986.

**COMISION PRESIDENCIAL PARA LA REFORMA DEL ESTADO: Propuestas para Reformas Políticas Inmediatas.** Caracas, 1986.

**COMISION PRESIDENCIAL PARA LA REFORMA DEL ESTADO: La Reforma del Estado. Proyecto de Reforma Integral del Estado.** Caracas, 1988.

**COMISION PRESIDENCIAL PARA LA REFORMA DEL ESTADO: Antecedentes de la Reforma del Estado.** Caracas, 1990.

**COVA, Antonio y HANNOT, Tamara: "La Administración Pública: otra forma de ver a una villana incomprendida".** en Moisés Njaim y Ramón Piñango (eds.): **El Caso Venezuela: Una Ilusión de Armonía.** Caracas, 1984, pp. 258-286.

**REY, Juan Carlos: "Crisis y reforma del Estado",** en **Resumen.** Caracas, febrero 1985.

**REY, Juan Carlos: El Futuro de la Democracia en Venezuela.** Caracas, 1989.

**REY, Juan Carlos: "La democracia venezolana y la crisis del sistema populista de conciliación",** en **Revista de Estudios Políticos** (74, pp. 533-578). Madrid, 1991.

**Las disposiciones constitucionales  
en materia del trabajo.  
Propuestas para su reforma**

Fernando Parra Aranguren

Revista de la Facultad de Derecho, N° 49  
Universidad Católica Andrés Bello  
Caracas, 1994





1.- El Preámbulo de la Carta Fundamental proclama “como uno de los propósitos fundamentales de la nación venezolana: proteger y enaltecer el trabajo, amparar la dignidad humana, promover el bienestar general y la seguridad social; lograr la participación equitativa de todos en el disfrute de la riqueza según los principios de la justicia social, y fomentar el desarrollo de la economía al servicio del hombre (...) enunciado (...) desarrollado más específicamente en normas positivas de rango constitucional en los capítulos IV y V del título III (De los deberes, derechos y garantías) de la Constitución que tratan, justamente, de los derechos sociales y de los derechos económicos, respectivamente” (Fernández, 1979, pp. 200-201) <sup>1</sup>.

2.- En relación con lo expuesto caben dos consideraciones:

A.- No todos los preceptos sobre la materia, incluidos en la Carta Magna, tienen tal rango. Lo poseen sólo aquellos contentivos de postulados básicos. Los otros

---

<sup>1</sup> Estas notas se fundamentan en una conferencia dictada -el 30 de enero de 1992- en el ciclo **La Revisión Constitucional: Análisis y Propuestas**, organizado por la Procuraduría General de la República. Las ideas expuestas son sugerencias que el autor somete a la consideración del Congreso de la República en la oportunidad de la discusión del proyecto de “enmienda-reforma” constitucional preparado por la Comisión Bicameral respectiva. En otras palabras, no se refieren a temas tratados por ésta, aun cuando están vinculados a algunos que sí lo fueron. El derecho de asociación, la prohibición de militancia política de los jueces, el referéndum, el control de las finanzas de los partidos políticos, entre otros, están íntimamente relacionados con algunos de los puntos mencionados: el derecho de sindicación, el apoliticismo de los dirigentes sindicales y la implantación del orden democrático en las organizaciones de trabajadores. *El autor no se refiere a la interrogante de si deben o no permanecer los denominados derechos sociales en el texto constitucional pues piensa que -con razón o sin ella- el tema no será ni siquiera objeto de discusión. La materia fue planteada en conferencias dictadas el año pasado, con motivo de los treinta años de la Constitución, por Emeterio Gómez -La Constitución de 1961 y la creación de una economía competitiva- y Angel E. Alvarez Díaz, Derechos sociales y reforma del sistema económico en la Constitución del 61, ambas difundidas en la Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1993, N° 88, pp. 49-64 y 13-25, respectivamente.*

-expresivos de “objetos extraños por su naturaleza al campo constitucional”- se suelen incluir por dos razones: considerar “que dan con ello una máxima significación a las preocupaciones, a las aspiraciones que se destacan con mayor fuerza en la colectividad” y por “el propósito de privar a la jurisdicción de los congresos ordinarios los principios fundamentales del Estado”. Esto es, asegurarles la supremacía por sobre todas las otras decisiones provenientes de los poderes constituidos (Oropeza, 1971, pp. 151-152).

B.- Las normas laborales no se encuentran exclusivamente en los capítulos IV y V del Título III. En los capítulos II y III del mismo hallamos reglas de tal naturaleza, como es el caso de los dispositivos contenidos en los artículos 54 y 70, referidos al deber de trabajar de toda persona apta y al derecho de asociarse en conformidad con la ley, respectivamente.

#### EL TRABAJO COMO DEBER

3.- La redacción del Preámbulo (“proteger y enaltecer el trabajo”) luce incorrecta. Conforme se indicará posteriormente, el trabajo no es el objeto de la tuición: lo es el trabajador. El propósito de la Constitución, en esta materia, debería limitarse a “enaltecer el trabajo” (*infra* 13).

Con esta mira, el artículo 54 lo consagra obligación “de toda persona apta para prestarlo”. Por ello, todos los habitantes de la República tienen el deber jurídico de laborar si están capacitados para ello y la comunidad posee la facultad de exigir el cumplimiento de tal deuda.

4.- Esta norma permite las siguientes observaciones:

A.- Pudiera completarse agregándole la frase “de conformidad con las leyes”. Correspondería a éstas determinar los supuestos en los cuales una persona deja de estar capacitada para prestarlo, uno de ellos, indudablemente, el satisfacer los requisitos necesarios para disfrutar del beneficio de la jubilación.

B.- Este no lo menciona la Constitución de 23 de enero de 1961. La Enmienda N° 2, de 26 de marzo de 1983, subsana parcialmente esta falla al ordenar regularlo “en una Ley Orgánica a la cual se someterán todos los funcionarios

o empleados públicos al servicio de la administración central o descentralizada de la República, de los estados o de los municipios” (Artículo 2) <sup>2</sup>.

5.- En relación con este precepto constitucional -y con la ley de la materia, de 10 de junio de 1986- puede señalarse:

A.- Deja fuera de su ámbito de validez a los prestadores de servicios del sector privado, quienes quedan sometidos al sistema de seguridad social o a planes de jubilación propios, creados bilateral o unilateralmente.

B.- No unifica la normativa vigente en el país tendente a regular el beneficio. Un estudio sobre la existente para 1987 permitió afirmar la necesidad mínima de crear una política general de jubilación para establecer un sistema único de protección a la totalidad de los trabajadores y a sus familiares (Mosquera de Arnal, 1990, pp. 563-564) <sup>3</sup>.

6.- Secuela de lo expuesto es el divorcio existente entre el deber ser normativo y la realidad social reglada: una persona puede disfrutar del beneficio de la jubilación a temprana edad. Si no presta más sus servicios personales, incumple la norma en cuanto es sujeto habilitado para el trabajo. Si reingresa al mercado laboral, ello produce, al menos, dos consecuencias: compete deslealmente -por su preparación y experiencia- con la población joven y la Hacienda Pública está obligada a pagar pensiones de jubilación a individuos capacitados (*ibidem*, p. 565).

7.- Esta situación llevó al doctor José Muci-Abraham a dirigirse a la Corte Suprema de Justicia, el 5 de abril de 1983, solicitando la nulidad del artículo

---

<sup>2</sup> El 19 de marzo de 1992, en la oportunidad de la jubilación de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, Pedro Alid Zoppi y Cipriano Heredia Angulo, el presidente de la Comisión de Asuntos Sociales de la Cámara de Diputados, entre otras afirmaciones, señaló que se “había nombrado una Sub-Comisión Especial (...) con la intención de preparar una Ley de Jubilación para todos los trabajadores venezolanos al servicio del Estado”, con lo cual se excluye del ámbito de validez de la misma no sólo a quienes prestan sus servicios al sector privado, sino también a quienes, no siendo venezolanos, tienen al Estado como empleador (Zambrano, 1992, p. 2, destacado nuestro).

<sup>3</sup> El mismo declarante mencionado en la nota anterior indicó que la finalidad de la Ley de Jubilación en estudio era “acabar con la discriminación que actualmente existe en Venezuela en esta materia” (la de los trabajadores nacionales al servicio del Estado). Sobre la necesidad de legislar sobre el tema se expresaron además, los senadores Mercedes Pulido de Briceño y Rubén Lanz y los diputados Rafael Elinio Martínez y Herny Bencid (Zambrano, 1992, p. 2).

56 del Reglamento del Fondo de Previsión, Pensiones y Jubilaciones de Empleados del Banco Central de Venezuela mediante el cual se facultó al Presidente de ese organismo “para otorgar pensiones de jubilación a aquellos empleados con más de quince (15) años de servicio al Instituto, **aun cuando no reúnan los demás requisitos previstos en este Reglamento**” (consultado en fotocopia del original, p. 1).

“No resulta difícil advertir -apuntó el solicitante- que, con arreglo a esta disposición reglamentaria, quien hubiera comenzado a prestar sus servicios al Banco Central de Venezuela a los dieciocho (18) años podría hoy, **ex hypothesis**, a los treinta y tres (33) años de edad, ser jubilado por disposición del Presidente del Banco” (*idem*) lo cual lastima “gravemente la disposición del artículo 54 de la Constitución de la República, lo que hace que dicho artículo 56 reglamentario sea nulo, de nulidad absoluta e insanable, por inconstitucional, y así pido que lo declare el más alto Tribunal de la República” (*ibidem*, p. 3).

8.- Sin embargo, el caso planteado por el doctor Muci-Abraham no es una situación de excepción: a título de ejemplo, puede citarse el de los senadores y diputados al Congreso Nacional quienes pueden jubilarse luego de tres períodos que, en oportunidades, no cumplen por cuanto ejercen cargos en el Poder Ejecutivo, con lo cual compiten deslealmente con los funcionarios de esta rama, cuyos requisitos de jubilación son diferentes; el de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, quienes pueden disfrutar del mismo luego de un período; y, en general, el de la mayoría de los sistemas vigentes, los cuales se limitan a exigir una antigüedad de veinticinco años: ello permite -en teoría- acceder al beneficio a la edad de cuarenta y tres años (ver nota 2).

## EL DERECHO DE ASOCIACION

9.- El artículo 70 de la Constitución -incluido en el Capítulo III (De los derechos individuales) del Título III- consagra “el derecho de asociarse con fines lícitos, en conformidad con la ley”. Sería más lógico -hemos afirmado en oportunidades anteriores- englobar, como lo hacía el Proyecto, el derecho de asociación y el principio pluralista en el artículo inicial del capítulo correspondiente a los derechos sociales pues la asociación es un fenómeno de esta índole. El criterio

del proponente, el hoy Senador Vitalicio Rafael Caldera, no fue aceptado por la mayoría: éste consideró se trataba de un derecho individual y, como tal, no podía figurar entre los sociales. En consecuencia, el artículo fue dividido en dos: uno comprendido en el de los derechos individuales y otro, en el de los sociales (Parra Aranguren, 1991 a, pp. 332-333 y 1979, pp. 866-868).

Desde el punto de vista laboral esta disposición tiene importancia porque el constituyente no reconoció expresamente el derecho de sindicación. Este, como consecuencia, devino “una especie del de asociación con fines lícitos, garantizado por el artículo 70 del texto constitucional, cualesquiera sean las desemejanzas que la doctrina señale en la naturaleza jurídica de ambos derechos” (Parra Aranguren, 1979, p. 868).

10.- Esta oportunidad de la reforma constitucional permite repensar el doble problema planteado: el de la ubicación de la disposición consagratoria del derecho de asociación y el del reconocimiento del de sindicación, tema al cual nos referiremos posteriormente (*infra* 22).

## EL DERECHO AL TRABAJO Y LA LIBERTAD DE TRABAJO

11.- Están incluidos en el capítulo dedicado a los “derechos sociales”, así denominados por orientarse a reconocer y amparar “los grupos humanos (...) que favorecen una convivencia organizada y justa” y por “imponerle al Estado la obligación de crear servicios y garantizar con leyes pertinentes la participación efectiva de todos en el goce de los derechos individuales y muy especialmente en la riqueza del país” (Oropeza, 1971, p. 278). Esto es, caracterizados por postular “el reconocimiento de las asociaciones (...) en las que el hombre se integra para el mejor desarrollo de su personalidad” y por tener como finalidad “proteger a las clases menos favorecidas en su condición social y económica” (*ibidem*, p. 277).

12.- Todas las disposiciones del capítulo relacionadas con la materia, fue señalado, no tienen rango constitucional. Entre las que lo poseen, se encuentran el derecho a trabajar de toda persona apta y la libertad de hacerlo, entendida como “la ausencia de trabas para el ejercicio de la actividad laboral” (Caldera, 1961, p. 14).

Frente a la facultad de los sujetos activos, la norma no le impone al Estado el deber jurídico de suministrarlo pues implicaría correr “el riesgo de asentar una afirmación **justa** pero no totalmente realizable” en 1961 (*ibidem*, p. 13, destacado nuestro). La obligación de suministrar trabajo fue reemplazada por la de “procurar” su obtención en condiciones que le permitan al ocupado una subsistencia digna y decorosa.

Sin embargo, en los últimos treinta años, el gobierno no ha desarrollado una actividad dirigida a satisfacer el mínimo deber que le impuso la regla constitucional. Pudiera predicarse -como de ciertas empresas del Estado- que la situación es inauditable. El país no ha tenido una política económica uniforme. Han existido planes, no necesariamente continuativos los unos de los otros; pero no han sido ejecutados ni evaluados: lo nacionalizado hace quince años, se privatiza hoy, quizá para volverlo a nacionalizar mañana.

En vista de este incumplimiento gubernamental, puede ser ésta la oportunidad para especificar y más este deber jurídico con miras a facilitar su exigibilidad y sanción, o, por el contrario, limitarse a señalar: “Toda persona apta debe tener derecho a un trabajo que le proporcione una subsistencia digna y decorosa. La libertad de trabajo sólo estará sometida a las restricciones establecidas legalmente”.

## EL PRINCIPIO PROTECCIONISTA

13.- El artículo 85 de la Carta Fundamental señala: “El trabajo será objeto de protección especial”, afirmación hecha también en el Preámbulo (“proteger y enaltecer el trabajo”). En ambos casos, la redacción luce incorrecta.

A.- En el Preámbulo, fue indicado, porque el objeto de la Constitución debería limitarse a “enaltecer” el trabajo con miras a ordenar el Estado (*supra* 3).

B.- En el artículo 85 porque el trabajo no es el objeto de la protección. El derecho laboral surgió con la finalidad de tutelar al trabajador, en tanto hiposuficiente jurídico. “Los sujetos de la relación jurídica laboral -hemos sostenido- por no ser iguales carecían de igual poder de negociación y, en consecuencia, era imposible dejar a la autonomía de la voluntad la determinación de los términos de su interdependencia. Era necesario crear nuevos preceptos

de derecho -los del trabajo- con miras a proteger al asalariado pues los civiles -reguladores de relaciones de coordinación (cooperación) y de justicia conmutativa- no podían continuar reglando esta clase de vínculos” (Parra Aranguren, 1990 b, p. 190).

14.- El contenido del artículo 85 favorece nuestra posición: la protección al trabajador -señala- debe actualizarse a través de los principios de intervención legal y de irrenunciabilidad.

A.- “La ley -reza la regla constitucional- dispondrá lo necesario para mejorar las condiciones materiales, morales e intelectuales de los **trabajadores**” (destacado nuestro) y, en artículos posteriores, menciona concretamente los más importantes aspectos de dicha intervención: régimen de descansos, salario, estabilidad, etc.

B.- “Son irrenunciables por el **trabajador** -continúa el artículo en estudio- las disposiciones que la ley establezca para **favorecerlo o protegerlo**” (destacados nuestros).

C.- En otras palabras, la tuición a los **trabajadores** se manifestará mediante el establecimiento de la normativa requerida para mejorar sus condiciones y de la irrenunciabilidad de las disposiciones dirigidas a **ampararlos**.

D.- Cabe recordar, además, el contenido de la preceptiva sobre la materia en las Constituciones de 1936 y 1947. El artículo de la última reproducía, con pequeñas variantes el de aquélla: “La ley dispondrá lo necesario para la mayor eficacia, responsabilidad y estímulo del trabajo, regulándolo adecuadamente y **estableciendo la protección que deberá dispensarse a los trabajadores...**” (Artículo 62, equivalente al 32, 8º, segundo párrafo, de la de 1936, mantenido, con la misma numeración, en la reforma de 1945. Destacado nuestro).

E.- A la misma conclusión lleva el análisis del dispositivo del artículo 93: “La mujer y el menor **trabajadores** serán objeto de protección especial”. No ordena amparar el trabajo de tales prestadores de servicios, sino a éstos en cuanto tales.

F.- El concepto de **trabajador**, empero, debe entenderse en sentido amplio: no puede limitarse a quienes ponen a la disposición de otros sus servicios

personales subordinados, pues esta característica -comprensible en el inicio de la legislación laboral- es inaceptable en la época actual.

15.- El cambio que proponemos, sin embargo, no puede circunscribirse a modificar la redacción del artículo e indicar: "La ley protegerá a los trabajadores", pues ello limitaría nuestro campo de acción al de la relación individual de trabajo. Sugerimos incluir en la protección tanto a los prestadores de servicios como a las organizaciones creadas por éstos y por los empleadores. La de aquéllas porque deberían ser los únicos sujetos de las relaciones colectivas por el sector laboral y la de ambas por orientarse a satisfacer los objetivos previstos en el ordenamiento jurídico, esto es, "el estudio, desarrollo y protección de los intereses profesionales o generales de los trabajadores y de la producción, según se trate de sindicatos de trabajadores o de patronos, y el mejoramiento social, económico y moral y la defensa de los derechos individuales de sus asociados" (Ley Orgánica del Trabajo, 1990, artículo 407) <sup>4</sup>.

16.- Pueden formularse, además, otras consideraciones en torno al principio de irrenunciabilidad:

A.- Debería eliminarse la mención a "la ley" con miras a delimitar claramente su campo de acción. Esto es, son irrenunciables todos los derechos de los trabajadores, independientemente de su origen: heteronómicos o autonomía de la voluntad.

B.- A fin de evitar el debate relacionado con la contingencia de la transacción y de la conciliación, podría permitirse -conforme lo hace la Constitución de

---

<sup>4</sup> En este mismo sentido se expresó la Corte Suprema de Justicia, en Pleno, en sentencia de 27 de abril de 1993. En este sentido afirmó: En síntesis, de acuerdo con los conceptos expuestos, la correcta inteligencia del artículo 85 de la Constitución de la República, en concordancia con los artículos 70, 72 y 90 del mismo texto, es la siguiente: Todos los individuos (y, por ende, los trabajadores) tienen derecho a asociarse con fines lícitos, dentro de los límites establecidos por la Ley. Las asociaciones formadas por los trabajadores -y por extensión, las formadas por personas que ejerzan profesiones u oficios no dependientes-, con miras a defender su interés colectivo, se denominan sindicatos, los cuales pueden, a su vez, constituir Federaciones, y éstas Confederaciones, con personalidad jurídica reconocida y protegida por el Estado, quien, mediante la Ley les otorga protección especial y crea los instrumentos adecuados para garantizarla. Las relaciones colectivas en que participen las asociaciones sindicales de cualquier grado (Sindicatos, Federaciones, Confederaciones), o los grupos de trabajadores, serán preferidas a las individuales en cuanto tiendan 'a la mejor realización de la persona del trabajador, al mayor beneficio del mismo y de su familia y al desarrollo económico y social de la Nación' " (pp. 19-20).



Colombia de 1991- la posibilidad de transigir y conciliar derechos inciertos y discutibles (artículo 53).

17.- En resumen, sugerimos el siguiente texto: “Se protegerá a los trabajadores y a las organizaciones que éstos y los empleadores organicen. La ley dispondrá lo necesario para mejorar las condiciones de los trabajadores. Estos no podrán renunciar los derechos creados para favorecerlos, aun cuando podrán transigir y conciliar expectativas de derecho de conformidad con el ordenamiento jurídico”.

#### PRINCIPIOS REGULADORES DE LA RELACION INDIVIDUAL DE TRABAJO

18.- Los artículos 86, 87, 88 y 89 de la Carta Fundamental mencionan “los más importantes aspectos de la legislación (individual) de trabajo” (Caldera, 1961, p. 15). Sus contenidos no son propios de reglas constitucionales, aun cuando se ha pretendido justificar su ubicación en este nivel normativo (*supra* 2 A). Además de las razones indicadas, se aduce, para perpetuarlos, la tradición nacional creada a partir de 1936. Ese año, el Congreso -al enunciar las principales instituciones que debía contener la legislación laboral- hizo “una escogencia caprichosa, lo que dio a esta parte de la Constitución un aspecto de redacción fragmentaria y empírica, que hasta en algún punto contradecía disposiciones legales aprobadas por el mismo Congreso en la Ley del Trabajo” (Caldera, 1960, p. 170). Este criterio fue mantenido tanto en la reforma de 1945 como en el texto de 1947.

19.- Si se parte de la idea de conservar estas disposiciones en la Constitución, el artículo 88 (“La ley adoptará medidas tendientes a garantizar la estabilidad en el trabajo y establecerá las prestaciones que recompensen la antigüedad del trabajador en el servicio y lo amparen en caso de cesantía”) debe ser modificado en los siguientes términos:

A.- “La ley garantizará la estabilidad en el trabajo”, esto es, determinará los beneficiarios de este privilegio. La Ley Orgánica del Trabajo prohíbe despedir sin justa causa a “los trabajadores permanentes que no sean de dirección y que tengan más de tres (3) meses al servicio de un patrono”; regula el supuesto de los contratos a término; y exceptúa del privilegio a los “trabajadores temporeros, eventuales u ocasionales y domésticos” (artículo 112).

La estabilidad no es una novedad en el derecho patrio: está consagrada tanto en las leyes orgánicas que reservan al Estado la Industria y el Comercio de Hidrocarburos (artículo 24) y de Educación (artículos 82 y 83) como en la Ley de Carrera Administrativa (artículo 17). Creemos, además, está contemplada en el artículo 112 de la Ley Orgánica del Trabajo (Parra Aranguren, 1991 a, p. 370, nota 39 y Duque Corredor, 1991, N° 10.1, p. 144).

Este derecho debe entenderse en sentido amplio. Esto es, comprensivo de la facultad del laborante de recibir adiestramiento continuo como requisito básico para su permanencia y promoción en el empleo (Hernández Alvarez y Villasmil, 1988, p. 105).

B.- Además, la ley determinará:

a.- “Las causas de terminación de la relación de trabajo”, entre las cuales, insistimos, debe mencionarse expresamente el beneficio de la jubilación. Este debe ser reglado y la norma constitucional debe establecer los parámetros de un régimen jubilatorio único (para el sector público y el privado). Entre otros, la conjunción de la edad y los años de servicio como razón de ser del beneficio, la obligatoriedad de contribuir, y la imposibilidad de disfrutar de más de una jubilación o de una jubilación y un cargo remunerado (ver notas 1 y 2).

b.- “Las prestaciones correspondientes al trabajador” en los supuestos de conclusión de la relación laboral.

#### REGLAMENTACION DE LAS RELACIONES COLECTIVAS DE TRABAJO

20.- La normativa vigente está incluida en tres artículos dedicados a las negociaciones y convenciones colectivas, los sindicatos, y el derecho de huelga. El contenido de tales disposiciones no está correctamente expresado y, por ende, sugerimos su modificación:

21.- “La ley favorecerá las relaciones colectivas de trabajo”, esto es, dará preferencia a éstas sobre las individuales. Esta orden -en concordancia con el principio proteccionista- expresa el modo de actualizarlo: el Estado establecerá una protección mínima; pero no corresponderá a las organizaciones de

se le compara con el derecho real sobre un bien corpóreo, accesible a los sentidos"; y, por tanto, es preciso "dar cuerpo a este elemento invisible de la obligación"<sup>131</sup>.

Según advierte Savigny, "es de la esencia de la obligación referirse a dos personas distintas: para la una constituye una extensión de la libertad, el imperio sobre una voluntad extraña; para la otra, una restricción de la libertad, la sumisión a una voluntad extraña"<sup>132</sup>; y aun cuando el Derecho romano clásico no examinó el problema de la ley aplicable a las obligaciones, resulta posible utilizar con esta finalidad sus propias reglas para determinar la jurisdicción, habida cuenta del "estrecho lazo que existe entre la jurisdicción y el Derecho Local"<sup>133</sup>.

100. En consecuencia, la sumisión presunta, que determina la jurisdicción, permite también localizar la obligación en el espacio y determinar el derecho aplicable que, a menos de manifestación expresa en contrario, no es otro sino el lugar establecido voluntariamente para su ejecución, por cuanto "la necesidad de un acto impuesto a la persona del deudor constituye la esencia de la obligación"; a falta de esa fijación, por el lugar donde la obligación nace y, en última instancia, por el domicilio del deudor<sup>134</sup>. Este criterio también es utilizable para localizar las obligaciones sinalagmáticas, donde ambas partes figuran como deudoras, porque se trata de deudas distintas que pueden ser reguladas en forma independiente, a pesar de su unión artificial motivada por los estrechos vínculos existentes entre ellas<sup>135</sup>.

101. No obstante, la capacidad personal del acreedor o del deudor se rige por la *lex domicilii*; la interpretación de los actos jurídicos, principalmente de los contratos, constituye una simple cuestión de hecho, a decidirse con vista de las circunstancias del caso concreto por cuanto sólo se trata de averiguar la voluntad de las partes; y la validez formal del contrato depende también de la regla *locus regit actum*<sup>136</sup>.

<sup>131</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 369, pp. 200-201.

<sup>132</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 369, pp. 201-202.

<sup>133</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 372, pp. 246-248.

<sup>134</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 369, pp. 201-202.

<sup>135</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 372, pp. 246-248.

<sup>136</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 374, pp. 263-275.

102. Por otra parte, la competencia de la *lex obligationis* sufre “una excepción muy importante” cuando contradice una ley de naturaleza positiva, rigurosamente obligatoria, como sucede con las leyes que prohíben las estipulaciones de intereses usuarios, las deudas de juego, o la compra de acreencias por menos de su valor nominal <sup>137</sup>.

103. La sucesión consiste en la transmisión de un patrimonio a otras personas después de la muerte de su propietario; y representa una extensión de su voluntad más allá de la vida, que se manifiesta en forma expresa (sucesión testamentaria), o de manera implícita (sucesión *ab intestato*). Por tanto, se trata de una relación jurídica conectada en forma inmediata y directa con la persona del difunto, que tiene su asiento en el domicilio del causante al tiempo del fallecimiento y el cual determina la ley aplicable a la sucesión <sup>138</sup>.

104. Sin embargo, la capacidad personal tanto del testador como de las personas llamadas a adquirir por sucesión, en todo o en parte (herederos o legatarios) depende, en principio, de la ley de su respectivo domicilio; la regla *locus regit actum* también regula la validez formal del testamento; y las leyes de naturaleza positiva, rigurosamente obligatoria, descartan la aplicación de la *lex sucessionis* <sup>139</sup>.

105. Las consideraciones religiosas y motivos de orden político, que ejercen poderosa influencia en el Derecho de Familia, explican la existencia de numerosas leyes de naturaleza positiva, rigurosamente obligatorias, que deben ser respetadas por el Juez; y que representan importantes excepciones a la aplicación del derecho declarado competente a través del asiento de la respectiva relación jurídica de naturaleza familiar <sup>140</sup>.

106. De acuerdo con Savigny, “el verdadero asiento del matrimonio no ofrece dudas de ninguna especie”, porque se encuentra localizado en el domicilio del marido, a quien el Derecho de todos los tiempos reconoce el carácter de jefe de la familia <sup>141</sup>. Sin embargo, la competencia de la ley del domicilio del marido

---

<sup>137</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 374, pp. 275-278 (Véase luego el número 135 de este trabajo).

<sup>138</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 375, p. 295.

<sup>139</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 377, pp. 311-314 (Véase luego el número 137 de este trabajo).

<sup>140</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 379, pp. 324-325.

<sup>141</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 379, p. 325.

se extiende más allá de los límites normales, porque constituye una ley rigurosamente obligatoria fundamentada en consideraciones morales, y, en tal carácter, le corresponde regular también la capacidad matrimonial de la mujer, que, de acuerdo con los principios, debería estar sujeta a la ley de su propio domicilio <sup>142</sup>.

107. Las formalidades extrínsecas del matrimonio dependen de la ley del lugar de la celebración (*locus regit actum*), excepto cuando el Legislador exige su solemnización ante la Iglesia, porque tal requisito "se funda en la moral religiosa y reviste, por tanto, un carácter rigurosamente obligatorio" <sup>143</sup>.

108. La patria potestad se encuentra sometida a la ley del domicilio del padre al tiempo del nacimiento del hijo; las relaciones entre padres e hijos se rigen por la ley del domicilio actual del padre; y la legitimación por subsiguiente matrimonio por la ley del domicilio del padre al tiempo del matrimonio <sup>144</sup>.

109. La tutela presenta una naturaleza diferente porque, en la actualidad, es una institución establecida para "el ejercicio de la protección que el Estado puede y debe conceder a la clase más numerosa e importante de quienes no están capacitados para hacerlo por sí mismos, los incapaces y los menores". Por tanto, "pertenece esencialmente al Derecho Público y entra en el dominio del Derecho Privado sólo por algunas de sus consecuencias"; características éstas que, sin la menor duda, influyen en la determinación de su asiento y de la ley aplicable a la tutela <sup>145</sup>.

110. La constitución de la tutela se regula por la ley del domicilio del incapaz, que suele coincidir con la del último domicilio del padre difunto; pero es posible que los bienes inmuebles situados en otra jurisdicción sean sometidos a una tutela especial. Por otra parte, las circunstancias particulares del caso concreto pueden aconsejar otra solución, por ejemplo, "cuando, según las

---

<sup>142</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 379, p. 326. Adviértase que la solución anterior trae como consecuencia el respeto de las leyes foráneas de naturaleza positiva, rigurosamente obligatoria, cuando el domicilio del marido se encuentra en el extranjero.

<sup>143</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 379, p. 327; N° 381, pp. 356-357.

<sup>144</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 380, pp. 338-339.

<sup>145</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 380, pp. 340-341.

relaciones de familia, el último domicilio del padre no debe tener ninguna influencia sobre el estado futuro del pupilo”<sup>146</sup>.

111. La ley del lugar donde se constituyó y se ejerce la tutela regula todo referente a su administración; pero la ley del domicilio del tutor decide respecto a su obligación de aceptar la tutela y sobre las causas de dispensa<sup>147</sup>.

112. En la Sección Sexta del Primer Capítulo del Tomo Octavo, que representa la última parte de su exposición sobre la colisión de las leyes en el espacio, Savigny estudió el problema originado por las diversas formalidades extrínsecas establecidas por los legisladores para garantizar la seriedad de las declaraciones de voluntad en los actos jurídicos. En efecto, una ley puede consagrar una forma como imperativa y otra no, pero también es posible que cada legislación prescriba el cumplimiento de formalidades distintas; y en tales casos la escogencia de la ley aplicable puede influir sobre la validez o nulidad del acto<sup>148</sup>.

113. Al decir de Savigny, la solución del problema conforme a los principios generales “no resulta dudosa”, por cuanto la forma “debe ser regulada por el Derecho Local a que se halle sometido este acto”. En consecuencia, los contratos deberían otorgarse conforme a la ley del lugar de ejecución, los testamentos atender la ley del domicilio del testador y los matrimonios cumplir la ley del domicilio del marido al tiempo de la celebración<sup>149</sup>.

114. Sin embargo, advierte Savigny, la vida diaria enseña que, “con frecuencia, el acto jurídico se realiza en un lugar distinto, algunas veces muy lejano, motivo por el cual pueden presentarse graves dificultades”, ya que en muchas ocasiones no será nada fácil conocer con exactitud las formas exigidas por la ley aplicable al fondo del acto jurídico; y, aun conociéndolas puede ser imposible cumplirlas en el lugar de su otorgamiento. Por tanto, para subsanar esas inconveniencias, surgió “un Derecho consuetudinario, cada vez más generalizado desde el siglo XVI” que reconoce validez a la regla *locus regit actum*<sup>150</sup>.

---

<sup>146</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 380, pp. 341-342.

<sup>147</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 380, pp. 342-348.

<sup>148</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 381, pp. 348-349.

<sup>149</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 381, p. 349.

<sup>150</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 381, pp. 349-350.

115. El principio que declara aplicable la ley del lugar del otorgamiento tiene simple carácter facultativo "porque se estableció para favorecer a las partes y persigue facilitar las transacciones civiles"<sup>151</sup>. Según advierte Savigny suele funcionar con mayor frecuencia en materia de obligaciones convencionales y de actos de última voluntad<sup>152</sup>; en su criterio se aplica también en los casos de fraude a la ley (*in fraudem legis*), porque el Legislador puede evitar por otras vías la evasión de sus normas imperativas<sup>153</sup>, pero debe descartarse cuando contradice una ley de naturaleza positiva, rigurosamente obligatoria, como sucede, por ejemplo, si el Legislador exige el matrimonio ante la Iglesia para sus súbditos<sup>154</sup>.

#### *F. Las excepciones a la ley aplicable*

116. De acuerdo con las enseñanzas de Savigny, cuando una relación jurídica se encuentra conectada con las leyes de varios Estados soberanos, la comunidad jurídica existente entre las naciones impone al Juez el deber de aplicar el Derecho que resulta de localizar el asiento (*der Sitz*) de la relación jurídica, porque es la legislación más conforme con su naturaleza<sup>155</sup>; y en estricto seguimiento de esta metodología Savigny procedió a determinar el asiento y la ley aplicable a la persona en sí misma considerada, a los derechos reales, a las obligaciones, a la sucesión y a los diversos aspectos del Derecho de la familia (matrimonio, patria potestad, tutela).

117. Ahora bien, según admitió Savigny, el Derecho declarado competente a través del asiento de la relación jurídica no debe ser aplicado siempre por el Juez; en algunos casos se encuentra sujeto a ciertas restricciones, "porque existen varias clases de leyes cuya naturaleza especial contradice el libre funcionamiento de la comunidad jurídica entre los diversos Estados". En efecto, "en presencia de tales leyes el Juez debe aplicar exclusivamente su propio Derecho, aun cuando la naturaleza propia y esencial de la relación jurídica determine como competente una ley extranjera"; y por tanto, en la

<sup>151</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 381, pp. 358-359.

<sup>152</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 380, pp. 351-356.

<sup>153</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 381, p. 358.

<sup>154</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 381, pp. 356-357 (Véase número 138 de este trabajo).

<sup>155</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 349, p. 32.

práctica, se encuentran casos de excepción, “cuya determinación rigurosa es quizás la parte más difícil de toda esta doctrina”<sup>156</sup>.

118. Al decir de Savigny, la existencia de algunos casos en los cuales el Juez aplica siempre su propio derecho es reconocida por la gran mayoría de los escritores, pero muchos de ellos no les atribuyen carácter excepcional; antes al contrario, suelen considerarlos como la expresión de los principios que resuelven las colisiones de las leyes en el espacio. Ahora bien, en virtud de esta equivocada concepción se producen graves confusiones; y, en criterio de Savigny, “tal vez podrían eliminarse muchas de las discusiones entre los autores y obtener la aproximación de sus doctrinas”, si fuera posible establecer, en forma convincente y con toda claridad, cuáles son esos casos de excepción y su verdadero alcance<sup>157</sup>.

119. A fin de obtener este resultado, Savigny agrupó todos los posibles casos de excepción en dos grandes categorías: 1º Las leyes de naturaleza positiva, rigurosamente obligatoria (*Gesetz von streng positiver, zwingender Natur*), que por esas características se encuentran fuera de la comunidad jurídica de las Naciones; y 2º Las instituciones jurídicas de un Estado extranjero cuya existencia no es reconocida en el nuestro (*Rechtsintitute eines fremden Staates, deren Dasein in dem unsrigen überhaupt nicht anerkannt ist*) y que, por tanto, no pueden pretender la debida protección jurídica<sup>158</sup>.

120. A pesar de las diferencias existentes entre ellas, ambas excepciones presentan un denominador común, porque “coinciden en su naturaleza anómala, que las sustrae de esa comunidad general de Derecho tan necesaria para resolver la colisión de los derechos locales”<sup>159</sup>.

121. Por otra parte, Savigny advirtió que las mencionadas excepciones “se aplican mucho más raramente a los derechos particulares de un solo y mismo Estado”, porque las leyes positivas, rigurosamente obligatorias, suelen promulgarse para todo el país, sin tomar en cuenta los límites territoriales de los derechos particulares. Sin embargo, se vio precisado a admitir:

---

<sup>156</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 349, p. 32.

<sup>157</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 349, p. 33.

<sup>158</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 349, p. 33.

<sup>159</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 349, p. 38.



"Estos casos excepcionales existen también en el mismo Estado cuando la diversidad de los derechos locales se remonta a una época en que varias partes del territorio actual no se habían incorporado todavía al Estado. Esa es principalmente la relación que existe entre el Derecho de las provincias prusianas del Rin y el de las demás provincias de Prusia. Así, pues, las mencionadas excepciones encuentran también aplicación dentro de los límites de un mismo Estado" <sup>160</sup>.

122. La determinación de cuáles son las leyes de naturaleza positiva, rigurosamente obligatoria (*Gesetz von streng positiver, zwingender Natur*) no puede realizarse con fundamento en la distinción entre leyes imperativas y supletorias (*absolute und vermittelnde Gesetze*) aun cuando es indudable que las leyes supletorias no tienen ese carácter, porque su vigencia puede ser descartada por la voluntad de los particulares. Sin embargo, constituiría "un grave error" atribuir esa cualidad a todas las leyes imperativas, por ejemplo, a la que establece la mayoría de las personas <sup>161</sup>.

123. De acuerdo con Savigny, para establecer si una ley pertenece a la primera clase de casos excepcionales "es preciso investigar, ante todo la intención del legislador", pues "si la ha expresado formalmente, su declaración basta, porque tiene el carácter de una ley sobre la colisión, a la cual debe prestarse siempre una completa obediencia" <sup>162</sup>.

124. Sin embargo, en la gran mayoría de las ocasiones el Legislador guarda silencio sobre la naturaleza de las leyes que sanciona; y, por tanto, resulta inevitable emprender el examen de las leyes imperativas para determinar si deben o no incluirse dentro de la categoría de leyes de naturaleza positiva, rigurosamente obligatoria, que limita el funcionamiento de los principios de solución, impuestos por la comunidad jurídica de los Estados para resolver las colisiones de las leyes en el espacio <sup>163</sup>.

125. Sin duda alguna, la investigación de la naturaleza de las leyes imperativas permite establecer que algunas de ellas han sido promulgadas en interés de los

---

<sup>160</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 349, pp. 38-39.

<sup>161</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 349, p. 34.

<sup>162</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 349, pp. 34-35.

<sup>163</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 349, p. 35.

particulares y que, en primer término, pretenden garantizarles el adecuado ejercicio de sus derechos, como ocurre con todas las restrictivas de la capacidad de ejercicio por la edad, sexo, etc., o con las relativas a las formas de transmisión de la propiedad (por simple contrato o por tradición). Por tanto, la propia naturaleza de estas leyes no justifica su inclusión dentro de la primera categoría de casos de excepción a los principios generales, a pesar de que se impongan y no puedan ser descartadas por la voluntad contraria de los particulares. Por tanto, las posibles colisiones entre ellas deben ser resueltas por la ley determinada a través del asiento de la relación jurídica; y en consecuencia, los Estados deben permitir “sin vacilaciones la aplicación dentro de su territorio de las leyes extranjeras de esta clase”, en estricto acatamiento de los deberes impuestos por la comunidad de las naciones <sup>164</sup>.

126. En otras oportunidades el examen de las leyes imperativas permite establecer la existencia de otras, que no han sido promulgadas principalmente en interés de las personas, titulares de los derechos; antes al contrario, su fundamento y finalidad se encuentra fuera del dominio del Derecho puro, concebido en su esencia abstracta, ya que pretenden la defensa de concepciones de orden moral (por ejemplo, la prohibición de la poligamia) o del interés general (**publica utilitas**) en sus varios aspectos, político, de policía o de orden económico. En tales casos se está en presencia de leyes de naturaleza imperativa, rigurosamente obligatoria, que deben incluirse dentro de la primera clase de excepciones a los principios impuestos por la comunidad jurídica existente entre las naciones para resolver las colisiones de las leyes en el espacio; y por tanto, cada Estado tiene absoluta libertad para aplicarlas en forma irrestricta, sin tomar en cuenta el Derecho Extranjero que pueda resultar competente en virtud de la localización del asiento de la relación jurídica controvertida <sup>165</sup>.

127. Las instituciones jurídicas de un estado extranjero cuya existencia no se encuentra reconocida por la ley del Tribunal (**Rechtsintitute eines fremden**

<sup>164</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 349, p. 35.

<sup>165</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 349, pp. 35-36. Un problema distinto es la conveniencia de promulgar leyes que tengan un determinado contenido, es decir, su mérito intrínseco o valoración; pero, según advierte Savigny, el resultado de este análisis axiológico carece de importancia para su clasificación como leyes de naturaleza positiva, rigurosamente obligatoria, en el caso de que el Legislador haya pretendido la defensa de conceptos de orden moral o de interés general (*op. cit.*, Tomo 8 N° 365, nota c, p. 162).

**Staates, deren Dasein in dem unsrigen überhaupt nicht anerkannt ist)** representan la segunda clase de excepciones a los principios generales de solución de las colisiones de leyes en el espacio; y para clarificar sus ideas Savigny propuso los siguientes ejemplos:

“El Juez de un Estado donde no se reconoce la muerte civil de la legislación francesa o rusa, no aplicará la incapacidad jurídica resultante de la muerte civil impuesta en Francia o Rusia, aunque, según las reglas generales de colisión, la capacidad personal de los individuos se rige por el Derecho de su domicilio. De igual manera, en un país donde es desconocida la esclavitud, el esclavo negro aunque resida en él no será considerado propiedad de su dueño, ni privado de su capacidad de goce”<sup>166</sup>.

No obstante, Savigny advirtió:

“Respecto a este último caso los dos puntos de vista que acabo de exponer conducen al mismo resultado. La esclavitud como institución de Derecho no está reconocida entre nosotros y según nuestras leyes hay inmoralidad en tratar a un hombre como a una cosa. El primer motivo es también aplicable al caso de la muerte civil; pero no sucede lo mismo con el segundo porque la muerte civil no es más inmoral que cualquier otra pena de mayor rigor”<sup>167</sup>.

128. Los anteriores ejemplos de instituciones desconocidas fueron los únicos propuestos por Savigny, y se abstuvo de señalamientos adicionales cuando efectuó la determinación de la ley aplicable a las diversas clases de relaciones jurídicas. En efecto, en sus explicaciones concretas sólo hizo referencia a la excepción de la institución desconocida para descartar la competencia de la **lex domicilii** que consagra la incapacidad de los negros esclavos o admita la posibilidad de la muerte civil, como era el caso de los derechos francés y ruso de la época<sup>168</sup>.

129. Por el contrario, los ejemplos de intervención de las leyes de naturaleza positiva, rigurosamente obligatoria, fueron mucho más numerosos cuando

<sup>166</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 349, p. 37.

<sup>167</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 349, p. 37.

<sup>168</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 365, p. 163.

Savigny emprendió la tarea de determinar el Derecho aplicable a las diversas clases de relaciones jurídicas.

130. En efecto, la competencia de la *lex domicilii* para regir la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio de las personas fue descartada por Savigny, cuando se enfrenta a leyes de naturaleza positiva, rigurosamente obligatoria, como sucede en los siguientes casos:

1) el Juez aplica su propia ley y no el Derecho extranjero del domicilio que permite la poligamia; 2) la ley extranjera que consagra la incapacidad jurídica con fundamento en la herejía no es aplicada por el Juez cuando su Legislador la considera inmoral; 3) la ley del Juez que restringe la capacidad de adquirir inmuebles por los institutos eclesiásticos (bienes de manos muertas) se aplica también a los institutos eclesiásticos de un Estado extranjero donde no existe una prohibición semejante, pero, a la inversa, las restricciones impuestas en otro País a las instituciones eclesiásticas carecen de eficacia en los Estados donde no son establecidas; 4) el Juez aplica en todo caso su ley que declara a los judíos incapaces de adquirir inmuebles, o que les impone condiciones más rigurosas para su adquisición; pero esas incapacidades o restricciones no afectan a los judíos, a pesar de que puedan encontrarse domiciliados en nuestro país, cuando pretendan efectuar la adquisición en un Estado que no las establece <sup>169</sup>.

131. De acuerdo con las enseñanzas de Savigny, la *lex rei sitae* regula los derechos reales sobre los bienes individualmente considerados, tanto muebles como inmuebles; y la capacidad para adquirirlos depende de la ley del domicilio. No obstante, sin mencionar ejemplos concretos, recuerda la posible restricción derivada de las leyes de naturaleza positiva, rigurosamente obligatoria, que tienen el carácter de leyes de policía (*welche einen polizeilichen Charakter an sich tragen*), porque “semejantes leyes deben aplicarse a todos los bienes situados en el territorio del Legislador, sin tomar en cuenta la ley del domicilio de la persona que pretende efectuar la adquisición” <sup>170</sup>.

132. En el Derecho de las Obligaciones, con fundamento en la presunta sumisión del deudor y a falta de voluntad contraria, Savigny declaró aplicable

<sup>169</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 365, pp. 160-162.

<sup>170</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 367, pp. 182-183.

la ley del lugar fijado para la ejecución; en su defecto, la del lugar de nacimiento de la obligación y, en última instancia, la ley del domicilio de deudor. Sin embargo, también hizo la advertencia en el sentido de que "ese derecho local retrocede cuando se encuentra en contradicción con una ley del Juez de naturaleza positiva, rigurosamente obligatoria, porque en tales hipótesis no puede ejercer ninguna influencia la libre voluntad e las partes"<sup>171</sup>; señalamiento que repitió al examinar "la validez sustancial de una obligación"<sup>172</sup>.

133. La excepción propuesta por Savigny funciona tanto positiva como negativamente, es decir, el Juez debe aplicar sus leyes de naturaleza positiva, rigurosamente obligatoria, aun cuando el asiento de la obligación ordene tomar en cuenta otra distinta; y, a la inversa, no tiene el deber de aplicar las leyes de naturaleza positiva, rigurosamente obligatoria, vigentes en el lugar extranjero del asiento de la obligación<sup>173</sup>.

134. Las anteriores explicaciones fueron ejemplificadas por Savigny con los contratos prohibidos por las leyes sobre la usura; y a este respecto afirmó:

"Si se reclama una deuda por concepto de intereses que contradice las leyes vigentes en su Estado, el Juez debe rechazar la demanda aunque esta ley sobre la usura no exista en el lugar de asiento de la obligación, porque el sentido de dicha ley es que ninguno de los jueces sometidos a su imperio utilice su autoridad para que pueda ejecutarse un asunto tan inmoral y dañino al bien común como el contrato usurario. De la misma manera, en un país donde esta estipulación de intereses no se encuentre prohibida por la ley, el juez deberá declarar válidos los intereses, sin tener en cuenta la prohibición que pueda existir en otra parte (en el lugar de asiento de la obligación)"<sup>174</sup>.

135. En materia de contratos Savigny mencionó otros ejemplos de intervención de leyes de naturaleza positiva, rigurosamente obligatoria, a saber:

---

<sup>171</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 372, p. 248.

<sup>172</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 374, pp. 275-276.

<sup>173</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 374, p. 276.

<sup>174</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 374, pp. 276-277. A mayor abundamiento Savigny agregó: "Esta declaración en sentido negativo no sólo es consecuencia lógica de la declaración positiva precedente; se funda, además, en el motivo siguiente: La aplicación de un determinado Derecho Local a una obligación se justifica principalmente por una presunción de sumisión voluntaria; pero la sumisión no puede ser aceptada cuando contradice una ley que precisamente declara inválida la referida obligación" (*op. cit.*, Tomo 8, N° 374, p. 277).

a) “Las deudas de juego, cuando son reconocidas por una ley y rechazadas por otra”, por cuanto, en semejante hipótesis, la validez de la obligación se juzga de acuerdo con la **lex fori** <sup>175</sup>.

b) La prohibición de comprar contratos por una suma menor de su valor nominal (**lex Anastasiana**) “se fundamenta en la premisa de que dichas ventas pueden convertirse en una causa de perjuicios y opresiones para el deudor”. En consecuencia, como se pretende impedir las por considerarlas inmorales y contrarias al interés general, la respectiva ley es “aplicable o inaplicable según se encuentre vigente o no en el lugar donde la acción se intenta”; y carece de importancia el derecho del lugar donde la acreencia nació o la cesión se produjo <sup>176</sup>; y

c) “la ley francesa de los créditos de los judíos contra los cristianos”, que establece condiciones rigurosas para su adquisición, es aplicable a todos los judíos dentro del territorio, sin tomar en cuenta la solución impuesta por los principios generales para resolver la colisión de las leyes en el espacio <sup>177</sup>.

136. Al decir de Savigny, todas las leyes relativas a los hechos ilícitos “deben incluirse siempre dentro de las leyes de naturaleza positiva, rigurosamente obligatoria”; y, por tanto, el Juez tiene que aplicarlas sin tomar en cuenta la ley del lugar de ocurrencia del hecho ilícito. La solución así propuesta funciona en ambas direcciones, positiva y negativa, es decir, en favor y en contra de la ley que reconoce la obligación derivada del hecho ilícito; y para clarificar su pensamiento Savigny ejemplificó las consecuencias de la solución propuesta en la controvertida cuestión de las obligaciones resultantes de la cohabitación fuera de matrimonio. En efecto, la inquisición de la paternidad será rechazada por un Tribunal de Francia, en virtud de la prohibición contenida en el artículo 340 del Código Civil francés de la época, aunque la cohabitación hubiere tenido lugar en un Estado donde se admite y protege esta acción; pero, a la inversa, los tribunales de este último país admitirán la demanda a pesar de que la cohabitación haya ocurrido en un Estado sometido al derecho francés <sup>178</sup>.

---

<sup>175</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 374, p. 277.

<sup>176</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 374, pp. 277-278.

<sup>177</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 374, p. 278. No obstante, advierte que el resultado es el mismo si esta ley se considera referida a la capacidad de las personas y no a la validez de los contratos.

<sup>178</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 374, pp. 278-279.

137. En materia sucesoral Savigny sólo hizo mención de algunos casos aislados de intervención de leyes positivas, rigurosamente obligatorias, y afirmó que les correspondía:

a) Decidir sobre la validez o invalidez del testamento cuando se constituye "un fideicomiso familiar (**Familienfideicommiss**) sobre un bien ubicado en un país extranjero, cuya ley no reconoce los fideicomisos". En consecuencia, el Juez debe obedecer su propia ley y declarar nula la disposición, sin tomar en cuenta el eventual mandato diferente de la ley del último domicilio del difunto <sup>179</sup>.

b) Regular la capacidad de las personas llamadas a recibir por sucesión, en todo o en parte (herederos o legatarios). En tal virtud, "si, por ejemplo, de acuerdo con la ley de su domicilio, el heredero instituido no puede recibir la sucesión por causa de muerte civil o de herejía, impedimentos que no se reconocen en otra parte; y si existe una ley restrictiva sobre la adquisición de bienes de manos muertas, en estos casos no se aplica la ley del domicilio del heredero, sino la vigente en el lugar del tribunal llamado a decidir, lugar que, frecuentemente, coincidirá con el domicilio del causante" <sup>180</sup>.

138. Las "consideraciones morales o religiosas y motivos de orden político" subyacentes en el Derecho de Familia explican su regulación por numerosas leyes positivas, rigurosamente obligatorias <sup>181</sup>; y, como ejemplos de estos casos de excepción, Savigny mencionó los siguientes:

a) La ley del domicilio del marido al tiempo de la celebración regula también la capacidad matrimonial de la mujer, en especial la existencia de impedimentos fundados en el parentesco o en razones religiosas, porque "en esta materia las leyes descansan en consideraciones morales y son de una naturaleza rigurosamente positiva" <sup>182</sup>.

b) La competencia de la *lex loci actus* es descartada por la ley que exige a los súbditos la celebración del matrimonio ante la iglesia, porque este requisito se

<sup>179</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 377, pp. 312-313.

<sup>180</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 377, p. 313.

<sup>181</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 379, pp. 324-325.

<sup>182</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 379, p. 326 (Véase antes el número 107 de este trabajo).

fundamenta “en la moral religiosa y reviste, portanto, un carácter rigurosamente obligatorio”. Sin embargo, hizo la siguiente advertencia: “esta rigurosa regla no puede nunca ser aplicable a los extranjeros casados que vienen a establecerse en el país; porque semejante ley, con su carácter estrictamente obligatorio, sólo se aplica a la celebración de los matrimonios y no a la continuación de los matrimonios ya contraídos”<sup>183</sup>.

c) La competencia de la ley del domicilio del marido al tiempo de la celebración es descartada para regular el régimen de los bienes en el matrimonio en las siguientes hipótesis: 1) en caso de cambio de domicilio debe aplicarse la ley que prohíbe contraer matrimonio bajo un régimen de bienes distinto del dotal y que desconoce eficacia a las capitulaciones matrimoniales de contenido diferente, celebradas en otro país; y también debe aplicarse la ley que sólo acepta la comunidad de bienes entre los cónyuges<sup>184</sup>; 2) las leyes que restringen las liberalidades de un esposo al otro, en particular la prohibición de donaciones entre cónyuges consagrada por el Derecho Romano, deben aplicarse en forma irrestricta por cuanto pretenden mantener la pureza moral del matrimonio<sup>185</sup>.

d) Todas las leyes relativas al divorcio fueron calificadas por Savigny como de naturaleza positiva, rigurosamente obligatoria, porque se refieren al elemento moral del matrimonio. En consecuencia “el Juez llamado a decidir sobre un divorcio no puede sino aplicar las leyes de su país, sin tener en cuenta las demás relaciones jurídicas entre los cónyuges”. Sin embargo, advirtió que esta solución, en la mayoría de los casos, “remite a la ley vigente en el domicilio del marido pues sólo allí se encuentra la jurisdicción competente para conocer del divorcio”<sup>186</sup>.

139. Los numerosos ejemplos propuestos por Savigny demuestran la frecuencia de la intervención práctica de las excepciones que descartan la aplicación de la ley competente, determinada conforme a los principios de solución derivados de la comunidad jurídica de las Naciones. En efecto, su carácter anómalo es indudable y tampoco puede discutirse su impropiedad para resolver, en forma

---

<sup>183</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 381, pp. 356-357 (Véase antes el número 115 de este trabajo).

<sup>184</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 379, p. 334.

<sup>185</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 379, p. 335.

<sup>186</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 379, p. 337.



objetiva, los problemas planteados por la colisión de las leyes en el espacio, porque permite al demandante la escogencia del Tribunal (**forum shopping**) para obtener el resultado más conforme a sus intereses particulares. Así lo reconoció Savigny al explicar la materia relativa a la ley competente para regir las obligaciones cuando hizo la siguiente advertencia:

“De los principios que acabo de exponer resulta que cuando existen leyes rigurosamente obligatorias se atribuye con frecuencia un gran poder al demandante, porque siendo a menudo libre para elegir entre varias jurisdicciones igualmente competentes, de esta manera puede seleccionar entre varios derechos locales el que haya de ser aplicable”<sup>187</sup>.

140. En vista de tales inconveniencias, que son válidas en todos los casos de intervención de las leyes de naturaleza positiva, rigurosamente obligatoria, no deben extrañar las palabras de Savigny cuando formuló el siguiente deseo: “Es de esperarse que, como consecuencia del natural desarrollo del Derecho en los diferentes pueblos, el número de estos casos excepcionales tenderá constantemente a disminuir”<sup>188</sup>. Sin embargo, sus esperanzas sólo se han realizado en forma parcial. En efecto, debido a la influencia doctrinaria de Pasquale Stanislao Mancini, la importancia de las leyes de naturaleza positiva, rigurosamente obligatoria (**lois d'ordre public, leggi di ordine pubblico**) son cada vez más numerosas a partir de la primera gran guerra de este siglo; y este hecho indiscutible demuestra a cabalidad, según advierte Paul Heinrich Neuhaus, el innegable aspecto político de ciertos sectores del Derecho Internacional Privado<sup>189</sup>.

#### *G. La influencia de Savigny en Europa en la Segunda Mitad del Siglo XIX*

141. La doctrina de Savigny fue construida de manera tan sólida y durable comentó Walter Simmons en 1924, que “los autores y los tribunales han

---

<sup>187</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 374, pp. 280-281. No obstante, también señaló que el demandado encuentra cierta protección en “las condiciones restrictivas a que está subordinada la jurisdicción especial de la obligación”.

<sup>188</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 349, p. 38.

<sup>189</sup> NEUHAUS, Paul Heinrich. “Savigny und die Rechtsfindung aus der Natur der Sache”, *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, años 1949-1950, Tomo 15, p. 380.

seguido el paso del maestro y aún en el extranjero, es el más conocido, el citado más a menudo y el más influyente de todos los autores alemanes que han tratado del conflicto de leyes, con excepción, tal vez de von Bar”<sup>190</sup>.

Al decir de Ernst Rabel, el jefe de la escuela histórica del Derecho se convirtió en la principal autoridad tanto en Europa como en Latino-América durante la mayor parte del siglo XIX<sup>191</sup>; y la importancia de su doctrina también se refleja en la propia conducta de sus críticos más acervos, según lo demuestran las expresiones de Antoine Pillet en Francia quien, al decir de sus discípulos, hablaba del “tomo octavo” como de su libro de cabecera, sin identificar de otra manera ni a la obra ni a su autor, como un admirador de Beethoven habla de la “Quinta” o de la “Novena” sin mayor precisión, con la seguridad de ser comprendido<sup>192</sup>.

142. Las enseñanzas de Savigny dejaron huella indudable en la legislación inmediata posterior de la Confederación Suiza. En efecto, el Código Civil del Cantón de Zurich (*Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich*) del año 1854-1855, preparado por Johan Gaspar Bluntschli (1808-1881), reprodujo textualmente en su artículo primero el principio general formulado por Savigny, con expresa referencia a la naturaleza propia de la relación jurídica particular (*eigentlich Natur des besonderen Rechtsverhältnisse*); influencia que se advierte igualmente tanto en algunas otras soluciones concretas del mismo Código (artículos 1 a 7)<sup>193</sup> como los Códigos Civiles promulgados en los Cantones suizos de Chur (1861) y Schaffhausen 1863<sup>194</sup>.

143. El principio general y algunas de las soluciones particulares de Savigny encontraron asimismo acogida en la ley civil griega de veintinueve de octubre de 1856<sup>195</sup>; aun cuando la influencia de Mancini es también innegable<sup>196</sup>.

<sup>190</sup> SIMMONS, art. cit., pp. 466. No obstante, hizo también la siguiente advertencia: “He encontrado el tomo octavo del “Sistema de Derecho romano Actual” de Savigny tanto en Londres como en Buenos Aires, en bibliotecas donde von Bar no tenía representación”.

<sup>191</sup> RABEL, op. cit., Tomo 1, p. 8.

<sup>192</sup> GAUDEMET, Eugène. “La Théorie des Conflits de Lois dans l’oeuvre d’Antoine Pillet et la doctrine de Savigny”, en *Mélanges Antoine Pillet*, Tomo I, París, 1929, p. 98.

<sup>193</sup> MARIDAKIS, art. cit., p. 500.

<sup>194</sup> MELCHIOR, op. cit., p. 11.

<sup>195</sup> MARIDAKIS, art. cit., p. 500.

<sup>196</sup> MELCHIOR, op. cit., p. 11. Charles Carabiber. “Droit International Privé de la Grèce”, en *Repertoire de Droit International*, publicado por A. de Lapradelle y J. P. Niboyet, Tomo VI, París, 1930, N° 55, p. 418.

144. Los artículos 10, 11 y 19 del Código Civil para el Reino de Sajonia (**Bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich Sachsen**) (1863) regularon la materia siguiendo a Savigny en diversos aspectos; y, entre otras de sus soluciones, fue consagrada la competencia de la ley del lugar de ejecución para regir las obligaciones convencionales <sup>197</sup>.

145. La "Introducción" del Código de los Países Bálticos (**Das Liv- Est- und Kurländische Privatrecht**) (1864), en los artículos XXVIII-XXXVI (particularmente el XXXV), demuestra la influencia de las ideas de Savigny; aun cuando sus enseñanzas fueron abandonadas en materia de bienes muebles, sometidos a la ley de su propietario <sup>198</sup>.

146. El impacto de Savigny en la jurisprudencia alemana de la segunda mitad del siglo XIX tampoco es discutible; y sus enseñanzas impidieron el predominio de la doctrina de Wächter, aparecida algunos años antes, orientada hacia la primacía de la aplicación de su propio derecho, según lo advierte Leo Raape en forma muy elocuente <sup>199</sup>.

147 En efecto, la jurisprudencia alemana de la segunda mitad del siglo diecinueve reconoció la competencia de la ley del último domicilio del causante para regular la sucesión, sin distinguir alguno entre muebles e inmuebles; la *lex situs* fue declarada aplicable para regir los bienes muebles individualmente considerados; la ley del primer domicilio conyugal determinó el régimen de los bienes en el matrimonio, a falta de capitulaciones; y la ley de lugar de ejecución rigió las obligaciones convencionales, cuando las partes no habían dispuesto algo diferente <sup>200</sup>.

148. Sin embargo, el deseo de adherir a las enseñanzas de Savigny también condujo a exageraciones y, en ciertos casos, los tribunales llegaron a modificar la interpretación literal de algunos textos del "Derecho General Territorial de Prusia" (**Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten**). En efecto,

<sup>197</sup> GUTZWILLER, art. cit., p. 361.

<sup>198</sup> MEILI, F. **Das Internationale Civil - und Handelsrecht auf Grund der Theorie. Gesetzgebung und Praxis**, Tomo I, Zurich, 1902, p. 119; MIAJA DE LA MUELA, *op. cit.*, Tomo I, p. 502.

<sup>199</sup> RAAPE-STURM, *op. cit.*, Tomo I, p. 411.

<sup>200</sup> MELCHIOR, p. 10; KEGEL, *op. cit.*, p. 119.

la competencia de la *lex rei sitae* sobre los inmuebles, consagrada por su artículo 32, fue restringida a los bienes considerados aisladamente; y la ley del domicilio del propietario, establecida por el artículo 28, fue limitada a los bienes considerados como una universalidad, sin distinguir entre muebles e inmuebles <sup>201</sup>.

149. Exageraciones similares son apreciables igualmente en la jurisprudencia de Austria: el artículo 300 de su Código Civil (ABGB) fue interpretado en el sentido de restringir la competencia de la ley nacional del propietario a los bienes muebles considerados *uti universitatis*; y, a pesar del mandato legal distinto, los bienes muebles *uti singuli* fueron sometidos a la *lex situs* <sup>202</sup>.

150. La doctrina de Savigny tuvo una inmensa repercusión en los autores europeos de la segunda mitad del siglo XIX. No obstante, es preciso reconocer que, en algunos aspectos, se vio relegada a segundo plano en la época inmediata posterior; resultado explicable si se recuerda que la proclamación del principio de la nacionalidad, hecha por Pasquale Stanislao Mancini, satisfacía a plenitud las ansias de liberación nacional de numerosos pueblos de Europa en su lucha contra la opresión de las monarquías europeas <sup>203</sup>.

151. Según informa Max Gutzwiller, la ausencia de normas legislativas en Alemania antes de 1900 favoreció la aceptación de la doctrina de Savigny; y la literatura jurídica sobre Derecho internacional privado, tanto romanista como germanista, sufrió el impacto de las ideas del gran jefe de la escuela histórica. En efecto, los diferentes puntos de su teoría fueron aceptados, consciente o inconscientemente, y en especial su recomendación de localizar el asiento de las relaciones jurídicas para determinar la ley aplicable. Entre los germanistas se encuentran Walter, Gerber, Unger, Beseler, Roth, Gierke; y entre los romanistas puede mencionarse a Seuffert, von Keller, Holzschuher, Windscheid, Regelsberger <sup>204</sup>.

152. La influencia de la doctrina de Savigny en el extranjero se facilitó por las diversas traducciones del "Sistema de Derecho Romano Actual". En efecto, la

---

<sup>201</sup> KEGEL, *op. cit.*, p. 120.

<sup>202</sup> KEGEL, *op. cit.*, p. 120.

<sup>203</sup> VITTA, Edoardo. *Diritto Internazionale Privato*, Tomo I, Turin, 1972, p. 37.

<sup>204</sup> GUTZWILLER, *art. cit.*, p. 360.

versión francesa de los ocho tomos fue realizada por M. Guenoux; apareció en París, impreso en 1851 por Firmin Didot Frères<sup>205</sup>, y circuló con gran rapidez, incluso en el Hemisferio americano. Por tanto, se publicó una segunda edición en 1860.

153. Autores de tanto prestigio en Francia, como Armand Lainé, Frantz Despagnet y Etienne Bartin reconocieron la concordancia del método propuesto por Savigny, con la noción misma del Derecho Internacional Privado<sup>206</sup>; ciencia que, en palabras de Jules Valéry, tiene por objeto "determinar la ley aplicable, de acuerdo con su naturaleza, a una relación jurídica conectada con varias legislaciones"<sup>207</sup>.

154. El mérito de Savigny fue aceptado en Francia incluso por sus adversarios. André Weiss afirmó que su doctrina representa "una teoría completa y detallada de Derecho Internacional Privado"<sup>208</sup>. Antoine Pillet, quien nunca habló con particular simpatía de las enseñanzas de Savigny, reconoció su portada filosófica, mucho más amplia que la de Wächter, debido a "la huella del gran jurisconsulto que la compuso"<sup>209</sup>; y al compararla con las "manifestaciones oratorias"<sup>210</sup> de Pasquale Stanislao Macini, orientadas a proclamar el principio de la nacionalidad como fundamento del Derecho Internacional Privado, se limitó a la siguiente advertencia:

"Tales excesos de imaginación no son necesarios en forma alguna; ahí está el ejemplo de la escuela fundada por Savigny para demostrarnos que se puede construir una doctrina científica sin dejar de ser, al mismo tiempo, muy

<sup>205</sup> NADELMANN, Kurt H. "Private International Law: Lord Fraser and the Savigny (Guthrie) and Bar (Gillespie) Editions", *International and Comparative Law Quarterly*, 1971, p. 216.

<sup>206</sup> Al decir de Etienne Bartin, "la obra de Savigny nos deja pocas o ninguna solución positiva, pero nos suministra un método. Es el trabajo de un jurista que no se ha perdido; el espíritu ha sobrevivido a la letra" (Op. cit., Tomo I, p. 166).

<sup>207</sup> De acuerdo con el primer principio afirmado por Jules Valéry, "toda relación de Derecho internacional privado debe estar regulada, en cada uno de los puntos de vista bajo los cuales puede ser contemplada, por la ley que conviene mejor a su naturaleza" (*Manuel de Droit International Privé*, París, 1914, N° 377, p. 496).

<sup>208</sup> WEISS, André. *Traité Theorique et Pratique de Droit International Privé*, Tomo III, 2ª edición, París, 1912, p. 59.

<sup>209</sup> PILLET, Antoine. *Traité Pratique de Droit International Privé*, Tomo I, Grenoble - París, 1923, N° 25, p. 81.

<sup>210</sup> BARTIN, op. cit., Tomo I, N° 71, p. 167.

respetuoso de las lecciones que nos suministra simple la naturaleza de las cosas”<sup>211</sup>.

155. Únicamente el tomo octavo fue traducido al inglés por William Guthrie y apareció en Edinburgo, en 1869, bajo el título: **A Treatise on the Conflict of Laws and the Limits of Their Operation in Respect of Space and Time**. El “Prefacio”, de fecha veintiséis de diciembre de 1868, informa que la publicación había debido adelantarse a las previsiones limitándola a muy pocas anotaciones explicativas, para satisfacer las exigencias de los muchos admiradores de Savigny, entre los cuales menciona a Lorimer y a Muirhead de la Universidad de Edinburgo; y también a Patrick Frasser, uno de los miembros más sobresalientes del Colegio de Abogados de Escocia (**Scottish Bar**) en el siglo XIX<sup>212</sup>. El éxito logrado explica la segunda edición en 1880, con las notas puestas al día; y se le agregó un apéndice para reproducir algunos escritos de Bartolus de Saxoferrato, Charles Dumoulin, Paul Voet y Ulricus Huber<sup>213</sup>.

156. Los requerimientos de sus admiradores no deben extrañar, por cuanto Savigny se encuentra mencionado antes de 1862 en diversas sentencias de los Tribunales de Escocia<sup>214</sup>; y porque los especialistas de la materia habían tenido oportunidad de leer sus explicaciones en la tercera edición del Tratado de Foelix, publicada en 1856 con notas de Charles Demangeat, quien expuso con amplitud las enseñanzas de Savigny. Además, su doctrina fue aprobada con entusiasmo por John D. Westlake en su **Treatise of Private International Law** (1858)<sup>215</sup>, y por Sir Robert Phillimore en el cuarto volumen de sus

---

<sup>211</sup> PILLET, Antoine. **Principes de Droit International Privé**, Paris - Grenoble, 1903, N° 21, p. 8 (Existe una traducción española, hecha por Nicolás Rodríguez Aniceto y Carlos González Posada, con un Prólogo de Camilo Barcia, Madrid, 1923).

<sup>212</sup> NADELMANN, art. cit., pp. 216-217.

<sup>213</sup> NADELMANN, art. cit., p. 218.

<sup>214</sup> Así lo informa A. E. Anton, quien también recuerda que, ocasionalmente, Savigny todavía es mencionado por los tribunales ingleses, como lo demuestra la sentencia en el caso **Re Luck's Settlement Trusts** (1940) Ch. 864, p. 914. Aun cuando considera difícil demostrar la directa influencia de Savigny en los tribunales de Inglaterra y de Escocia en la época inmediata posterior, no constituye una simple casualidad la persistente actitud de los jueces del Reino Unido desde esa época, orientada a evaluar la validez sustancial de los contratos en una forma más flexible que la interpretación literal de la *lex loci contractus* (ANTON, A.E. **Private International Law. A treatise from the standpoint of Scots law**. Edinburgo, 1967, p. 25, nota 38).

<sup>215</sup> NADELMANN, art. cit., pp. 217-218. En la “Introducción”, John D. Westlake afirmó que el tomo octavo de Savigny era “la contribución más importante al Derecho Internacional Privado desde el siglo XVIII”; y que “su aporte principal a nuestra materia consiste en haber llamado la atención sobre la naturaleza sustancial

**Commentaries upon International Law: Private International Law or Comity (1861)**<sup>216</sup>. Más todavía; en el libro, "La Ley del domicilio" (**Law of domicile**), publicado en 1879, Albert Venn Dicey hizo expreso reconocimiento de su deuda científica, en este orden, a Savigny, Story, Phillimore y Westlake<sup>217</sup>.

157. El éxito de Savigny encuentra una explicación adicional en el predominio de la escuela de Manchester en Inglaterra de la época, que afirmaba la libertad de la persona como la solución ideal para resolver los problemas en el campo de la economía; y que, por tanto, rechazaba enérgicamente la intervención del Estado en los asuntos de naturaleza privada. Esta doctrina encontró un paralelo en las ideas de Savigny, quien utilizó la sumisión voluntaria como el fundamento último para determinar el asiento de las varias clases de relaciones jurídicas y la ley aplicable a cada una de ellas<sup>218</sup>.

158. Según comenta Martín Wolff, "su frío razonamiento, que le permite distinguir en todo momento y con toda claridad, entre lo positivo y lo

---

de la relación jurídica en examen antes que acudir a la soberanía sobre las personas o lugares, y en la consiguiente restricción a la exagerada aplicación de la *lex situs* que había sido impuesta por d'Argentré" (**A Treatise on Private International Law**, 7ª edición, por Norman Bentwich, Londres, 1925, p. 21).

<sup>216</sup> Sir Robert Phillimore se refirió a Savigny como "el príncipe de los juristas modernos" (**Commentaries Upon Private International Law or Comity**, Tomo IV, Cuarta Edición por su hijo Sr. Walter G. F. Phillimore y Reginald James Mure, Londres, 1889, p. 252); y en el "Prefacio" de la primera edición, aparecida en 1861, advirtió que desde los comentarios de Donellus no había aparecido un trabajo tan filosófico y profundo como el de Savigny sobre el Sistema de Derecho Romano, en su aplicación al Derecho Particular de su propio país y al general del continente europeo. Asimismo expresó que se había referido con frecuencia a tan importante libro y que "no podía menos de expresar la esperanza de que la obra de juristas tales como Puchta y Savigny, que tienen los méritos sin los defectos de la erudicción alemana, puedan algún día convertirse en familiares a los juristas ingleses" (*op. cit.*, p. XV).

<sup>217</sup> NADELMAN, *art. cit.*, p. 218. Casi dos décadas más tarde Albert Venn Dicey calificó a Savigny como un **man of genius**; y asimismo aconsejó expresamente: "Cuando, como ocurre con frecuencia, ni el **Statute Book** ni las recopilaciones de sentencias contengan una dirección imperativa para la decisión de un caso particular, o de una clase particular de casos, un investigador inteligente debe acudir a las decisiones de los tribunales extranjeros, en especial de los tribunales de los Estados Unidos de América, y a la doctrina de autores como Story o Savigny, cuyas opiniones han influido efectivamente en las decisiones de los jueces ingleses" (**A Digest of the Law of England with reference to the Conflict of Laws**, Londres, 1896, pp. 17, 20).

<sup>218</sup> MELCHIOR, *op. cit.*, N° 9, pp. 11-12; NUSSBAUM, "Principles", *op. cit.*, p. 28. No obstante cabe señalar que la afirmación de Savigny a este respecto es poco compatible con su rechazo de las ideas liberales en asuntos políticos. Un señalamiento similar hizo Edoardo Vitta para explicar el inmenso éxito de la doctrina de Mancini, quien fue exponente del pensamiento individualista y liberal de la época, orientado a garantizar la libertad de la iniciativa privada y a la derogación de las normas que permitían el intervencionismo del Estado en los asuntos privados (*op. cit.*, Tomo I, p. 37).

“aconsejable”; su buen sentido práctico en los casos concretos, su alejamiento de todo teoricismo estéril, la comedia serena de su exposición, son factores todos ellos que no podían dejar de impresionar al juez inglés; y, por añadidura, Savigny defendía el principio del domicilio, que era el predominante en Inglaterra”<sup>219</sup>.

159. Martín Wolff advierte asimismo que, debido particularmente a la influencia de Dicey y de Westlake, Savigny se convirtió en una de las autoridades más grandes en Inglaterra y en los Estados Unidos de la América del Norte, en segundo lugar, pero casi con el mismo rango de Joseph Story<sup>220</sup>; Ernst G. Lorenzen sostuvo que, hasta la aparición de las obras de Westlake, Dicey y Foote, el tratado de Savigny “fue citado más que ninguno otro, excepto el de Story”<sup>221</sup>; y, según Ernst Rabel, la aplicación de la ley del asiento, a través de Francis Wharton, fue admitida por la Corte Suprema de los Estados Unidos en *Pritchard v. Norton* (106 U.S. 124, p. 130, (1882))<sup>222</sup>.

160. José María Trías de Bes hizo énfasis en la extraordinaria influencia del tratado de Foelix y del sistema de Savigny, “conocido en España a través de la traducción francesa de Guenoux”; ambos autores y el libro de Fiore, representaron las fuentes casi exclusivas de consulta hasta la promulgación del Código Civil de 1889<sup>223</sup>. En sentido similar, en la segunda mitad de este siglo, Mariano Aguilar Navarro declaró enfáticamente: “en cuanto a los medios españoles, no es exagerado afirmar que fue Savigny el autor que más crédito gozó y al cual, de un modo o de otro, todos nos hemos sentido vinculados”<sup>224</sup>.

161. Por tanto, no debe extrañar que Don Jacinto Messia y Manuel Poley efectuaran la traducción española, en seis volúmenes, de los ocho tomos

---

<sup>219</sup> WOLFF, “IPR”, 1ª ed., op. cit., p. 15.

<sup>220</sup> WOLFF, Martín. *Private International Law*. Oxford, 1950, p. 37.

<sup>221</sup> LORENZEN, Ernst G. “Story’s Commentaries on the Conflict of Laws - One Hundred Years after”, (1934) 48 *Harvard Law Review* 15, reproducido en *Selected Articles on the Conflict of Laws*, New Haven, 1947, p. 197.

<sup>222</sup> RABEL, op. cit., Tomo I, p. 95.

<sup>223</sup> TRIAS DE BES, José María. “Conception du Droit International Privé d’après la Doctrine et la Pratique en Espagne”, *Recueil des Cours*, 1930 I, Tomo 31, pp. 637-638.

<sup>224</sup> AGUILAR NAVARRO, Mariano. *Derecho Internacional Privado*, reimpresión de la Tercera Edición. Revisada con la colaboración de Julio D. González Campos y Mariano Aguilar Benítez de Lugo, Volumen I, tomo I, Madrid, 1973, N° 162, p. 277.



originales del "Sistema de Derecho Romano Actual", publicada por primera vez en 1879 en Madrid, con prólogo de D. Manuel Durán; y el éxito logrado impuso una segunda edición pocos años más tarde.

162. La traducción italiana del tomo octavo lleva por título: **Regola di diritto. I limiti di spazio**; apareció en Turín en 1897 y fue hecha por Sciajola. Sin embargo, no resulta discutible el conocimiento de sus enseñanzas con mucha anterioridad, según lo demuestran las explicaciones de Lomonaco, Brusa, Pertile y Pasquale Fiore <sup>225</sup>.

163. La importancia de las enseñanzas de Savigny en Europa se dejó sentir, avanzado el presente siglo, en los países del mundo socialista. A pesar del antagonismo doctrinario subyacente, Friedrich K. Juenger ha recordado que la "Ley de Aplicación del Derecho" (**Rechtsanwendungsgesetz**), promulgada el cinco de diciembre de 1975 en la extinguida República Democrática Alemana, trató de imitar los modelos burgueses; conducta adoptada también por la literatura jurídica y la legislación de los demás Estados del Este. Sin embargo, ni la jerga política (**political jargon**) ni las citas de Marx y Lenin pueden esconder su respeto de las ideas tradicionales de Derecho Internacional Privado; y como lo demuestra la Ley alemana, "la deuda científica de los países socialistas es mucho mayor con Friedrich Car von Savigny que con su **disciple ingrat, Karl Marx**" <sup>226</sup>.

#### *H. La influencia de Savigny en el hemisferio americano en la segunda mitad del siglo XIX*

164. A comienzos del presente siglo el doctor Estanislao S. Zeballos, en sus "Notas" al "Manual de Derecho Internacional Privado" de André Weiss, afirmó que las enseñanzas de Savigny realizan la **unidad jurídica** dentro de la **diversidad de efectos**; y, luego de advertir que sus discípulos en América "son numerosos y algunos ilustres" agregó:

<sup>225</sup> GUTZWILLER, art. cit., p. 363.

<sup>226</sup> JUENGER, Friedrich K. "The Conflicts Statute of the German Democratic Republic: An introduction and Translation", *The American Journal of Comparative Law*, 1977, tomo 25, pp. 352-353; JUENGER, op. cit., p. 40.

...Derecho Internacional Privado de su doctrina fueron examinados en la tarde del catorce de diciembre; y se leyeron las siguientes ponencias: Fausto Pocar, "Considerazioni sull'attualità del pensiero internazionalprivatistico di Augusto Teixeira de Freitas"; Anna María Villela. "O direito internacional

la preparación de un Proyecto, que se publicó en Buenos Aires en 1888, bajo el título: **Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado y su Comentario**.

173. Ahora bien, Gonzalo Ramírez “desempeñó en la historia de la codificación del Derecho Internacional Privado en América un papel similar al de Pasquale Stanislao Mancini en Europa”<sup>239</sup>; y fue “partidario exaltado del principio del domicilio, defensor de la doctrina de Savigny”<sup>240</sup>. No obstante, consideraciones propias a las realidades de este Hemisferio lo impulsaron a abandonar las ideas de Savigny y a consagrar, en su “Proyecto”, la competencia de la *lex rei sitae*, en forma absoluta, para regir la sucesión de los bienes, muebles o inmuebles<sup>241</sup>.

174. Una vez reunido el “Congreso Jurídico Sud-Americano de Derecho Internacional Privado” se designó la Comisión de Derecho Civil, compuesta por Manuel Quintana (Argentina), Santiago Vaca Guzmán (Bolivia) y Belisario Prats (Chile)<sup>242</sup>; pero no les fue posible unificar criterios, motivo por el cual presentaron dos proyectos a consideración de la Asamblea<sup>243</sup>.

---

codificación del Derecho Internacional Privado: “1° Cada Estado puede exigir que todas las personas y cosas que existen en su territorio y los actos que afectan a unas y a otras se rijan por sus propias leyes; por consiguiente, ningún Estado puede extender más allá de los límites que marcan sus fronteras, la aplicación de su Derecho nacional. 2° Que si bien la aplicación de la ley extranjera no se impone por la nación que la ha promulgado, muy a menudo el Derecho territorial decide su vigencia porque en concepto del legislador, esa ley consulta mejor, en el caso especial de que se trata, las verdaderas conveniencias y los preceptos de justicia que sirven de base a las instituciones del país que legisla. Estos principios que consagran la autonomía de cada Estado para aceptar o rechazar en determinados casos la aplicación de las leyes extranjeras, hacen todavía más urgente la necesidad de codificar el Derecho Internacional Privado por medio de convenciones internacionales” (**Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado y su Comentario**, Buenos Aires, 1888 pp. 7-8).

<sup>239</sup> NOLDE, Barón Boris. “La Codification du Droit International Privé”, *Recuell des Cours*, 1936, I, Tomo 55, p. 353.

<sup>240</sup> VALLADAO, “Direito”, *op. cit.*, p. 195.

<sup>241</sup> Así fue previsto por el artículo 32 del Proyecto, ampliamente fundamentado en su comentario, donde combate la opinión de Savigny, según había sido reproducida por Pasquale Fiore (“Proyecto” *op. cit.*, pp. 35, 169-181). Sin embargo, y a pesar de la enérgica defensa de esa posición, en el segundo párrafo del artículo trigésimo segundo, admitió la excepción propuesta por Savigny a la *lex rei site*, “para considerar radicados en el domicilio de su poseedor, los bienes muebles que el transeúnte lleva consigo y que son de su uso personal y aquellos que se encuentran de tránsito por estar destinados a ser vendidos o transportados fuera del territorio, sin haberse llegado a radicar en él” (“Proyecto”, *op. cit.*, pp. 24, 92-102).

<sup>242</sup> **Actas de las Sesiones del Congreso Sud-Americano de Derecho Internacional Privado**, Buenos Aires, 1894, Acta N° 4, Sesión del 19 de septiembre de 1888, p. 45.

<sup>243</sup> “Actas”, *op. cit.*, Acta Número 18, Sesión del catorce de noviembre de 1888 pp. 119-120.

La diferencia fundamental entre ambos se encuentra en la determinación de la ley aplicable a la capacidad, a los contratos y a las sucesiones, por cuanto la mayoría (Quintana y Vaca-Guzmán) se pronunció por las leyes del domicilio, del lugar de ejecución y de la situación de los bienes, muebles o inmuebles, respectivamente; mientras que la minoría (Prats) sometió la capacidad de las personas a la ley de la residencia, la forma y la substancia de los contratos al principio **locus regit actum**, y la materia sucesoral a la ley del último domicilio del difunto <sup>244</sup>.

175. El Miembro informante de la mayoría de la Comisión de Derecho Civil, doctor Manuel Quintana (Argentina), en la sesión de veintitrés de enero de 1889 utilizó los argumentos de Savigny para someter la capacidad a la ley del domicilio, con expreso rechazo de la solución propuesta por Wächter, "fundada sobre una distinción injustificable entre la capacidad y sus efectos" <sup>245</sup>; hizo referencia a Waechter y a Savigny como los precursores en rechazar la distinción entre bienes muebles e inmuebles, por ser "incompatible con la verdadera naturaleza de las cosas e inconsecuente con el principio fundamental de la soberanía del Estado" <sup>246</sup>; sostuvo la competencia exclusiva de la **lex loci executionis** para regir los contratos, en seguimiento del "sistema bosquejado por Waechter, desarrollado por Savigny, apoyado por Phillimore, ampliado por Ramírez y que, propiamente, arranca del Derecho romano, esa fuente inagotable de equidad, de justicia y de ciencia" <sup>247</sup>; defendió las enseñanzas de Charles Dumoulin, aceptadas por Savigny, entre muchos otros jurisconsultos de épocas posteriores, para determinar la ley aplicable al régimen de los bienes en el matrimonio <sup>248</sup>; sometió la prescripción a la ley aplicable a la relación jurídica en cuestión, porque "como Savigny" lo hace notar, es la más conforme a los principios y a la equidad" <sup>249</sup>.

176. No obstante, el doctor Manuel Quintana también advirtió que el Proyecto presentado por la mayoría no siguió algunas soluciones propuestas por Savigny, a saber: la competencia de la ley del marido al tiempo de la

---

<sup>244</sup> NOLDE, art. cit., p. 354.

<sup>245</sup> Actas, op. cit., Acta Número 27, pp. 388-389.

<sup>246</sup> Actas, op. cit., Acta Número 27, p. 407.

<sup>247</sup> Actas, op. cit., Acta Número 27, p. 413.

<sup>248</sup> Actas, op. cit., Acta Número 27, pp. 421-423.

<sup>249</sup> Actas, op. cit., Acta Número 27, pp. 434-435.

celebración para regir la capacidad matrimonial, porque asimila “el matrimonio a los contratos ordinarios de la vía civil”, “aparte de que su doctrina no ha sido adoptada por ningún otro juriconsulto”<sup>250</sup>; la excepción a la *lex rei sitae* para los artículos personales de los viajeros y los bienes en tránsito<sup>251</sup>; el principio *locus regit actum*<sup>252</sup>; y el régimen unitario de la sucesión<sup>253</sup>.

177. Los Plenipotenciarios reunidos en el Congreso Jurídico Sudamericano aprobaron las conclusiones de la mayoría de la Comisión; y, por tanto, las explicaciones del doctor Manuel Quintana son válidas para demostrar la influencia de Savigny en el “Tratado de Derecho Civil Internacional”, suscrito en Montevideo el doce de febrero de 1889. Así lo reconoció el doctor Quintín Alfonsín, quien es categórico cuando advierte que, a menudo, fueron consagradas “soluciones concretas propuestas por Savigny y recomendadas por Ramírez, como ser: la ley del domicilio para regular los derechos de las personas<sup>254</sup>, la eliminación de las diferencias tradicionales entre el régimen de los bienes raíces y el de los bienes muebles, y la adopción de la *lex loci solutionis* para el Derecho de los contratos”<sup>255</sup>.

### *I. La divulgación de la doctrina de Savigny en Venezuela*

178. El “Sistema de Derecho Romano Actual” se encuentra citado muy rara vez por los autores venezolanos del siglo XIX. No obstante, muy poco tiempo después de su aparición, el doctor Julián Viso lo mencionó dentro de las fuentes de consulta utilizadas en la preparación de su **Proyecto de Código Civil**, circunstancia ésta muy notable que demuestra el desarrollo jurídico existente en Valencia, ciudad relativamente distante de la capital de la República. En efecto, el doce de marzo de 1853, solicitó una ayuda económica del Congreso para concluir la obra iniciada; y a fin de justificar la petición acompañó un

<sup>250</sup> *Actas*, op. cit., Acta Número 27, p. 403.

<sup>251</sup> *Actas*, op. cit., Acta Número 27, p. 409. En este aspecto la mayoría también abandonó la solución propuesta por Gonzalo Ramírez en su **Proyecto**.

<sup>252</sup> *Actas*, op. cit., Acta Número 27, pp. 419-423.

<sup>253</sup> *Actas*, op. cit., Acta Número 27, pp. 423-432.

<sup>254</sup> No obstante, es preciso señalar la defensa del principio de la nacionalidad para regir el estado y la capacidad de las personas hecha por el Plenipotenciario del Brasil, Domingo de Andrade Figueira, quien se incorporó tardíamente a los trabajos el diez de diciembre de 1880 (*Op. cit.*, Acta N° 15, p. 216) y dejó constancia escrita de sus ideas en la sesión del trece de febrero de 1889 (*Op. cit.*, Acta N° 34, pp. 637-640).

<sup>255</sup> ALFONSIN, *op. cit.*, p. 248.

documento demostrativo del estado de los trabajos, con algunas **Observaciones que dan una idea sintética del Proyecto de Código Civil que se presenta al Congreso de la República.**

179. Ahora bien, en sus "Observaciones", el doctor Julián Viso hizo expreso señalamiento de "haber estudiado con esmero la teoría de la viabilidad en un Apéndice del tomo 3º de la obra sobre Derecho Romano del sabio y eminente Savigny, que tanto ha ilustrado la ciencia con sus estudios en las escuelas alemanas <sup>256</sup>; y de haberse inspirado, para redactar el título "De la Posesión", "en las obras de Savigny, Hugo y Niebuhr" <sup>257</sup>.

180. Gracias a la ayuda económica del Congreso, el doctor Julián Viso pudo terminar con rapidez la tarea comenzada por iniciativa propia; y, una vez concluidos los trabajos, en veinte enero de 1854 se dirigió al Presidente de la República, General José Gregorio Monagas, para acompañarle el **Proyecto de Código Civil**. En esa oportunidad hizo nuevo señalamiento de haberse inspirado tanto en la doctrina Savigny como en las "grandes autoridades" de Pothier, Merlin, Favard de Langlade, Portalis, Pardessus, Zachariae, "de algunos prácticos españoles y de Vidaurre que consagró su pluma a la República del Perú" <sup>258</sup>. Sin embargo, las enseñanzas de Savigny no dejaron huella de ninguna clase en la regulación de los problemas de colisión de las leyes en el espacio; antes al contrario el tratamiento de la materia fue muy rudimentario en el "Proyecto de Código Civil" del doctor Julián Viso de 1854 <sup>259</sup>.

181. El primer Código Civil de Venezuela, que promulgó el General José Antonio Páez el veintiocho de octubre de 1862, también fue preparado por el doctor Julián Viso, pero en esta oportunidad su modelo fue el Código Civil chileno de 1855; y, por tanto, reprodujo la concepción territorialista de Don

<sup>256</sup> La mención es verdaderamente significativa pues el doctor Julián Viso citó el tercer tomo del "Sistema de Derecho Romano Actual" tan sólo trece años después de su publicación en Berlín en 1840.

<sup>257</sup> Julián Viso al Congreso de la República presentando un Proyecto de Código Civil, Fascículo de ocho páginas, impreso en Valencia, 1853, pp. 3-7 (Véase al respecto: Gonzalo Parra- Aranguren, "Nuevos Antecedentes sobre la Codificación Civil (Código Civil de 1862)", Caracas, 1974; reproducido en *Monografías Selectas de Derecho Internacional Privado*, Caracas, 1984, N° 26, pp. 62-65).

<sup>258</sup> VISO, Julián. *Proyecto de Código Civil*, Caracas, 1854, pp. 10-11.

<sup>259</sup> PARRA-ARANGUREN, Gonzalo. "Los Antecedentes de la Codificación Civil y el Derecho Internacional Privado venezolano (1810-1862)", "Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello", Caracas, 1966, N° 2, pp- 77-143, reproducido en *Monografías*, op. cit., Nos. 26-40, pp. 61-82).

Andrés Bello, con el aditamento de la *comitas gentium* para justificar la aplicación de las leyes extranjeras, en un todo acorde con las ideas predominantes en la doctrina venezolana de la época <sup>260</sup>.

182. El licenciado Luis Sanojo expuso sus ideas sobre Derecho Internacional Privado en el tomo I de sus **Instituciones de Derecho Civil Venezolano** (Nos. 36-58, páginas 34-67), cuando comentó el “Título Preliminar” del Código Civil promulgado el veinte de febrero de 1873; y en el “Prólogo” hizo, entre otros, el siguiente señalamiento:

“Nuestro principal trabajo ha sido extractar la buena doctrina de los autores que hemos tenido a mano. Toullier, Troplong, Savigny, Demolombe, Mourlon, Pacifi Mazzoni son los autores que con más frecuencia hemos consultado, muy especialmente los dos últimos y más todavía Mazzoni, que nos ha servido de guía, y de quien no pocas veces hemos copiado largos pasajes, por ser un excelente expositor del código italiano sobre el cual está calcado el nuestro. Pocas veces los hemos nombrado, por no aumentar el volumen de nuestro libro con las repetidas citas que habríamos tenido que hacer. Pero aquí lo decimos una vez por todas: con excepción de uno que otro punto en que nuestra legislación se aparta de la que comentaron aquellos ilustres maestros y de otros en que nos hemos separado de su opinión, toda la doctrina que exponemos es tomada de ellos” <sup>261</sup>.

183. No obstante mencionarlo dentro de sus fuentes de inspiración resulta difícil establecer si el Licenciado Luis Sanojo consultó en forma directa las enseñanzas de Federico Carlos de Savigny. En efecto, algunos años antes obtuvo la información de manera indirecta, cuando utilizó sus argumentos para comentar la tarea codificadora, pues dejó constancia expresa de haber tomado

---

<sup>260</sup> A título de ejemplo cabe recordar la comunicación dirigida por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Venezuela al Encargado de Negocios de España, fecha veinticinco de noviembre de 1863, donde se afirmaron con toda energía los postulados de la doctrina holandesa según fueron reproducidos en la obra de J.J.G. Foelix (*Memoria del Ministerio de Relaciones Exteriores*, Año 1863, documento N° 8, pp. 47-48); y en el mismo sentido se expresó el dictamen del Consejo de Gobierno, aprobado el veintidós de diciembre de 1863 (*Secretaría del Interior*, Archivo General de la Nación, año 1865, tomo DCCXLVII, pp. 437-446). Idénticos conceptos sostuvo Felipe Larrazábal en varios artículos publicados en el periódico *El Federalista*, donde reiteró los planteamientos de Joseph Story según los reprodujera Foelix (*El Federalista*, N° 106, Caracas, tres de diciembre de 1863).

<sup>261</sup> SANOJO, Luis, *Instituciones de Derecho Civil Venezolano*, Tomo I, Caracas, 1873, p. 31.

la cita del análisis hecho por Lerminier del libro: "De la Vocación de nuestro siglo respecto de la legislación y la jurisprudencia"<sup>262</sup>.

184. Por otra parte, el licenciado Luis Sanojo no hizo ninguna cita del "Sistema de Derecho Romano Actual", ni siquiera aparece mencionado el nombre de Savigny en sus explicaciones sobre Derecho Internacional Privado, hechas en las **Instituciones de Derecho Civil Venezolano**. Sin duda alguna, este silencio resulta muy difícil de entender porque algunas páginas antes de iniciar el estudio de los problemas de colisión de las leyes en el espacio se había referido en dos oportunidades a Savigny<sup>263</sup>, en forma conjunta con Vattel<sup>264</sup> y con Bello<sup>265</sup>, cuando examinó el problema de la interpretación de las leyes.

185. El silencio del licenciado Luis Sanojo resulta todavía más significativo cuando se recuerda su categórica afirmación:

"El gran principio general que domina todo el asunto y que sirve como de criterio para resolver los casos particulares que se presenten en la práctica es que deben aplicarse las leyes extranjeras cuando así lo exijan los miramientos (comitas) que se deben las naciones entre sí y su conveniencia recíproca. Principio vago y general, pero que debe aceptarse en esos términos, en atención al gran número de relaciones jurídicas que ocurren entre individuos de distintas naciones"<sup>266</sup>.

El licenciado Luis Sanojo sostuvo asimismo:

"El efecto que las leyes de un país hayan de tener en otro depende exclusivamente del consentimiento, tácito o expreso, de éste... Por ello cuando la ley de una nación tiene disposiciones relativas a la observancia de las leyes extranjeras,

---

<sup>262</sup> SANOJO, Luis. **Juicio sobre el Código Civil**, Caracas, 1867, p. 2.

<sup>263</sup> El párrafo final del número 30 de Sanojo es una cita textual de Savigny, sin indicación de su fuente; y en el número 31 utiliza la distinción entre motivos subjetivos y objetivos del Legislador hecha por Savigny en el Capítulo Cuarto (Nos. XXXII-LI) del Tomo Primero de su "Sistema de Derecho Romano Actual" (Op. cit., Tomo I, pp. 24-27).

<sup>264</sup> La referencia es al libro: **Le Droit des gens**, Liv. II, N° 288.

<sup>265</sup> La cita de Bello es a sus **Principios de Derecho Internacional**, Part. 1ª, cap. 10, N° 3º, número 13 y su nota.

<sup>266</sup> SANOJO, **Instituciones**, Tomo I, op. cit., N° 37, p. 35.

debe cumplírselas. Es sólo en el caso en que calle la ley del país sobre algún punto determinado, cuando pueden los tribunales juzgar, en los casos particulares que ocurran, hasta donde deben observarse las leyes extranjeras, atendiendo a la conveniencia universal y a la práctica general del mundo civilizado”<sup>267</sup>.

186. Desde esta perspectiva el licenciado Luis Sanojo hizo las siguientes explicaciones adicionales en relación con Venezuela:

“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 la de todos los pueblos cultos. Es, pues, del dominio del expositor de aquel Código discurrir sobre aquellas reglas, y tratar de establecerlas de la manera más sólida y conforme con los principios. Es indudable, como dice Foelix, 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 soberanía y el interés de sus propios súbditos. Esta es la doctrina profesada por todos los autores que han escrito sobre la materia y establecida en consecuencia por el Derecho Internacional”<sup>268</sup>.

187. Según puede apreciarse por la lectura de las transcripciones anteriores, las ideas del licenciado Luis Sanojo no pueden identificarse con el estricto rigor de la cortesía internacional (**comitas gentium**); y, en lugar de sostener la aplicación de la propia ley, reconoció a los jueces una función integradora del ordenamiento jurídico venezolano para resolver los casos conectados con varias legislaciones de conformidad con las directrices aceptadas por el Derecho Internacional. Por tanto, se comprenden sin dificultad las palabras del doctor Lorenzo Herrera Mendoza cuando enjuició la doctrina del licenciado Luis Sanojo en los términos siguientes:

“Fuera de sus profundos conocimientos generales, tuvo por maestros en esta disciplina científica a Foelix y a Savigny. Sanojo se maneja con soltura y

---

<sup>267</sup> SANOJO, *Instituciones*, Tomo I, op. cit., N° 36, p. 34.

<sup>268</sup> SANOJO, *Instituciones*, Tomo I, op. cit., N° 36, pp. 34-35.



criterio firme, aun en medio de las más serias oscuridades y dificultades. Y donde culmina principalmente su sapiencia es cuando examina los temas que se hallan fuera de las previsiones legislativas y de la teoría general por él seguida, o sea, cuando el expositor de 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. En las cuestiones propiamente estatutarias, Sanojo se inspiró en Foelix, a quien citó varias veces (**Traité de Droit International Privé**, París, 1843, 2 tomos). Y en el resto, siempre que pudo manejarse más libremente, siguió la 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"<sup>269</sup>.

188. En forma prácticamente simultánea con las explicaciones del licenciado Luis Sanojo, el doctor Cecilio Acosta expuso sus ideas sobre Derecho Internacional Privado en algunos breves estudios, con numerosas referencias a los autores más importantes de la época, que fueron recopilados en sus **Obras Completas**, publicadas en 1908 por orden del Presidente de la República, General Cipriano Castro<sup>270</sup>; y de acuerdo con las concepciones predominantes en la época, el doctor Cecilio Acosta sostuvo, como primer principio, que "toda nación puede legislar en lo civil y en lo criminal para las personas y cosas que están dentro de su jurisdicción territorial". Sin embargo, reconoció asimismo "que hoy todas las naciones civilizadas están de acuerdo en que en ciertos casos, aun sin poner en cuenta la costumbre y los tratados, les es útil por conveniencia y cortesía (*ex comitate*) aplicar las leyes extranjeras"<sup>271</sup>.

<sup>269</sup> HERRERA MENDOZA, Lorenzo. "La Escuela Estatutaria en Venezuela y su Evolución hacia la Territorialidad", Caracas, 1943; **Temas Conexos**, Caracas, 1961, p. 164-165.

<sup>270</sup> ACOSTA, Cecilio. "Estudios de Derecho Internacional. Derecho de Legislación", **Obras Completas**, Tomo I, Caracas, 1908. Los artículos, reunidos bajo el rubro "Estudios de Derecho Internacional", no incluyen la totalidad de su producción y se encuentran precedidos de la siguiente advertencia: "No dejó el autor concluido un tratado completo de esta materia, y además faltan entre los originales algunas partes que no han podido hallarse. Esto último se verá indicado como de costumbre por líneas de puntos suspensivos. Parece que de estos Estudios, el último -sobre Trento- fue escrito pocos años antes de 1880 y el resto en años anteriores" (*Op. cit.*, Tomo I, p. 17).

<sup>271</sup> ACOSTA, *op. cit.*, Tomo I, p. 30.

189. En sus explicaciones sobre temas concretos, el doctor Cecilio Acosta afirmó la necesaria intervención del orden público para descartar la competencia, reconocida en principio a la *lex loci actus* para regir la forma y los efectos de los contratos, porque “la conveniencia y la cortesía entre naciones (*comitas*), es para provecho y no para sacrificio”. De inmediato, con el propósito de ejemplificar esta intervención recordó que “en este particular Savigny trae la hipótesis de una persona sometida por la ley personal de su país a la ley del patrimonio religioso, que lo contraiga en otro país, donde aquél o no se conoce o no es obligatorio; y sostiene que no se ha creado vínculo alguno y que el acto es inválido”<sup>272</sup>. De esta manera queda demostrado su conocimiento de las enseñanzas de Savigny, en forma directa o indirecta pues no menciona la fuente; aun cuando, sin duda alguna, no dejaron huella perceptible en la concepción del Derecho Internacional Privado del doctor Cecilio Acosta.

190. A reserva de una investigación más completa, que escapa de los límites de este trabajo, resulta posible afirmar que el “Sistema de Derecho Romano Actual”, no fue objeto de consulta directa por los juristas venezolanos que estudiaron problemas de Derecho Internacional Privado en las últimas décadas del siglo XIX y comienzos del presente. Sin embargo, también parece indudable que las enseñanzas de Savigny tuvieron difusión en Venezuela, al menos en forma indirecta, a través de autores de gran prestigio en nuestro país, como lo fueron, en particular, el Tratado de J.J.G. Foelix, con las anotaciones de Charles Demangeat; las explicaciones de Pasquale Fiore, inclusive su crítica de la metodología savigniana a partir de la tercera edición<sup>273</sup>; y las valiosas contribuciones del holandés Tobías M.C. Asser, con las notas complementarias

<sup>272</sup> ACOSTA, *op. cit.*, Tomo I, p. 33.

<sup>273</sup> En la primera edición de sus *Elementi di Diritto Internazionale Privato*, publicada en Florencia en 1869, Pasquale Fiore “siguió la dirección propuesta por Savigny”, y en el mismo sentido se orienta la segunda edición de 1874, que constituyó una mera reproducción de la primera, por cuanto, según informa el propio autor le agregó “únicamente un apéndice con diferentes disposiciones relativas a la materia” (*Op. cit.*, p. 39); pero, como explicó en su tercera edición de 1888, “después de estudios concienzudos” consideró criticable la metodología savigniana orientada a la determinación de la ley aplicable a través de la localización del asiento de la relación jurídica controvertida, pues “nos hemos convencido de que para resolver el problema es necesario determinar los límites de la autoridad de cada ley, en cuanto al espacio, y precisar cuándo debe ser territorial y cuándo extraterritorial la eficacia de cada precepto imperativo” (*Derecho Internacional Privado o Principios para resolver los Conflictos entre las leyes civiles, comerciales, judiciales y penales de los diversos Estados*. Versión española anotada por don Alejo García Moreno. Segunda Edición completamente refundida y considerablemente ampliada. Tomo I, Madrid, 1889, N° 32, pp. 102-103).

de Alfonso Rivier<sup>274</sup>; del belga François Laurent y del francés André Weiss<sup>275</sup>. Por otra parte, determinadas opiniones de Savigny sobre temas concretos también se divulgaron gracias a las numerosas citas que se encuentran tanto en la "Exposición de Motivos" del Tratado de Lima de 1878 como en los documentos preparatorios del Tratado de Derecho Civil, suscrito en Montevideo en 1889.

191. La afirmación anterior encuentra manifiesto apoyo en los trabajos de los autores venezolanos más importantes en las últimas décadas del siglo pasado y comienzos del presente. En efecto, el primer tomo del **Derecho Internacional Hispano-Americano (Público y Privado)**, publicado en 1884 por el doctor Rafael Fernando Seijas, tuvo como propósito "codificar la legislación internacional hispano-americana, interna y externa, en síntesis breve y clara, como consecuencia de los antecedentes"; y, además de reproducir la "Exposición de Motivos", en las conclusiones generales, que afirmó tenían carácter de "definitivas, pasadas en autoridad de cosa juzgada", se limitó a repetir las reglas sobre escogencia de la ley aplicable consagradas por el Tratado de Lima de 1878<sup>276</sup>.

192. Los **Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil Venezolano** del doctor Ramón F. Feo, publicados entre 1904 y 1907, incluyeron algunas explicaciones sobre Derecho Internacional Privado, cuando comentó el orden de prelación de las fuentes jurídicas establecido por su artículo undécimo y los preceptos relativos a la eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras en Venezuela<sup>277</sup>. En ambos casos transcribió las partes pertinentes del Tratado de Lima de 1878, la opinión de los miembros de la mayoría de la Comisión que preparó el Proyecto y las soluciones definitivas del "Tratado de Derecho Civil" suscrito en Montevideo en 1889<sup>278</sup>.

---

<sup>274</sup> El **Derecho Internacional Privado**, de Tobías M.C. Asser, con las anotaciones de Alfonso Rivier, fue traducido al español por Joaquín Fernández Prida, adicionada de un prólogo y notas complementarias.

<sup>275</sup> La quinta edición del **Manual de Derecho Internacional Privado** de André Weiss fue traducida al español en 1912, en dos tomos, por el profesor argentino Estanislao Zeballos, con un prólogo y notas complementarias.

<sup>276</sup> SEIJAS, Rafael Fernando. **Derecho Internacional Hispano-Americano (Público y Privado)**, Tomo I, Caracas, 1884, pp. 222-224; 236-240.

<sup>277</sup> En relación con este último tema, el doctor Ramón F. Feo utilizó con gran amplitud, entre otras fuentes, la monografía de Pasquale Fiore: **Effetti Internazionali delle Sentenze e Degli Atti. Parte Prima. Materia Civile**, Pisa-Roma-Turín-Florenca, 1875.

<sup>278</sup> FEO, Ramón F. **Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil Venezolano**, Tomo I, Caracas, 1904, pp. 39-42, Tomo III, Caracas, 1907, pp. 189.

que forman parte integrante el territorio nacional, se ha adoptado la regla de que, en la duda de si una ley es personal o real, se considere como de esta última especie; y que para decidir si la cosa es mueble o raíz se atienda a la ley del lugar de la situación”. Por último, hizo la siguiente recomendación: “En todo caso nunca está demás cuenta circunspección y prudencia muestren los jueces cada vez que se exija la aplicación de la ley extranjera con preferencia a la nacional, y en general en todo asunto que se relacione con el Derecho Internacional Privado”<sup>284</sup>.

197. La ausencia de toda mención a Federico Carlos de Savigny constituye denominador común de todos los autores venezolanos que aceptaron las fórmulas más severas de la territorialidad de la ley, en seguimiento de rancias doctrinas medioevales. En efecto, el doctor Aníbal Dominici expuso sus ideas sobre Derecho Internacional Privado en sus **Comentarios al Código Civil Venezolano** de 1896, cuando explicó el “Título Preliminar”; y en su “Prólogo” hizo la siguiente advertencia en términos generales:

“Con el fin de ayudar en sus tareas a la juventud venezolana, que parece hoy más inclinada que antes a la ciencia del Derecho, hemos escrito estos Comentarios, producto de notas y apuntaciones recogidas en el espacio de cerca de diez años que regentamos la cátedra de Código Civil y de Código de Comercio en la Universidad Central de la República. Hemos procurado poner al alcance de los estudiantes la buena doctrina jurídica, esparcida en los mejores tratados de los jurisconsultos franceses e italianos, sin especificar autores para no alargar la lectura con citas y referencias”<sup>285</sup>.

198. Sin embargo, un silencio similar se observa en otros escritores venezolanos de la época, no obstante haber defendido con entusiasmo los nuevos derroteros científicos encauzados dentro de la doctrina italiana de la personalidad del derecho. En efecto, a título de ejemplo, el doctor C. L. Mendoza no hizo cita alguna de Savigny en correspondencia al doctor Rafael Fernando Seijas fechada el diecisiete de septiembre de 1884, a pesar de sostener en términos categóricos:

---

<sup>284</sup> FEO, *op. cit.*, Tomo I, p. 38.

<sup>285</sup> DOMINICI, Aníbal. **Comentarios al Código Civil Venezolano**, “Prólogo”, Tomo I, Caracas, 1897, pp. xxv-xxvi.

"Adoptamos el fecundo lema en que funda Fiore su sistema, a saber: "Los Estados deben coexistir armónica y jurídicamente en la gran sociedad que se llama el género humano". Que el principio de Libertad, inseparable de la Justicia, sea la norma de nuestras relaciones públicas, como debe ser el regulador de nuestro comercio privado"<sup>286</sup>.

199. En Conferencia dictada en el Colegio de Abogados del Distrito Federal sobre **El dominio del Derecho Internacional Privado en la Legislación venezolana**, el doctor Carlos F. Grisanti no hizo referencia alguna a las enseñanzas de Savigny, aun cuando defendió con toda energía el principio de la personalidad de la ley, en la formulación del "eminente jurisconsulto" francés André Weiss; y, al examinar el tema relativo a protección de los extranjeros, tan sólo se refirió a las opiniones de Andrés Bello, Carlos Calvo en su edición francesa, Pasquale Fiore y August Wilhelm Heffter, en la traducción española<sup>287</sup>.

200. El doctor Carlos F. Grisanti tampoco mencionó las enseñanzas de Savigny en su Conferencia sobre **El Contrato de Matrimonio a la Luz del Derecho Internacional Privado**, pronunciada en 1903 en el Colegio de Abogados del Distrito Federal; y tan sólo hizo referencia a las opiniones de François Laurent, de Pasquale Fiore y de Manuel Quintana, estas últimas expresadas con motivo

---

<sup>286</sup> SEIJAS, *op. cit.*, Tomo II, Caracas, 1884, pp. XIV-XV. En esa misma oportunidad hizo referencia al "supremo combate" entre realistas y personalistas en materia sucesoral, para formular de inmediato el siguiente planteamiento: "¿Por qué nosotros, que no tuvimos Edad Antigua ni Edad Media, que somos de ayer, y nacimos a la vida de las naciones proclamando libertad y República, esto es, invocando la preeminencia de los intereses del individuo, cuando se mueve en la órbita de sus deberes -¿por qué hemos de conservar resabios y tradiciones feudales? Acaso porque no hemos podido contar con la reciprocidad de los demás Estados; pero fuera de que ésta no es razón que deba obstar para establecer lo justo, es de trascendental conveniencia para esos jóvenes países la doctrina moderna".

<sup>287</sup> *Anales de la Universidad Central de Venezuela*, Tomo I, Caracas, 1900, pp. 448-459; 693-701. A este respecto cabe advertir que los textos aprobados por el Gobierno Nacional para la enseñanza del Derecho Internacional eran las obras de Carlos Clavo y A. W. Heffter, según se desprende del Informe del Rector de la Universidad Central al Ministerio de Instrucción Pública, fechado el veinticuatro de diciembre de 1886. (*Memoria del Ministro de Instrucción Pública*, Año 1887, p. 281). La obra de Heffter, *Das europätschen Völkerrecht*, fue publicada en 1844, y existe una traducción española, hecha por G. Lizarraga en 1875 de la versión francesa preparada por M. Bergson, con vista de la quinta edición alemana. Carlos Calvo publicó en lengua española, en 1868, la primera edición de su *Derecho Internacional teórico y práctico de Europa y América*; aun cuando la segunda, tercera y cuarta ediciones aparecieron en idioma francés (1870-1872, 1880-1881, 1887-1888).

del examen del “Tratado de Derecho Civil”, suscrito en Montevideo en 1889<sup>288</sup>.

201. En el mismo año de 1903 el doctor Angel César Rivas, quien algún tiempo más tarde fue Profesor Titular de la Cátedra en la Universidad Central de Venezuela, en su artículo **Sobre el Contrato de Matrimonio en Derecho Internacional Privado** replicó los conceptos que había emitido el doctor Carlos F. Grisanti; y, no obstante reconocer su conformidad con los adelantos de la ciencia, en términos enfáticos sostuvo la opinión contraria, para declarar aplicable la ley venezolana a los efectos del matrimonio sobre los bienes ubicados en el territorio de la República. En apoyo de su solución sostuvo que el mandato del artículo octavo del Código Civil de 1896<sup>289</sup> “deberá comentarse, a pesar de los adelantos de la ciencia, con el espíritu receloso y egoísta de los hombres de la Edad Media”, porque “en él vive y fructifica el viejo sistema de la territorialidad del Derecho, por el cual es el hombre un accesorio de la gleba”; y, en consecuencia, afirmó: “si el contrato de matrimonio no pertenece al estatuto real, basta que en uno de sus efectos se relacione directamente con el régimen de los bienes para que a éstos se les aplique el artículo 8 del Código Civil”<sup>290</sup>.

202. En vista de la diferencia de criterios entre personalidades de tanta importancia en el medio forense venezolano, respecto al régimen de los bienes en el matrimonio a falta de capitulaciones, el Código de Abogados del Distrito Federal decidió someter el asunto al dictamen de una comisión compuesta por

---

<sup>288</sup> **Anales de la Universidad Central de Venezuela**, Año 1904, tomo V, Número III, pp. 1-18; **Revista de Ciencias Políticas**, Tomo I, Caracas, 1908, pp. 130-139; reproducido en el **Boletín de la Biblioteca de los Tribunales del Distrito Federal**. **Fundación Rojas Astudillo**, Años 1976-1977, Número 21, pp. 191-202.

<sup>289</sup> El artículo 8 del Código Civil de 1897, modificó el mandato de los Códigos anteriores de 1873 y 1880, de acuerdo con el cual “los bienes inmuebles, aunque estén poseídos por extranjeros, se registrarán por las leyes venezolanas”; y el nuevo texto dispuso: “Los bienes muebles o inmuebles situados en Venezuela aunque estén poseídos por extranjeros, se registrarán por las leyes venezolanas”. La reforma había permitido afirmar al doctor Aníbal Dominici: “esta regla constituye una innovación en las de nuestro Derecho Internacional Privado, porque en lo adelante respecto de las sucesiones hereditarias de bienes muebles no se podrá pretender que se determinen por la ley del domicilio del de cujus, ni por la de su origen, y queda fijada nuestra doctrina legal en materia que se había dejado a la jurisprudencia” (Op. cit., Tomo I, Prólogo, p. XXI).

<sup>290</sup> **Revista de Ciencias Políticas**, Tomo I, Caracas, 1908, pp. 307-309; reproducido en el **Boletín de la Biblioteca de los Tribunales del Distrito Federal**. **Fundación Rojas Astudillo**, Años 1976-1977, Número 21, pp. 203-206.

los doctores Ramón F. Feo, Félix Montes y Tomás Mármol. En su Informe, rendido el veinte de julio de 1903, la comisión no mencionó la opinión de Federico Carlos de Savigny, pero hizo referencia a los puntos de vista expresados por Pasquale Fiore, François Laurent, Vicent y Penaud, con especial recordatorio de la solución adoptada por el Congreso de Juristas reunido en Lima en 1878; y, en última instancia, acogió la solución defendida por el doctor Carlos F. Grisanti, "por considerarla como de mayor favor en el mundo científico", no obstante el mandato del artículo octavo del Código Civil de 1896 <sup>291</sup>.

203. El absoluto silencio del doctor Carlos F. Grisanti tuvo particular repercusión en el medio jurídico venezolano, en virtud de haber sido el Profesor Fundador de la cátedra de Derecho Internacional Privado en la Universidad Central de Venezuela, creada en 1897 <sup>292</sup>. En consecuencia, a pesar de sus ideas en un todo acordes con los avances de la ciencia, era imposible imaginar que recomendará la consulta del "Sistema de Derecho Romano Actual".

204. Los Informe presentados anualmente por el Rector de la Universidad Central de Venezuela al Ministerio de Instrucción Pública, a fin de cumplir el mandato legal, comprueban las dificultades para consultar en su fuente las enseñanzas de Federico Carlos de Savigny. En efecto, el "Informe" de 1900 sólo menciona "el profesor" cuando se refiere a los textos recomendados a los alumnos en el curso de "Legislación Comparada y Derecho Internacional Privado" <sup>293</sup>; en el año siguiente se indica únicamente el "Derecho Internacional Privado" de Tobías M.C. Asser y Alfonso Rivier <sup>294</sup>; y algunos años más tarde,

---

<sup>291</sup> *Anales de la Universidad Central de Venezuela*, Año X, tomo X, N° II, pp. 231-246; *Revista de Ciencias Políticas*, Tomo I, Caracas, 1908, pp. 310-318; reproducido en el *Boletín de la Biblioteca de los Tribunales del Distrito Federal. Fundación Rojas Astudillo*, Años 1976-1977, N° 21, pp. 207-216. La cita de Vicent et Penaud es a la obra: René Vicent - Edouard Pénaud. *Dictionnaire de Droit International Privé (Legislation - Doctrine - Jurisprudence françaises)*, Paris, 1888.

<sup>292</sup> La cátedra independiente para enseñar Derecho Internacional Privado sólo fue creada por Decreto Ejecutivo de veintisiete de septiembre de 1896; y dos semanas más tarde el doctor Carlos F. Grisanti fue nombrado Profesor Titular de la nueva cátedra en la Facultad de Ciencias Políticas de la Universidad Central de Venezuela (*Memoria del Ministerio de Instrucción Pública. Año 1898*, Documento N° 5, pp. 90, ss.).

<sup>293</sup> *Anales*, 1900, Año I, Tomo I, número 3, pp. 612-613. El Reglamento de la Facultad de Ciencias Políticas de fecha primero de abril de 1898 creó ocho cátedras y en la séptima, *De Legislación comparada*, se debía enseñar, en el último año de la carrera, *Legislación Comparada y Derecho Internacional Privado (Recopilación de Leyes y Decretos de Venezuela*, Tomo XXI, N° 8058, p. 41)

<sup>294</sup> *Anales*, 1901, Año II, Tomo II, Número 3, pp. 706-707.

en el Informe correspondiente a los años 1905 - 1906 son mencionados como existentes en la Biblioteca las obras de Carlos Carlos ("Le Droit International Theorique et Pratique"), en seis volúmenes; André Weiss ("Droit International Privé"), en cinco tomos y Pasquale Fiore ("Droit International Privé"), en tres volúmenes <sup>295</sup>.

205. La falta de toda mención expresa de Savigny en las explicaciones del doctor Carlos F. Grisanti necesariamente había de proyectarse en sus alumnos, aún en los más aprovechados. Así lo demuestra la tesis de grado para optar el título de doctor en Ciencias Políticas de uno de sus discípulos predilectos, el doctor Lorenzo Herrera Mendoza, quien examinó la "Autoridad Extraterritorial de las Leyes sobre el Matrimonio". En efecto, ninguna referencia crítica se encuentra a la competencia de la ley del domicilio del futuro marido afirmada por Savigny para regular la capacidad matrimonial de la mujer, ni tampoco se menciona su criterio en relación a la obligatoriedad de cumplir en el extranjero las formalidades religiosas impuestas por la ley del domicilio.

No obstante, el doctor Lorenzo Herrera Mendoza hizo una vigorosa defensa de la doctrina de la personalidad del derecho y la contrapuso a la teoría de la territorialidad de la ley, con expresa cita de las opiniones en el mismo sentido de Pasquale Fiore, en su "Derecho Internacional Privado", versión española de 1888; François Laurent en "Le Droit Civil International", y del "Traité Elementaire de Droit International Privé" de Andrés Weiss publicado en 1890. Además de estos autores, en la Bibliografía de libros consultados indicó los siguientes: Tobías Asser ("Derecho Internacional Privado", en su versión española de García Moreno, 1888; Carlos Calvo ("Le Droit International théorique et pratique"); Aníbal Dominici ("Comentarios al Código Civil Venezolano"); A. W. Heffter (Derecho Internacional Público de Europa, 1875) y Luis Sanojo ("Instituciones de Derecho Civil Venezolano") <sup>296</sup>.

---

<sup>295</sup> Memoria del Ministerio de Instrucción Pública, Año 1907, tomo VIII, pp. 27, 169. A este respecto es de recordar que el veinticuatro de septiembre de 1900 el Rector acordó "fundar en una de las salas de la Universidad Central una biblioteca de textos que se pondrá a disposición de los estudiantes"; resolución fundamentada en los siguientes Considerandos: "que en las librerías de cá capital se encuentran difícilmente los textos que los catedráticos recomiendan a los cursantes; y que, aun así, están aquellos, por su precio elevado, fuera de los recursos de gran parte de los mismos" (Anales, 1900, Año I, N° 3, p. 562).

<sup>296</sup> Anales de la Universidad Central de Venezuela, 1902, Año III, Tomo III, Nos. 3-4, pp. 403-510. Los miembros del Jurado fueron los doctores Angel César Rivas, J.B. Bance y J.B. Pérez. El autor dedicó su tesis de grado a sus padres y hermanos y a su catedrático de Derecho Internacional Privado, doctor Carlos F. Grisanti, "como homenaje de admiración y respeto".



206. Las opiniones territorialistas del doctor Aníbal Dominici fueron criticadas con gran energía en el estudio sobre **Los Conflictos de Leyes en el Código Civil Venezolano**, presentada por el doctor Diego Arreaza Romero como tesis de grado para optar el título de Doctor en Ciencias Políticas; y en términos categóricos sostuvo la compatibilidad de las disposiciones del Título Preliminar del Código Civil de 1904 con la doctrina de la personalidad del Derecho expuesta por André Weiss, con la restricción del orden público y las atenuaciones derivadas de la regla *locus regit actum* y el principio de la autonomía de la voluntad <sup>297</sup>.

207. No obstante la recalcitrante posición adoptada en 1903 al examinar el régimen de los bienes en el matrimonio, oportunidad en la cual no era imaginable siquiera la cita favorable de las enseñanzas de Savigny, las ideas del doctor Angel César Rivas fueron evolucionando para adecuarse a los adelantos de la ciencia; y en su estudio titulado: **De la observancia de la ley extranjera y su garantía**, aparecido en 1906, afirmó el deber del Juez de investigarla de oficio cuando era declarada competente por la norma de Derecho Internacional Privado; y también sostuvo la posibilidad de interponer recurso de casación en los casos de su infracción por los jueces de instancia.

Aun cuando ninguna mención se encuentra de las enseñanzas de Federico Carlos de Savigny, el artículo del doctor Angel César Rivas se caracteriza por la abundancia de sus referencias a diversos autores extranjeros, con particular señalamiento de las contribuciones hechas por Pascuale Stanislao Mancini y Ludwig von Baren al "Journal de Droit International" (1875, 1888); y de las ideas expuestas por Tobías Asser, Charles Brocher, Frantz Despagnet, J.J.G. Foelix, Armand Lainé, Robert Phillimore y Joseph Story <sup>298</sup>.

208. En la época inmediata posterior el doctor Angel César Rivas colaboró con importantes revistas especializadas en Derecho Internacional Privado: gracias a su iniciativa fue reproducida en el **Journal de Droit International Privé et de Législation Comparée** la decisión que admitió el reenvío de primer grado, "sin discutirlo", dictada por la Corte Superior del Distrito Federal en veinticuatro

<sup>297</sup> ARREAZA ROMERO, Diego. *Los Conflictos de Leyes en el Código Civil Venezolano*, Caracas, 1907, pp. 23-28.

<sup>298</sup> *Anales de la Universidad Central de Venezuela*, Tomo VII, 1906, pp. 257-286.

de septiembre de 1906<sup>299</sup>; y algunos años más tarde escribió una síntesis sobre **Le Droit International Privé et Pénal du Venezuela**, publicada en 1912 en la **Revue de Droit International Privé et de Droit Pénal International**<sup>300</sup>.

Ahora bien, en esta oportunidad el doctor Angel César Rivas tampoco mencionó las enseñanzas de Federico Carlos Savigny, aun cuando sostuvo con toda energía que los términos utilizados por el Legislador venezolano indicaban claramente su rechazo del sistema de la cortesía (**comitas gentium**); y también su preferencia por la concepción doctrinaria que considera la aplicación del Derecho extranjero como una obligación internacional de los Estados, fundamentada en el necesario respeto mutuo que se deben las diversas soberanías en su cualidad de miembros de una sola y única comunidad internacional<sup>301</sup>.

209. Particular interés ofrecen sus explicaciones sobre la ley aplicable a los bienes de acuerdo con el sistema venezolano de Derecho internacional porque representan una modificación absoluta de las ideas que expuso en su artículo de 1903, cuando defendió con toda energía el principio de la territorialidad; y, en términos escuetos, pero muy enfáticos, sostuvo que el artículo octavo del Código Civil consagra “la doctrina casi unánime de los países continentales que rechaza toda distinción entre los muebles y los inmuebles, considerados **uti singuli** para someterlos invariablemente a la **lex rei sitae**”. No obstante, de inmediato advirtió: “Sin embargo, el artículo 8 no va más allá y no implica la aplicación de la **lex rei sitae** a los muebles considerados **uti universiti**, porque en todas partes se les aplica la máxima **mobilia sequuntur personam**<sup>302</sup>.”

210. En el año académico de 1910, debido a la ausencia del profesor titular, correspondió al doctor Pedro Itriago Chacín terminar el año académico de la asignatura “Derecho Internacional Privado y Legislación Comparada” en la Universidad Central de Venezuela<sup>303</sup>. Sin embargo, sus enseñanzas sobre la ley

<sup>299</sup> *Journal de Droit International Privé et de Législation Comparée*, 1907, pp. 527-528.

<sup>300</sup> *Revue de Droit International Privé et de Droit Pénal International*, 1912, pp. 5-20.

<sup>301</sup> *Revue de Droit International Privé et de Droit Pénal International*, 1912, pp. 16-17.

<sup>302</sup> *Revue de Droit International Privé et de Droit Pénal International*, 1912, p. 13.

<sup>303</sup> El diecisiete de mayo de 1909 fue nombrado Profesor Interino de la Cátedra de Legislación Comparada y Derecho Internacional Privado mientras dure el impedimento del profesor en propiedad, el doctor Carlos F. Grisanti (*Anales*, 1909, Año X Tomo X, Número 2, p. 348), quien se reintegró a a la cátedra de Tercer Año de Derecho Civil Patrio hoy Derecho Mercantil, el quince de agosto de 1911 (*Anales*, 1911, Año XII, Tomo XII, N° 4, p. 495).

aplicable a los bienes, no hicieron mención alguna de Federico Carlos de Savigny: y tan solo advirtió a los alumnos que sus explicaciones "única e imperfectamente contienen las opiniones, algunas veces literales, de Weiss, Laurent, Fiore y otros, y, como en vía adecuada para la comparación y el estudio, la paralela exposición del sistema adoptado en Venezuela para regular los bienes" <sup>304</sup>. Ahora bien, sus palabras a este respecto fueron lapidarias cuando afirmó: "Está, pues, fuera de duda que nuestra legislación ha adoptado para el régimen de los bienes el sistema de la territorialidad, admitiendo únicamente la ley extranjera en cuanto se relacione con el estado y capacidad de las personas y con la forma de los actos" <sup>305</sup>.

211 Sin embargo, el doctor Pedro Itriago Chacín se sintió obligado a agregar:

"Tal sistema, de una sencillez escuela y severa como un bloque sería recomendable en la práctica, si resultara conforme con el progreso y marcha general de las ideas a cuyo influjo los pueblos no se pueden sustraer sin perjuicio para su prosperidad. La creciente multiplicación de las relaciones internacionales reclama otros derroteros, y su tendencia, briosamente interpretada por el Legislador italiano, es la de constituir para todas las naciones una gran comunidad de Derecho, por la cual el espíritu del hombre, es decir, cuanto es en él actividad de todo orden, sin preocuparlo ni limitar sus fronteras, encuentren en todas partes su patria. La doctrina de la personalidad del Derecho predomina hoy en la ciencia por su evidente superioridad jurídica" <sup>306</sup>.

212. No obstante la ausencia de toda mención a las enseñanzas de Savigny en la capital venezolana, resulta digno de destacar que su doctrina fue conocida y aplicada, a comienzos del presente siglo, por el doctor Abel Santos, eminente juriconsulto originario de San Cristóbal. En efecto, en comentarios publicados en diciembre de 1912 sobre la eventual retroactividad del divorcio vincular,

---

<sup>304</sup> ITRIAGO CHACIN, Pedro. *Estudios Jurídicos*, Caracas, 1915, p. 111. En escritos posteriores, al examinar el régimen de los bienes el doctor Pedro Itriago Chacín reprodujo sus explicaciones universitarias, pero ya entonces hizo referencia expresa a las soluciones propuestas por Savigny (*En la Cátedra*, Caracas, 1930, p. 296; *Esbozos Literarios y Jurídicos*, Caracas, 1934, pp. 365-366).

<sup>305</sup> ITRIAGO CHACIN, *Estudios*, op. cit. p. 121; *En la Cátedra* op. cit., p. 307; *Esbozos*, op. cit., p. 360.

<sup>306</sup> ITRIAGO CHACIN, *Estudios*, op. cit., pp. 121. Párrafo repetido posteriormente: *En la Cátedra*, op. cit., pp. 307-308; *Esbozos*, pp. 360-361.

introducido en Venezuela en la reforma del Código Civil de 1904, hizo referencia a “la comunidad de Derecho de que nos habla Savigny”<sup>307</sup>; y, sin mencionarlo, también utilizó sus enseñanzas para la elaboración de un **Proyecto de Tratado entre Venezuela y Colombia en materias de Derecho Internacional Privado**, en cumplimiento de instrucciones recibidas del Ministerio de Relaciones Exteriores venezolano, en su carácter de Ministro Plenipotenciario y Enviado Extraordinario del Gobierno de Venezuela ante la República de Colombia<sup>308</sup>.

213. En efecto, en el **Informe anexo**, fechado el seis de febrero de 1911, el doctor Abel Santos explicó su método de trabajo y su concepción del Derecho Internacional Privado en los términos siguientes:

“Este ramo de las ciencias jurídicas no me ha parecido nunca que tenga otro objeto, sino el reglamentar las relaciones individuales y jurídicas entre personas que pertenecen a distintas naciones y de ninguna manera ordenar las que existen entre pueblos, ni entre éstos y sus nacionales, ni tampoco entre la diversas leyes de un mismo país... el concepto que dejo anteriormente expresado tiene, entre otras ventajas, la de dar fácil solución a cualquier conflicto, basta para ello determinar la relación jurídica entre los individuos y al estarlo, aquélla por sí misma indicará la regla jurídica que más conveniencias ofrece para su resolución; este procedimiento es práctico y racional y obliga a desechar por empírico el otro método, que empieza por buscar el principio que rige en la materia, para luego establecer numerosas excepciones y en ellas tratar de acomodar los conflictos que surgen. Ateniéndome a las reglas anteriores, he seguido en la generalidad de los casos el método de analizar la relación jurídica...”<sup>309</sup>.

214. El nueve de febrero de 1911 fue nombrado el doctor Francisco Gerardo Yanes Profesor de Derecho Internacional Privado en la Universidad Central de

---

<sup>307</sup> SANTOS, Abel. “De la retroactividad de la Ley de Divorcio en el Derecho Venezolano”, *Cuestiones de Derecho y otros Temas*, Caracas, 1970, p. 86.

<sup>308</sup> SANTOS, Abel. “Proyecto de Tratado entre Venezuela y Colombia en materias de Derecho Internacional Privado”, en *Cuestiones*, op. cit., pp. 219-258.

<sup>309</sup> SANTOS, op. cit., p. 222. El último párrafo del informe lee como sigue: “Cuando en apoyo traiga algunas citas, éstas pueden estar equivocadas, pues las hago de memoria. En la materia sólo he tenido a la vista los textos de las Convenciones de La Haya y Montevideo, el Tratado de Colombia con el Ecuador y las leyes de los países contratantes” (op. cit., p. 225).

Venezuela<sup>310</sup>; y algún tiempo más tarde, en 1912, publicó un **Memorándum de Derecho Internacional Privado. Para uso de los Estudiantes**<sup>311</sup>,

215. El **Memorándum** del doctor Francisco Gerardo Yanes, en las "Generalidades" de su Tercera Parte, hizo expresa referencia a Savigny para destacar los estrechos vínculos entre "los límites locales del imperio de las leyes" y sus "límites temporales"<sup>312</sup>; y en la Sección Segunda de la misma Tercera Parte reprodujo las explicaciones de René Foignet tanto sobre las enseñanzas de Savigny como en relación a las doctrinas angloamericanas y a las teorías de Mancini, Pillet y Lainé<sup>313</sup>.

316. Francisco Gerardo Yanes informó que "la doctrina de Savigny está planteada en el tomo 8 de **Tratado de Derecho romano**"; y de seguida hizo su síntesis, en una versión española de las explicaciones de René Foignet, en los siguientes términos:

"Existe para él un derecho propio al hombre y cada vínculo de derecho que crea. El derecho del individuo se determina, no por su origen sino por el lugar de su

---

<sup>310</sup> En el nombramiento del doctor Francisco Gerardo Yanes se menciona en el "Informe" de fecha veintisiete de febrero de 1912 dirigido por el Rector de la Universidad Central de Venezuela al Ministro de Instrucción Pública, bajo el rubro "Personal Docente" (*Anales*, 1912, Año XIII, Tomo XIII, número 1, p. 5).

<sup>311</sup> YANES, Francisco Gerardo. **Memorándum de Derecho Internacional Privado. Para uso de los Estudiantes**, Caracas, 1.912. El "Memorándum" se encuentra dividido en cinco grandes partes: "La Nacionalidad"; "La Condición de los Extranjeros"; "Reglas Generales del Conflicto de Leyes"; "Principales Aplicaciones de las Reglas del Conflicto de Leyes" y "Ejecución en Venezuela de las Sentencias Extranjeras". Esta división en cinco partes se encuentra también en el libro de René Foignet: *Manuel élémentaire de Droit International Privé à l'usage des étudiants et des candidats au carrières diplomatique et consulaire suivi d'un Résumé en Tableaux Synoptiques et d'un Recueil Méthodique des Principales Questions d'Examen*, 5ª edición, París, 1.919; libro que fue utilizado en forma casi textual por el doctor Francisco Gerardo Yanes en la materia objeto de examen en este trabajo, con la advertencia de haber sido inútiles las gestiones para consultar las ediciones anteriores de René Foignet, en particular aquélla que circulaba a comienzos de la segunda década de este siglo.

<sup>312</sup> YANES, *op. cit.*, p. 63.

<sup>313</sup> YANES, *op. cit.*, pp. 71-75. En relación a las ideas de Pillet repitió la advertencia de Foignet: "se ha objetado a esta doctrina el confundirse con la doctrina de Savigny; pues no hay ninguna diferencia entre la naturaleza del objeto de una ley y el fin social de ella"; y también reprodujo la opinión de Foignet respecto a la teoría de Lainé cuando sostuvo: "En lugar de encerrarse en una fórmula estrecha y rígida, como lo había propuesto d'Argentré, es más racional dividir y subdividir las materias y para cada una de ellas buscar la solución que parezca más conforme al sentimiento de la justicia. Es el método más racional y también el más fecundo. Es el que ha permitido obtener los resultados ofrecidos por la doctrina italiana al antiguo Derecho y cuyas soluciones han sido aprobadas por el Derecho moderno".

domicilio. Para determinar el Derecho aplicable a cada vínculo de Derecho creado por el hombre, es necesario investigar cuál es el asiento de este vínculo. Para las cosas materiales, cuál es el lugar de la situación; en materia de obligación es la ley del deudor, porque la obligación le impone una prestación y el tribunal competente es el del domicilio del deudor. En materia de sucesión, es la ley del domicilio del difunto, porque es una extensión del efecto de su voluntad más allá de la tumba, etc.”<sup>314</sup>.

De inmediato, según lo hiciera René Foignet, el doctor Francisco Gerardo Yanes señala como discípulos de Savigny a Ludwig von Bar en Alemania y a Charles Brocher en Suiza para agregar:

“Han simplificado considerablemente la doctrina del maestro. Para ellos el conflicto de las leyes debe cortarse por la aplicación de la ley que convenga más a la naturaleza del vínculo jurídico que se trata de reglar”<sup>315</sup>.

217. Por último, Francisco Gerardo Yanes reprodujo las críticas formuladas a Savigny por René Foignet cuando hizo los siguientes señalamientos:

“(a) A la doctrina de Savigny, se ha reprochado el atribuir artificialmente un asiento material a un vínculo de Derecho que es inmaterial. También se le ha criticado el conceder al individuo un derecho que le es propio, para luego quitárselo en el momento en que va a producir un efecto, al entrar en una relación de Derecho. (b) A la doctrina de sus sucesores, se ha reprochado la indecisión y vaguedad excesivas. La fórmula que adoptan plantea el problema en lugar de suministrar la solución”<sup>316</sup>.

218. No obstante la sintética exposición hecha por el doctor Francisco Gerardo Yanes y a pesar de aparecer indicado su “Memorandum” como una de las fuentes de consulta, el doctor Ramón Altuve no hizo mención alguna de las enseñanzas de Savigny en su tesis de grado, sobre **El Matrimonio en el Derecho Internacional Privado**, escrita en la ciudad de Mérida, de muy

---

<sup>314</sup> YANES, *op. cit.*, p. 74.

<sup>315</sup> YANES, *op. cit.*, p. 74.

<sup>316</sup> YANES, *op. cit.*, p. 74.

elevada tradición universitaria<sup>317</sup>; y al examinar la posibilidad del divorcio, en el último capítulo, rechazó expresamente la opinión de Asser en favor de la *lex fori*, pero sin referirse a Savigny que la había proclamado en términos enfáticos<sup>318</sup>.

219. Algunos años más tarde el doctor Orángel Rodríguez desde la ciudad de Maracaibo, en la costa occidental de Venezuela, hizo un detenido estudio de las razones por las cuales se aplica la ley extranjera en algunos supuestos de hecho vinculados con varias legislaciones; y después de recordar las diversas doctrinas concluyó proponiendo su propia teoría "con el título de **concepto jurídico de mejor vida jurídica**, que declara el fuero jurídico de la **comitas gentium**, generalmente interpretada como simple cortesía internacional"<sup>319</sup>.

220. El doctor Orángel Rodríguez criticó en varias ocasiones a la doctrina de la comunidad jurídica propuesta por Savigny, por considerarla "vaga" y "extremada", ya que "no se inspira en ningún concepto científico" y puede "ocasionar consecuencias atentatorias contra el Derecho social"<sup>320</sup>. Además, le negó todo valor científico porque afirma que la extraterritorialidad se fundamenta en la justicia; olvidándose que la territorialidad también se fundamenta en la justicia<sup>321</sup>; pero, sin embargo, hizo la siguiente advertencia:

"Nos uniríamos a Savigny si sentara que la extraterritorialidad se apoya en el principio de una comunidad de derecho efectivo y concreto, establecida

---

<sup>317</sup> ALTUVE, Ramón. *El Matrimonio en el Derecho Internacional Privado*, Mérida, 1912. El Jurado examinador estuvo compuesto por el doctor Gonzalo Bernal, profesor de la materia en la Universidad de Los andes, y por los doctores Zacarías A. Sánchez y Eduardo Febrés Cordero.

<sup>318</sup> ALTUVE, *op. cit.*, pp. 79-88. En las bibliografía consultada, el doctor Ramón Altuve, además del "Memorándum" del doctor Francisco Gerardo Yanes, mencionó los libros de "Derecho Internacional Privado" de Tobias M.C. Asser, Pasquale Fiore y Manuel Torres Campos; las "Instituciones" de Luis Sanojo; los "Comentarios" de Aníbal Dominici; la Conferencia dictada en 1900 por el doctor Carlos F. Grisanti; el "Derecho Internacional" de Carlos Calvo; el "Derecho Internacional Público" de Heffter; los "Principios Generales de Derecho, de Política y de Legislación" de Pradier-Fodéré; las monografías de Derecho Civil de Ricci y del Baudry Lacantinerie; la "Exposición del Código Penal venezolano" del doctor Ochoa; el "Derecho Penal Internacional" de Fiore; las "Instituciones" de Ortolan; el "Diccionario de Legislación y Jurisprudencia" de Escriche, y los "Datos históricos sobre la codificación civil en Venezuela" del doctor Nicomedes Zuloaga.

<sup>319</sup> RODRIGUEZ, Orángel. *Teoría Crítica de las Bases del Derecho Internacional Privado*, Caracas, 1917, Prólogo, p. VIII.

<sup>320</sup> RODRIGUEZ, *op. cit.*, N° 142, p. 378.

<sup>321</sup> RODRIGUEZ, *op. cit.*, N° 143, pp. 378-379.

voluntariamente entre las diferentes naciones; pero nos apartamos de él y de la abrumadora mayoría de publicistas que lo sigue, en cuanto entienden que el Derecho de la comunidad es la justicia o el Derecho filosófico que en su concepto puro supedita al principio de soberanía, es decir, en cuanto entienden que la extraterritorialidad, por estar fundada en la comunidad de derecho, no lo está de modo alguno en la participación consensual de las soberanías. La comunidad de Derecho entre los Estados no es otra cosa que la reunión de las soberanías para alcanzar su fin social. Así, la comunidad de Derecho supone el principio de soberanía”<sup>322</sup>.

De igual modo el doctor Orángel Rodríguez hizo valer los siguientes conceptos:

“Es indudable que las leyes nacionales están impulsadas, en términos generales, de una virtud impulsiva que las guía a extraterritorializarlas; ello a causa del principio de libertad que constituye al hombre en ciudadano del mundo. Mas es igualmente indudable que la virtud de extraterritorialidad no se puede apreciar como socialmente obligatoria para la soberanía de los Estados Extranjeros. Caso contrario, se destituiría por completo el título jurídico de mejor vida jurídica de cada soberanía, se extinguirían los fueros territoriales que sirven de base a la solidez del consorcio internacional, y sobrevendría indefectiblemente el caos de las leyes y de los derechos, no sólo de los derechos positivos sino también de los que pudieran considerarse de simple humanidad... Pudiera establecerse, como regla general, que las leyes de todos los países poseen la virtud impulsiva de la extraterritorialidad. Pues, bien, si la fuerza de esta virtud alcanza a crear una comunidad de Derecho entre todas las naciones, o mejor dicho, si la fuerza de esa virtud alcanza a crear en esta comunidad un Derecho a la recíproca aplicación extraterritorial de las leyes, ¿a qué queda reducida la soberanía de cada Estado? La existencia de un Derecho común de extraterritorialidad, indeliberado y espontáneo, que impone a la soberanía de todos los Estados el correlativo deber de permitir en sus territorios la aplicación de las leyes extranjeras, es un derecho que aniquila enteramente a la soberanía”<sup>323</sup>.

221. El doctor Lorenzo Herrera Mendoza fue nombrado el trece de enero de 1925, Profesor de “Derecho Internacional Público y Derecho Internacional

<sup>322</sup> RODRIGUEZ, *op. cit.*, N° 149, p. 386.

<sup>323</sup> RODRIGUEZ, *op. cit.*, N° 165, pp. 443-445.



trabajadores y al sector empresarial la determinación de las condiciones de empleo. En otras palabras, la fijación de éstas corresponde a los interlocutores sociales actuando -al menos el laboral- como ente colectivo <sup>5</sup>.

22.- Como consecuencia, “trabajadores y empleadores tienen la potestad (entendido el término como derecho-deber) social de constituir sindicatos, sin intervención del Estado, de conformidad con la ley”. Esto es, se propone la sindicación obligatoria como el medio idóneo para hacer efectivo el mandato constitucional de favorecer las relaciones colectivas: es el mecanismo adecuado para que el sector laboral adquiera el poder de negociación necesario para estar en capacidad de crear los términos reguladores de su interrelación con el capital.

Ello implica el apoliticismo de sus dirigentes. Sus deberes como militantes no son compaginables con los inherentes a su posición de liderazgo, por una parte. Por la otra, el *status* de apéndice de los partidos políticos impide a las asociaciones de asalariados el cabal cumplimiento de su misión en defensa de los intereses profesionales.

Igual que la estabilidad, el sindicalismo obligatorio no constituye una innovación en el ordenamiento jurídico nacional. El artículo 82 de la Constitución, primer párrafo, ordena la colegiación obligatoria “para el ejercicio de aquellas profesiones universitarias que señale la ley” y el artículo 405, primer párrafo, de la Ley Orgánica del Trabajo faculta a los Colegios de Profesionales y a sus Federaciones “para ejercer las atribuciones de las organizaciones sindicales de trabajadores”. Estas asociaciones, por tanto, han devenido privilegiados sindicatos de afiliación obligatoria que compiten -alevosamente- con las otras organizaciones de asalariados (Alfonzo, 1990, pp. 174-175).

23.- “La ley establecerá los lineamientos reguladores de la democracia sindical y el fuero correspondiente a los promotores y directivos de las organizaciones de trabajadores con miras a asegurar el ejercicio de sus actividades”.

Si el derecho venezolano -como afirma el Preámbulo de la Constitución- debe “sustentar el orden democrático como único e irremediable medio de asegurar

---

<sup>5</sup> Ver nota 4.

sindicalismo es obligatorio -y, por tanto, la organización es el interlocutor del sector laboral- el derecho de huelga le corresponde a ésta.

B.- Si por el contrario, desea mantenerse el sistema autonómico de solución de conflictos existentes, esto es, por convenciones colectivas de trabajo celebradas por organizaciones laborales y acuerdos o pactos plurales convenidos por grupos informales de trabajadores, el derecho de huelga -medio de presión para obtener la transacción- le corresponde a ambos (al sindicato y al grupo informal). En ningún caso es propio de los trabajadores pues la organización sindical o el grupo, según el caso, no actúa en representación de los asalariados sino por sí mismo, como sujeto de derecho (Ley Orgánica del Trabajo, artículos 408 C, 193, 396, 196 y 206, entre otros).

A mayor abundamiento cabe señalar el contenido del artículo 475 **ejusdem**: “El procedimiento conflictivo (requisito indispensable para la huelga) comenzará con la presentación de un pliego de peticiones en el cual el **sindicato** expondrá sus planteamientos para que el patrono tome...” (destacado nuestro).

El derecho de huelga correspondía a los trabajadores cuando los sindicatos -o los grupos informales- no actuaban en nombre propio (como sujetos de derecho), sino como **representantes** de aquéllos, tal como era al inicio de las relaciones colectivas. Esta concepción, sin embargo, dejó de tener vigencia hace muchos años.

26.- “Los empleadores tendrán el derecho de cierre de conformidad con la ley”.

A.- Si la huelga es el medio lícito de presión del sector laboral para obligar al empleador a aceptar determinadas condiciones o ventajas, el derecho de cierre es el correspondiente al otro interlocutor social. Establecida la constitucionalidad del uno, no se justifica la no inclusión del otro, si se desea crear una sociedad democrática: los derechos de huelga y de cierre son los mecanismos de violencia legítima que tienen los participantes para respaldar sus ofertas y contraofertas con miras a obtener el acuerdo regulador de sus términos de interdependencia.

B.- Consagrarlo evitaría la discusión de si es o no procedente el derecho de cierre en el ordenamiento vigente. Al respecto cabe observar:

a.- Hace unos meses, en este recinto, se afirmó: la Ley Orgánica del Trabajo “eliminó el derecho al lock-out”, aun cuando la redacción de los artículos 470 y 503 pudiera inducir a afirmar su existencia (Arria Salas, 1991, p. 3).

b.- Sin embargo, el Ministerio del Trabajo -en el proyecto de Reglamento Parcial de la Ley Orgánica del Trabajo para el Ejercicio del Derecho de Huelga- se refiere expresamente al derecho de cierre y le atribuye al Inspector del Trabajo competencia para declarar la procedencia del mismo (artículos 2 y 3. El documento, fechado en noviembre de 1991, se consultó en fotocopia del original suministrada por el Despacho). En este mismo sentido -de la posibilidad del cierre patronal- se expresa María Bernardoni de Govea (1992, entre otras, pp. 80, 83, 84-85, 90).

#### LA PROTECCION DE LA MUJER Y EL MENOR TRABAJADORES

27.- El artículo 93 de la Constitución vigente es innecesario por redundante. El amparo a la mujer y al menor trabajadores está incluido en el principio tuitivo: tales asalariados conforman especies de un mismo género. Su protección, ciertamente, es diferente a la de los otros prestadores de servicio, por cuanto la propia a cada tipo es distinta a la correspondiente a los demás. Ya en 1961 se consideró que esta disposición “no era estrictamente necesaria (... Se mantuvo porque) la mujer y el menor constituyen un caso resaltante. Por la tradición de esta rama jurídica, que comenzó abriendo la brecha al desarrollo del Derecho Laboral, ante la patente urgencia de amparar a los más débiles dentro de los débiles” (Caldera, 1961, p. 27). Se conservó, si se quiere, como una respetuosa salutación a la historia.

#### LA SEGURIDAD Y LA ASISTENCIA SOCIALES

28.- Referido este análisis a las normas laborales de la Constitución, el contenido del artículo 94 no se comenta por ocuparse de ramas jurídicas diferentes: la seguridad y la asistencia sociales.

#### COMENTARIOS FINALES

29.- Para concluir tenemos que agradecer -a la Fundación de la Procuraduría General de la República, patrocinante de este acto, y particularmente a su

Secretaría Ejecutiva- la gentileza en invitarnos a comentar los eventuales cambios de una Constitución, cuya vida ha durado, con sus Enmiendas, más de treinta años. Ello no implica su perfección. Tiene fallas tanto por su origen humano como por enunciar la ideología vigente en un espacio y en un tiempo determinados. Modificada ésta, es necesario reactualizarla para que sea portavoz de los nuevos valores.

Debemos, además, expresarle nuestra gratitud a los asistentes, por su generosidad en oírnos; y al Instituto de Filosofía del Derecho de la Universidad del Zulia, por solicitar nuestra participación en el Libro preparado para honrar a su fundador, el profesor titular José Manuel Delgado Ocando, uno de los más prominentes iusfilósofos contemporáneos y antiguo Rector Magnífico de esa Casa de Estudios. Casi cuarenta años de amistad orientada por el interés común de lo universitario, nos ha obligado a poner estas ideas en blanco y negro <sup>7</sup>.

#### BIBLIOGRAFIA

ALFONZO GUZMAN, Rafael (1990): "Irrealidad del proyecto de ley orgánica del trabajo", en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, N° 76, Universidad Central de Venezuela, Caracas.

ARRIA SALAS, Alberto (1991): "Conferencia sobre Convención Colectiva de Trabajo y conflictos Colectivos", *Foro sobre la Nueva Legislación Laboral*, Procuraduría General de la República, mayo, revisada en original, 20 pp. mecanografiadas, tamaño carta.

BERNARDONI DE GOVEA, María (1992): "Los Conflictos Colectivos en la Ley Orgánica del Trabajo", en *Derecho del Trabajo*, XVII Jornadas "J. M. Domínguez Escovar", homenaje a la memoria de Anselmo Riera Zubillaga, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Barquisimeto.

---

<sup>7</sup> Han pasado dos años desde la entrega de estas notas a quienes habían solicitado nuestra colaboración para el Libro Homenaje (más que merecido) al distinguido profesor doctor José Manuel Delgado Ocando. Tomando en consideración que no ha sido publicado hasta la fecha, por una parte, y, por la otra, que se ha revivido, en estos días, el tema de la reforma-enmienda constitucional, el autor ha decidido hacerlas públicas. Se difunden en la misma forma como fueron elaboradas, salvo la parte final (en cursiva) de la nota 1 y las notas 4, 5 y 7.

CALDERA, Rafael (1961): "Los Derechos Sociales en la Constitución de Venezuela", en **Revista del Instituto Venezolano de Derecho Social**, N° 16, Caracas.

CALDERA, Rafael (1960): **Derecho del Trabajo**, tomo I, Caracas, Librería El Ateneo.

CROES, Carlos (Coordinador, 1992): "La Nación -Día a Día- en Secreto", en **El Universal**, Año LXXXIV, N° 29.720, Lunes 6 de abril (página 1 del Suplemento, aun cuando no hay numeración).

DUQUE CORREDOR, Román J. (1991): "Los procedimientos administrativos de inamovilidad en la ley orgánica del trabajo", en **Revista de la Facultad de Derecho**, N° 42, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas.

FERNANDEZ, Eduardo (1979): "El Preámbulo de la Constitución Nacional de 1961", en **Estudios sobre la Constitución**, Libro Homenaje a Rafael Caldera, Universidad Central de Venezuela, tomo I, Caracas, Imprenta Universitaria.

HERNANDEZ ALVAREZ, Oscar y VILLASMIL, Humberto (1988): "Las nuevas tecnologías y el Derecho del Trabajo", en **ACARL, Documentación Laboral**, N° 26, Madrid.

MOSQUERA DE ARNAL, Mercedes J. (1991): **La Jubilación en Venezuela**. Tesis de Grado presentada por (...) al doctorado en Ciencias Sociales de la Facultad de Economía y Ciencias Sociales, Universidad Central de Venezuela, tomo I, Caracas, multigrafiado, 589 pp.

MUCI-ABRAHAM, José (1983): **Solicitud dirigida al Presidente y demás Magistrados de la Corte Suprema de Justicia**, Caracas, fotocopia, 4 pp.

OROPEZA, Ambrosio (1971): **La Nueva Constitución Venezolana \*1961\***, Caracas, Italgráfica S.R.L.

PARRA ARANGUREN, Fernando (1991 a): "La cláusula sindical en el derecho venezolano", en **Revista de la Facultad de Derecho**, N° 42, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas.

PARRA ARANGUREN, Fernando (1991 b): “Comentarios sobre algunas disposiciones del título I de la Ley Orgánica del Trabajo” en **Revista de la Facultad de Derecho**, N° 42, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas.

PARRA ARANGUREN, Fernando (1990): “Comentarios sobre el Proyecto de la Ley Orgánica del Trabajo”, en **Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas**, N° 76, Universidad Central de Venezuela, Caracas.

PARRA ARANGUREN, Fernando I. (1979): “Consideraciones sobre la cláusula sindical”, en **Estudios sobre la Constitución**, Libro Homenaje a Rafael Caldera, Universidad Central de Venezuela, tomo II, Caracas, Imprenta Universitaria.

REPUBLICA DE VENEZUELA, MINISTERIO DEL TRABAJO (1991): Proyecto de Reglamento Parcial de la Ley Orgánica del Trabajo para el Ejercicio del Derecho de Huelga, Caracas, fotocopia del original, 3 pp. (15 artículos).

ZAMBRANO, Luis E. (1992): “La ‘Raspada de Olla’ de los magistrados de la Corte y jueces: Inconvenientes y chocantes jubilaciones millonarias mientras algunos trabajadores sólo reciben dos mil bolívares”, en **El Mundo**, Año 35, N° 9.566, Caracas, jueves 19 de marzo.

**El “Sistema de Derecho Romano  
Actual” de Federico Carlos de  
Savigny y sus antecedentes  
doctrinarios en Alemania**

Gonzalo Parra-Aranguren

Revista de la Facultad de Derecho, N° 49  
Universidad Católica Andrés Bello  
Caracas, 1994





## SUMARIO

### I. LA ESCUELA ESTATUTARIA ALEMANA DE LOS SIGLOS XVI Y XVII

1. La situación existente en los siglos XII a XV. 2. La influencia de los estatuarios italianos en la jurisprudencia del **Reichskammergericht** del siglo XVI. 3. La influencia de los estatuarios italianos en la doctrina alemana del siglo XVI. 4. La opinión de Carl Georg von Wächter. 5. Las nuevas orientaciones del siglo XVII. 6. Las enseñanzas de Heinrich von Cocceji. 7. La doctrina de Johan Nikolaus Hert. 8. La importancia del método estatutario de clasificación de las leyes en reales, personas y mixtas. 9. Los autores alemanes del siglo XVIII. 10. Los códigos alemanes del siglo XVIII. 11. El **Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis** (1756). 12. El **Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten** (1794). 13. La originalidad del código prusiano. 14. La crítica de la escuela estatutaria hecha por Wilhelm Schaeffner y Carl George von Wächter.

### II. WILHELM SCHAEFFNER

15. El fracaso de las doctrinas a-priori. 16. La obediencia irrestricta a la ley del Juez. 17. A falta de normas, acudir a la ley del lugar de nacimiento de la relación jurídica. 18. Las aplicaciones de su segundo principio. 19. Las críticas de Wächter: a) falta de comprobación del segundo principio. 20. b) la indebida utilización del Derecho comparado.

### III. CARL GEORG VON WÄCHTER

21. Su artículo de 1842. 22. La distribución del artículo: capítulos. 23. Su falta de habilidades lingüísticas. 24. La destrucción de las concepciones anteriores. 25. La aplicación de la propia ley. 26. La diferencia entre la función legislativa

y la función judicial. 27. La obediencia del Juez al mandato del Legislador. 28. Las numerosas lagunas existentes. 29. El problema a resolver. 30. El segundo principio: la investigación de las propias leyes. 31. La ejemplificación con la prohibición de las deudas de juego. 32. La aplicación incondicional del propio Derecho. 33. El tercer principio: la aplicación de la propia ley. 34. El sistema de Derecho Internacional Privado es una excepción a la aplicación del Derecho Interno. 35. Fundamento en la soberanía y en la obediencia del Juez. 36. Las soluciones particulares de Wächter. 37. Su anticipo de los modernos norteamericanos unilateralistas. 38. Wächter no afirma la primacía de la ley escrita únicamente. 39. Su reminiscencia del “interés” del Estado. 40. La flexibilidad práctica en la aplicación de su doctrina. 41. La crítica de Savigny. 42. La réplica de Wächter. 43. Su importancia en épocas posteriores.

#### IV. FEDERICO CARLOS DE SAVIGNY

*A. Introducción.* 44. Jefe de la Escuela Histórica. 45. Su oposición a la codificación. 46. La “Historia del Derecho Romano en la Edad Media”. 47. El “Sistema de Derecho Romano Actual”. 48. La delimitación del objeto de su estudio. 49. Su semejanza con el Derecho vigente en Alemania. 50. Su similitud con el Derecho común alemán. 51. La utilización del método sistemático. 52. Representa tan solo la “Parte General”. 53. Escasas citas jurisprudenciales. *B. Los límites de vigencia de las normas jurídicas en el espacio.* 54. La divergencia legislativa. 55. Es necesario determinar los límites de eficacia del Derecho romano. 56. Se trata de una doctrina en formación debido a la diversidad de criterios doctrinarios. 57. Necesidad de proceder con modestia. 58. Similitud de los problemas de los límites de vigencia en el tiempo y en el espacio. 59. La diversidad es no sólo del contenido de las leyes sino también de las personas y cosas que les están sometidas. 60. El planteamiento del problema. 61. Posibilidad de colisiones interterritoriales. 62. Colisiones interestadales. *C. La aplicación de la “LEX FORI”.* 63. Las colisiones de leyes deben ser resueltas conforme a la *lex fori*. 64. La intercomunicación impide el aislamiento y la prohibición de aplicar leyes extranjeras. 65. El frecuente silencio del legislador. *D. La comunidad jurídica existente entre las naciones.* 66. A falta de mandato legislativo, la solución debe buscarse en las obligaciones derivadas de la comunidad entre las naciones. 67. El progresivo acercamiento entre los pueblos. 68. El deseo de una uniformidad de soluciones. 69. La conveniencia de las soluciones uniformes. 70. Igualdad en el tratamiento de las relaciones jurídicas. 71. Identidad de soluciones para los conflictos

interterritoriales y los internacionales. 72. Se trata de un deber de los Estados. 73. Algunos tratados consagraban los verdaderos principios. *E. La localización de su asiento en el espacio para determinar la Ley aplicable a la relación jurídica.* 74. Los derechos subjetivos presuponen la existencia de una relación jurídica. 75. Los elementos de toda relación jurídica. 76. Las relaciones jurídicas pueden estar conectadas con varios Estados independientes. 77. La diferencia de metodología. 78. La ley aplicable a la persona como centro de toda relación jurídica. 79. Los derechos reales. 80. Las obligaciones. 81. Las extensiones artificiales de la persona. 82. El matrimonio, el poder paterno y el parentesco como complementos de la persona. 83. La unidad de los bienes en caso de sucesión. 84. El Derecho del Patrimonio y el de la familia. 85. Las cuatro grandes categorías de relaciones jurídicas. 86. La localización del asiento de la relación jurídica. 87. La localización es individual para cada relación jurídica. 88. Los vínculos de la persona con la ciudad a través de su origen y de su domicilio en el Derecho Romano Clásico. 89. El origo ha sido reemplazado por el domicilio. 90. El domicilio es el asiento de la persona. 91. El respeto de la libertad individual. 92. El principio no admite distinciones. 93. Dificultades en caso de ausencia o pluralidad de domicilios. 94. La intervención de las excepciones generales. 95. Las relaciones jurídicas también deben ser localizadas a través de su asiento. 96. Los derechos reales por su situación. 97. Excepciones en el caso de bienes de los viajeros y de bienes **in transitu**. 98. La intervención de las excepciones generales. 99. Las obligaciones carecen de existencia visible. 100. Se localizan en el lugar de la ejecución, a falta de voluntad contraria. 101. Materias no regidas por la *lex loci*. 102. Leyes de naturaleza obligatoria. 103. La sucesión. 104. Materias exceptuadas. 105. Las consideraciones religiosas en el Derecho de Familia. 106. El domicilio del marido es el asiento del matrimonio. 107. Formalidades extrínsecas. 108. Patria potestad. 109. Tutela. 110. Constitución de la tutela. 111. Administración de la tutela. 112. La forma de los actos. 113. La solución de principio. 114. La regla *locus regit actum*. 115. Su carácter facultativo. *F. Las excepciones a la Ley aplicable.* 116. La ley aplicable se determina a través del asiento. 117. La naturaleza especial de ciertas leyes como fundamento de las excepciones. 118. Su importancia se reconoce pero sin admitir su carácter excepcional. 119. Los casos excepcionales. 120. Su denominador común. 121. Su importancia en las colisiones interterritoriales. 122. Las leyes de naturaleza positiva, rigurosamente obligatorias. 123. La voluntad del legislador. 124. A falta de voluntad es preciso investigar el contenido de la ley. 125. Leyes imperativas dictadas en

interés de los particulares. 126. Leyes imperativas que defienden las concepciones morales o de la utilidad general. 127. Las instituciones desconocidas. 128. Los ejemplos de instituciones desconocidas. 129. Numerosos ejemplos de las leyes de naturaleza positiva, rigurosamente obligatorias. 130. En materia de capacidad de las personas. 131. En materia de bienes. 132. En materia de obligaciones. 133. Su funcionamiento positivo y negativo. 134. Los ejemplos de las leyes sobre la usura. 135. Otros ejemplos en materia contractual. 136. Las leyes relativas a los hechos ilícitos. 137. Las excepciones en materia sucesoral. 138. En Derecho de Familia. 139. Las inconveniencias de los casos de excepción. 140. La esperanza de su disminución progresiva. *G. La influencia de Savigny en Europa durante la segunda mitad del siglo XIX.* 141. El reconocimiento de su obra científica. 142. Influencia en la legislación suiza. 143. Grecia (1856). 144. Código de Sajonia (1863). 145. El Código de los Países Bálticos (1864). 146. Su importancia en la jurisprudencia. 147. En Alemania. 148. Las exageraciones interpretativas del Derecho General Territorial Prusiano. 149. Las exageraciones interpretativas del Código Civil de Austria. 150. El impacto de Mancini. 151. La importancia en la doctrina alemana de la segunda mitad del siglo pasado. 152. La traducción francesa del "Sistema". 153. El reconocimiento de Savigny en Francia. 154. La opinión de Antoine Pillet. 155. La traducción inglesa. 156. Su importancia en Escocia e Inglaterra. 157. La escuela de Manchester y la voluntad individual. 158. La opinión de Martín Wolff. 159. Su influencia en Inglaterra y en los Estados Unidos de América del Norte. 160. La importancia en España. 161. La traducción española. 162. La traducción italiana. 163. Su importancia en los países del mundo socialista. *H. La influencia de Savigny en la segunda mitad del siglo XIX en el Hemisferio Americano.* 164. La opinión de Estanislao Zeballos. 165. Su importancia en el derecho interno y en el derecho convencional. 166. El Código Civil de Chile (1855). 167. La influencia del Código civil chileno en el Hemisferio americano. 168. Augusto Teixeira de Freitas. 169. El "Esboço" (1860-1865). 170. Su importancia en el Código Civil argentino (1859). 171. El Tratado de Lima de 1878. 172. La convocatoria del Congreso de Montevideo. 173. La influencia de Savigny en el Proyecto de Código de Gonzalo Ramírez. 174. Los dos Proyectos de la Comisión de Derecho Civil. 175. La influencia de Savigny en el Proyecto de la mayoría. 176. El abandono de algunas soluciones savignianas. 177. La aprobación del Tratado de Derecho Civil Internacional. *I. La divulgación de la doctrina de Savigny en Venezuela.* 178. La solicitud del doctor Julián Viso al Congreso en 1853. 179. Sus

"Observaciones" explicativas. 180. El Proyecto de Código Civil de Julián Viso de 1854. 181. El Código Civil de 1863. 182. Las "Instituciones" de Luis Sanojo. 183. La consulta indirecta de Savigny. 184. El silencio sobre Savigny en Derecho Internacional Privado. 185. Los miramientos internacionales (**comitas gentium**). 186. La integración de las lagunas. 187. La función integradora de los jueces. 188. La cortesía internacional en Cecilio Acosta. 189. Su cita de Savigny. 190. La falta de consulta directa del "Sistema de Derecho Romano Actual" en Venezuela. 191. La reproducción del Tratado de Lima (1878) por el doctor Rafael Fernando Seijas. 192. Los "Estudios" del doctor Ramón F. Feo. 193. La divergencia de criterios existente. 194. Las inconveniencias de la **comitas gentium**. 195. Su exposición del sistema venezolano. 196. Las dificultades del método estatutario. 197. Los "Comentarios" del doctor Aníbal Dominici. 198. Los planteamientos de C.L. Mendoza. 199. La Conferencia de 1900 del doctor Carlos F. Grisanti. 200. El régimen de los bienes en el matrimonio para el doctor Carlos F. Grisanti. 201. La réplica del doctor Angel César Rivas. 202. El Informe de la Comisión del Colegio de Abogados. 203. La influencia del doctor Grisanti en sus discípulos. 204. Los textos existentes en la Universidad Central de Venezuela. 205. La tesis de grado del doctor Lorenzo Herrera Mendoza. 206. La opinión del doctor Diego Arreaza Romero. 207. El estudio del doctor Angel César Rivas en 1906. 208. La publicación de 1912. 209. Su cambio de opinión sobre la ley aplicable a los bienes. 210. Las explicaciones del doctor Pedro Itriago Chacín. 211. Su concepción del sistema venezolano. 212. El "Proyecto de Tratado" del doctor Abel Santos. 213. Su aplicación de la doctrina de Savigny. 214. El "Memorándum" del doctor Francisco Gerardo Yanes. 215. Sus referencias a Savigny. 216. La explicación de su doctrina. 217. Las críticas a Savigny. 218. La tesis de grado del doctor Ramón Altuve. 219. La doctrina del doctor Orángel Rodríguez. 220. Su crítica de Savigny. 221. El nombramiento de Profesor del doctor Lorenzo Herrera Mendoza. 222. Su divulgación de las enseñanzas de Savigny.

## I. LA ESCUELA ESTATUTARIA ALEMANA DE LOS SIGLOS XVI A XIX

1. En las regiones ocupadas por la Alemania actual funcionó el principio de la personalidad del Derecho aproximadamente hasta el siglo XII, cuando fue sustituido por el sistema de la territorialidad de la ley, como lo demuestran las

diversas recopilaciones del Derecho consuetudinario imperante en las distintas regiones y ciudades alemanas (**Schwabenspiegel**, **Sachsenspiegel**, **Frankenspiegel**). Ahora bien, como había ocurrido en Francia, la formulación por escrito de las costumbres hizo más patente la diversidad legislativa, que se mantuvo a pesar de la recepción del Derecho romano en los siglos XIV y XV <sup>1</sup>; y, en la vida diaria se presentaron muy numerosos problemas porque “a galope de un caballo era posible, en una hora, atravesar una docena de territorios regidos por derechos diferentes” (**man konnte auf einem galoppierenden Pferd durch ein Dutzend verschiedener Rechtsgebiete in einer Stunde reiten**) <sup>2</sup>.

2. En consecuencia, fue necesario efectuar la delimitación del ámbito de vigencia de los distintos derechos particulares, tanto entre sí como en relación al Derecho común; y esta tarea planteó en Alemania cuestiones análogas a las originadas por la diversidad de los estatutos de las ciudades del Norte y del Centro de Italia en el siglo XIII. Por tanto, no es de extrañar la influencia de la doctrina de los juristas italianos, aun cuando no en su forma pura sino profundamente afectada por la idea de la soberanía feudal, según aparecía consagrada en las costumbres germánicas. Así lo demuestran las decisiones del Tribunal de Cámara del Imperio (**Reichskammergericht**) publicadas por dos de sus jueces, Joachim Mynsinger von Frundeck y Andreas Gail.

3. A partir de esta época los escritos de los juristas alemanes sobre la materia se multiplican en forma metódica y progresiva, sin presentar los contrastes propios de otras escuelas, bajo la indiscutible influencia de los estatutarios italianos, como se puede apreciar, durante los siglos XVI y XVII, en las enseñanzas de Johan Mynsinger von Frundeck (1514, 1517?-1588), Andreas Gail (1525-1526?-1587), Benedikt Capzov (1595-1666), David Mevius (1609-1670) y Samuel Stryck (1640-1710). Por tanto, se explica sin dificultad que

---

<sup>1</sup> La recepción del Derecho romano en Alemania condujo a un sistema mixto, el **usus modernus pandectarum**, fruto de los constantes esfuerzos de la doctrina y jurisprudencia para lograr su convivencia con las antiguas leyes o costumbres locales (Walter Simmons. “La conception du droit international privé d’après la doctrine et la pratique en Allemagne”, *Recuell des Cours*, Año 1926 V, Tomo 15, p. 455).

<sup>2</sup> FEHR, Hans. *Deutsche Rechtsgeschichte*, 5ª ed., Berlin, 1952, p. 138; Günter Hermann. *Johan Nikolaus Hert und die deutsche Statutenlehre*, Berlin, 1963.

Charles Dumoulin fuera entonces una de las glorias de la Universidad de Heidelberg <sup>3</sup>.

4. La influencia de los autores italianos durante esta época fue reconocida por Carl Georg von Wächter, a mediados del siglo XIX cuando afirmó:

“Los juristas germanos del siglo XVI que se ocuparon de estos problemas, dirigieron su atención hacia la ciencia jurídica italiana, la cual, partiendo asimismo del principio territorial, había discutido muchas veces el problema con especial referencia al conflicto entre los diversos “derechos estatutarios italianos”. Todos los juristas alemanes partían de la regla: **statuta territorium non egrediuntur**, existiendo entre ellos acuerdo acerca de su significado y aplicación, por lo menos en varios puntos principales” <sup>4</sup>.

5. El cambio de perspectivas ideológicas sólo se produjo en la segunda mitad del siglo XVII, con la aparición de los máximos representantes de la escuela estatutaria alemana: Heinrich von Cocceji (1644-1719) y Johan Nikolaus Hert (1651-1710) <sup>5</sup>; quienes, al decir de Max Gutzwiller, elaboraron teorías impregnadas de ese carácter abstracto y meditativo de los grandes teóricos anteriores a Federico Carlos de Savigny y a Ernst Zitelmann <sup>6</sup>.

6. El Profesor Henrich von Cocceji de la Universidad de Heidelberg fue principalmente un estudioso del Derecho Público, pero lo entendió sometido

---

<sup>3</sup> GUTZWILLER, Max. “Le Developement Historique du Droit International Privé”, *Recuell des Cours*. Año 1929 IV, Tomo 29, p. 329.

<sup>4</sup> VON WÄCHTER, Carl Georg. “Sobre la Colisión entre las leyes de Derecho Privado de varios Estados”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*. Montevideo, 1951, pp. 937-938. Las enseñanzas de Wächter fueron publicadas originalmente en la revista: *Archiv für die civilistische Praxis*, Tomo 24, 1841, pp. 230-231; Tomo 24, 1842, pp. 1-60 161-200, 361-419. En este trabajo se utilizará la traducción española, aun cuando incompleta, hecha por el doctor Wilhelm Schnabel, que se encuentra reproducida en la *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*. Montevideo, 1951, pp. 949-1020; 1954, pp. 39-105, 907-951.

<sup>5</sup> En 1955 Franz Gamillscheg sostuvo que la historia de la doctrina estatutaria en Alemania estaba por escribirse, como lo había reconocido el propio Carl G. von Wächter, cuyas informaciones constituían, hasta esa fecha, el fundamento para evaluar la obra de los autores alemanes de los siglos XVII y XVIII (*Der Einfluss Dumoullins auf die Entwicklung des Kollisions-rechts*, Berlin - Tübingen, 1955, nota 1, p. 162). No obstante, algunos años más tarde fue publicada la importante investigación monográfica de Günter Hermann sobre Johan Nikolaus Hert, que representa un esfuerzo divulgativo de gran importancia (cfr. nota 2).

<sup>6</sup> GUTZWILLER, art. cit., p. 330.

al Derecho Natural porque, en su criterio, el Gobierno, la Ley y el Estado necesariamente deben constituir expresiones de la voluntad divina. Desde esta perspectiva, con fundamento en la naturaleza y la extensión del poder del Estado, pretendió resolver los problemas de colisión de las leyes a través de la determinación de su respectivo ámbito de vigencia, que efectuó mediante el examen de la materia sujeta a su regulación (personas, actos, cosas, etc.); y, de esta manera, dio un novedoso impulso al Derecho Internacional Privado, aun cuando sin llegar a reconocerle completa autonomía científica, ya que expuso sus ideas como un Anexo a los problemas generales del Derecho <sup>7</sup>.

7. Johan Nikolaus Hert fue Profesor de la Universidad de Giessen y se ocupó en sus escritos tanto de asuntos históricos como de temas de Derecho Público y de Derecho Privado; pero no se inspiró en el **Corpus iuris civilis**, como era lo usual en su época, sino en fuentes alemanas y en el Derecho Natural.

Hert tiene el mérito de haber reconocido autonomía científica al Derecho Internacional Privado, ya que su **Dissertatio de collisione legum**, constante de sesenta páginas y publicada en 1688, constituye el primer trabajo en la historia del Derecho Europeo dedicado exclusivamente a estudiar el problema de las colisiones de las leyes en el espacio.

Las enseñanzas de Hert no permiten establecer vínculos ideológicos con los antiguos italianos y franceses; y, en consecuencia, también se mantuvo a distancia de las decisiones y opiniones de los juristas alemanes de los siglos XVI y XVII, que provenían de la época anterior a la gran guerra y a las transformaciones producidas en la ciencia jurídica por el impacto del Derecho Natural, de la Iluminación y del Absolutismo <sup>8</sup>.

Por el contrario, sus explicaciones tienen como fuente de inspiración las ideas de Bertrand d'Argentré, según fueran desarrolladas por Nicolás Burgundus (1586-1649), Christian Rodenburg (1618-1668) y Abraham a Wesel (1635-1680). Criticó vigorosamente la doctrina de la cortesía internacional afirmada por los holandeses modernos, Paul Voet (1619-1667) y Ulricus Huber (1636-

---

<sup>7</sup> HERMANN, *op. cit.*, pp. 61-68.

<sup>8</sup> LAINE, Armand. **Introduction au Droit International Privé contenant une étude historique et critique de la Théorie des Status et des rapports de cette théorie avec le Code Civil**, Paris, 1888, Tomo I, p. 413; HERMANN, *op. cit.*, pp. 152-155, 156.



1694); pero utilizó la concepción del **subditus temporarius** de Hugo Grotius (1583-1645) y las investigaciones de Derecho Público realizadas por Henrich von Cocceji <sup>9</sup>.

8. A pesar de las anteriores características diferenciales, propias de las enseñanzas de Cocceji y de Hert, todos los autores alemanes de esta época ofrecen un denominador común, a saber, su pretensión de resolver los problemas planteados por las colisiones de las leyes en el espacio mediante su división en tres grandes categorías (personales, reales y mixtas), el triángulo mágico (**der magischer Dreieck**), que constituyó una verdad no discutible, aun cuando cabe advertir diversas variantes y cierto capricho en los detalles concretos <sup>10</sup>. Algunos de ellos, Cocceji y Hert <sup>11</sup>, la criticaron en términos enérgicos, actitud inexplicable, al decir de Carl von Wächter, por cuanto la gran mayoría la utilizó como fundamento de sus exposiciones <sup>12</sup>.

9. No obstante sus esporádicas críticas, los autores alemanes del siglo XVIII también se mantuvieron dentro del marco de la escuela estatutaria, según lo comprueban las enseñanzas de Wolfgang Adam Lauterbach (1618-1678), Anton Friedrich Justus Thibaut (1774-1840) y Johann Friedrich Kierulff (1806-1894) <sup>13</sup>. Esta posición doctrinaria no es característica de Alemania; fue compartida en otros países europeos y se proyectó en la jurisprudencia hasta mediados del siglo XIX, motivo por el cual se ha afirmado que "al menos en el continente, el Derecho Internacional Privado es un **producto de la ciencia**, habiéndose llegado a imponer con el carácter de **Derecho supraestatal, por lo menos en teoría**" <sup>14</sup>.

10. La importancia de la escuela estatutaria es indiscutible en los códigos promulgados en Alemania durante la segunda mitad del siglo XVIII, que

<sup>9</sup> HERMANN, *op. cit.*, pp. 151-162.

<sup>10</sup> RAAPE, Leo - STURM, Fritz. *Internationales Privatrecht*, 6ª edición, Berlín, 1977, p. 411. De acuerdo con Hert las normas sobre la forma de los actos constituían el estatuto mixto, en seguimiento de la doctrina de sus maestros holandeses.

<sup>11</sup> KEGEL, Gerhard. *Internationales Privatrecht*, Sexta edición, Munich, 1987, p. 113. Hert, por ejemplo, en forma sarcástica hizo el siguiente señalamiento: "es una verdadera maravilla como sudan los doctores con sus definiciones" (*Verum in his definiendis mirum est quam sudant doctores*).

<sup>12</sup> WÄCHTER, art. cit., p. 992.

<sup>13</sup> RAAPE - STURM, *op. cit.*, pp. 408-409.

<sup>14</sup> WOLFF, Martin. *Internationales Privatrecht*, Primera Edición, Berlín, 1933, pp. 12-13 (Existe una traducción española hecha por José Rovira y Ermengol, Barcelona, 1936).

tuvieron la pretensión de resolver los problemas causados por las colisiones de las leyes a través de su división en reales, personales y mixtas <sup>15</sup>.

11. En efecto, el **Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis** de 1756, en su Parte Primera, Capítulo 2, N° 17, frase segunda, “en una bella mezcla de alemán anticuado y latín” <sup>16</sup>, dispone:

“De consiguiente, si los derechos, los estatutos y las costumbres se pueden distinguir según **Loco Judici, Delicti, Rei sitae. Contractús y Domicilii** debe advertirse y observarse en cuanto **ad locum processús**, la ley del propio juez ante quien se ventila el asunto; pero en cuanto a lo demás, si se trata de la sanción de un hecho ilícito, el Derecho del lugar en que se ha cometido; si de la mera solemnidad de un acto, el Derecho del lugar de otorgamiento, trátase de acto **mortis causa** o de acto **inter vivos**; si **in meré personalibus**, los **Statuta in loco domicilii**; y, por último, **in realibus vel mixtis**, los regímenes **in loco rei sitae**, sin que sea menester distinguir entre bienes muebles e inmuebles, corporales e incorporales” <sup>17</sup>.

12. Por su parte, el “Derecho Territorial General de Prusia” (**Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten**), promulgado en 1794, reguló el Derecho Internacional Privado en sus párrafos desde el 22 al 44. El Derecho del Domicilio y subsidiariamente la **lex originis** fue declarado competente para regir tanto los “derechos y obligaciones personales” como los bienes muebles (**mobilia ossibus inhaerent**) (pars. 25, 28); los inmuebles quedaron sometidos a la **lex rei sitae** (par. 32); y la forma de los actos a la **lex loci** (par. 33) <sup>18</sup>.

<sup>15</sup> WOLFF, “IPR”, 1ª ed., op. cit., p. 13, KEGEL, op. cit., p. 114. RAAPE-STURM, op. cit. p. 409. Igual fenómeno puede observarse en el artículo tercero del Código Civil de Francia (1804), en el Código Civil de Austria (**Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, ABGB**) de 1804 y en el Código Civil del Principado de Moldavia (1816), inspirado en el anterior.

<sup>16</sup> KEGEL, op. cit., p. 114.

<sup>17</sup> WOLFF, “IPR”, 1ª ed., op. cit., p. 13, Kegel, op. cit., p. 114. HERMANN, op. cit. pp. 166-167. El Barón Boris Nolde se abstuvo de comentar el Código de Baviera de 1756 porque, en su criterio, “no ejerció ninguna influencia en los destinos del Derecho Internacional Privado” (“La Codification du Droit International Privé”, en **Recueil des Cours**, Año 1936 I, tomo 55, p. 309, nota 1).

<sup>18</sup> A este respecto son de recordar las palabras de Federico Carlos de Savigny cuando hizo la siguiente advertencia: “No puede desconocerse que en la época en la cual fue redactado del Derecho Territorial General de Prusia, la ciencia jurídica en Alemania se encontraba en decadencia y, portanto, no podía ejercer una influencia benefactora sobre la práctica. Precisamente fue el conocimiento de tan defectuosa situación la causa que condujo a la tentativa de superarla mediante la promulgación del Código único que sirviera de fundamento para modificar totalmente la aplicación del Derecho en la práctica” (**System des Heutigen Römischen Rechts**, Tomo I, Berlín, 1840, “Prólogo”, pp. XXIX-XXX).

13. Sin embargo, el Código prusiano presenta algunos rasgos originales: 1) La **lex in favore negotii** rige en dos hipótesis: tratándose de extranjeros con doble domicilio y de quienes disponen dentro del país de bienes situados dentro del territorio; 2) el Derecho más similar al Derecho Material de Prusia debe aplicarse en un determinado caso de colisión de tres estatutos (dos **lex domicilii** y una **lex rei sitae**) (par. 30), como una forma de protección a la **lex fori** "encubierta con curioso disimulo"<sup>19</sup>.

14. La esterilidad de la doctrina estatutaria para resolver numerosos problemas conectados con varias legislaciones y las interminables discusiones entre los autores, para clasificar las leyes dentro de las tres categorías fundamentales, provocaron una creciente insatisfacción que encontró cauces estables en los autores alemanes de la primera mitad del siglo XIX. En efecto, Wilhelm Schaeffner y Carl Georg von Wächter destruyeron los fundamentos teóricos de la escuela estatutaria; pero su importancia inmediata se redujo al aspecto negativo y a su énfasis sobre la necesidad de buscar nuevos derroteros para resolver los supuestos de hecho con elementos de extranjería<sup>20</sup>. No obstante, a pesar de sus críticas, la doctrina estatutaria no desapareció en forma radical, antes al contrario muchas de sus soluciones particulares perduraron en la época inmediata posterior<sup>21</sup>.

## II. WILHELM SCHAEFNER

15. En su libro "El desarrollo del Derecho Internacional Privado" (**Die Entwicklung des Internationalen Privatrechts**), publicado en 1841, Wilhelm Schaeffner hizo énfasis en la imposibilidad de resolver los problemas de Derecho Internacional Privado a través de uno o de algunos pocos principios

---

<sup>19</sup> WOLFF, "IPR", 1ª ed. *op. cit.*, pp. 13-14; HERMANN, *op. cit.*, pp. 167-168. De acuerdo con el Barón Boris Nolde "la codificación de 1794 puede ser considerada como la inauguración de la historia moderna del Derecho Internacional Privado: es la primera vez que el legislador resuelve por sí mismo un problema hasta entonces abandonado a la doctrina y a la jurisprudencia". Acto continuo, destaca la importancia de sus disposiciones desde muchos aspectos, porque "plantean los problemas de conflicto de leyes no para indicar simplemente los casos en los cuales sería aplicable el Derecho Prusiano, sino para proclamar reglas universales de conexión de las relaciones jurídicas a la ley competente, ley extranjera o Derecho Prusiano" (art. cit., pp. 309-331).

<sup>20</sup> MELCHIOR, George. *Die Grundlagen des deutschen Internationalen Privatrechts*, Berlin - Leipzig, 1932, N° 7, p. 9.

<sup>21</sup> HERMANN, *op. cit.*, p. 172.

fundamentales; y, en especial, destacó el fracaso de las doctrinas basadas en la división de las leyes en reales y personales, por cuanto ningún autor puede clasificarlas **a priori**, ya que “es simplemente imposible una definición o tan sólo una descripción de los estatutos personales o de los estatutos reales; mejor dicho, cualquiera que los defina, tiene razón **eo ipso**”<sup>22</sup>.

16. En lugar de la clasificación estatutaria, Wilhelm Schaeffner propuso como primer principio la irrestricta obediencia del Juez al mandato de las normas expresas de su ordenamiento jurídico, legales o consuetudinarias, que le ordenen aplicar su propio Derecho o alguna legislación extranjera; siendo entendido que el Derecho consuetudinario comprendía no sólo el particular del ordenamiento del Juez sino también el común a varios o a todos los pueblos civilizados.

17. La solución propuesta fracasa, sin duda alguna, cuando no existen normas positivas de la **lex fori** que resuelvan el problema; y en semejante hipótesis Wilhelm Schaeffner sostuvo la necesidad de decidir la controversia con fundamento en la naturaleza del asunto (**Natur der Sache**). En consecuencia, de acuerdo con este segundo principio “cada relación jurídica debe ser juzgada conforme a las leyes del lugar de su nacimiento”, entendido como aquél donde adquirió valor jurídico<sup>23</sup>; y, por tanto, si el nacimiento ha ocurrido en otro país, deberá aplicarse la respectiva legislación extranjera. De esta manera evita acudir a la doctrina holandesa de la cortesía internacional (**comitas gentium**) que es insatisfactoria para fundamentar el Derecho Internacional Privado, por cuanto deja sin responder adecuadamente la pregunta acerca de cuándo comienza el fin de la **Comitas**, y por su pretensión de contestar cuestiones jurídicas a través de consideraciones políticas, que son lo más variable del mundo<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> SCHAEFFNER, Wilhelm. *Die Entwicklung des Internationalen Privatrechts*, Frankfurt am Main, 1841, N° 31, p. 39.

<sup>23</sup> SCHAEFFNER, *op. cit.*, N° 32, pp. 40-42. Las palabras textuales fueron: “Jedes Rechtsverhältniss ist nach den Gesetzen desjenigen Ortes zu beurtheilen, wo es existent geworden ist. Hierin liegt zugleich die Rücksicht auf diejenigen Gesetze, deren ganzer Inhalt dahin geht, ein Rechtsverhältniss nur dann als solches anzuerkennen, wenn es in ihnen gemäss ist”.

<sup>24</sup> SCHAEFFNER, *op. cit.*, N° 30, p. 38. “¿Wo ist der Anfang von Ende der Comitas? ¿Wie kann man Rechtsfragen nach politischen Rücksichten beantworten, die das Wandelbarste auf der Welt sind?”.

18. La aplicación concreta de su segundo principio condujo a Wilhelm Schaeffner a sostener la validez de las siguientes afirmaciones: la competencia de la ley de la residencia habitual (**den dauernden Aufenthalt**) para regir el estado y capacidad de las personas; los bienes inmuebles, considerados en forma aislada, se encuentran sometidos a la ley del lugar de su situación; la ley de la residencia habitual de su propietario regula el patrimonio y los bienes muebles individualmente considerados, excepto en caso de disposiciones contrarias de la ley del lugar de su situación efectiva; y la forma de los actos queda sujeta a la ley del lugar de su otorgamiento <sup>25</sup>.

19. En el mismo año de 1841, Carl Georg von Wächter reconoció que "algunas cuestiones referentes a detalles están bien expuestas y contestadas correctamente" en la doctrina de Schaeffner <sup>26</sup>; pero también hizo énfasis en la falta de comprobación del segundo principio rector, el cual, además, era susceptible de muy variadas interpretaciones como se desprende de los propios ejemplos propuestos por su autor para ilustrar su funcionamiento en diversos casos concretos <sup>27</sup>.

20. Carl Georg von Wächter también hizo el siguiente señalamiento crítico:

"En su diferenciación entre costumbres universales ("las que son reconocidas en todos los pueblos civilizados") y costumbres particulares (entre las cuales incluye nuestras costumbres pertenecientes al Derecho Común), no separa en forma correcta lo que es comun desde el punto de vista jurídico de lo que es común sólo desde el punto de vista histórico; y, por consiguiente, el autor llega a tomar en cuenta la jurisprudencia y las opiniones jurídicas extranjeras, particularmente inglesas y norteamericanas, las cuales, sin duda alguna, son interesantes consideradas de por sí, pero resultan completamente improcedentes en la forma como las utiliza el autor (p. ej. págs. 126 sigs; pags. 153 sigs.), en

<sup>25</sup> SCHAEFFNER, *op. cit.*, N° 32, pp. 40-42.

<sup>26</sup> Las palabras textuales de Wächter fueron: "Recién después de haber escrito todo mi estudio sobre la colisión de los derechos de varios Estados y después de enviado a la imprenta la continuación del trabajo impreso en este número, me ha llegado la monografía más nueva sobre el tema" (art. cit., 1954, N° 18, p. 73).

<sup>27</sup> WÄCHTER, *art. cit.*, 1954, N° 18, p. 74.

y procura todo lo necesario para mantenerlo, atendiendo a consideraciones

<sup>30</sup> JUENGER, Friedrich K. *Choice of Law and Multistate Justice*, Dordrecht / Boston / Londres, 1993, p. 32. No obstante, cita los comentarios sobre el libro de Story aparecidos en 1835 en la revista *Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes*, publicada por Mittermaier.

<sup>31</sup> JUENGER, *op. cit.*, p. 32.

<sup>32</sup> WÄCHTER, *art. cit.*, 1951, N° 2, pp. 955-956.

<sup>33</sup> WÄCHTER, *art. cit.*, 1951, N° 2, pp. 957-958.

superiores, a las exigencias de la seguridad en el funcionamiento del orden jurídico y a la dignidad e independencia de la legislación; por otra parte, las relaciones existentes entre los diversos Estados lo inducen a reconocer la capacidad jurídica del extranjero de igual manera que la del ciudadano, y le aconsejan hacer concesiones a las legislaciones extranjeras sobre diversas materias. Las consideraciones de utilidad, de cortesía, de Derecho Natural, y otras de índole similar, pueden guiar al legislador, y, en efecto, lo guían, particularmente cuando celebra tratados con otros Estados; pero no deben guiar al juez; a éste sólo le toca observar lo que su legislador haya dispuesto, esto es, lo que el derecho positivo de su Estado haya establecido, aplicar este Derecho en forma estricta”<sup>34</sup>.

27. Por tanto, de acuerdo con Wächter, el Juez debe cumplir, en primer término, el mandato “de las leyes a que está sometido, esto es, de las leyes vigentes de su Estado”, porque “no es más que un órgano de la voluntad legislativa que ha sido expresada formal y legalmente, vale decir, de la voluntad general, a la cual, dentro del Estado, deben someterse incondicionalmente las voluntades particulares”. En efecto, “en su calidad de Juez debe aplicar la ley dentro de la esfera de su competencia, sin tener en cuenta si es justa o injusta, si cumple o no con los fines que debe lograr, y si corresponde o no a la naturaleza del Derecho tal como el Juez se lo imagina subjetivamente; y en su calidad de ciudadano debe asimismo someterse a la voluntad general”<sup>35</sup>.

28. No obstante, Wächter reconoció que “nuestro problema pocas veces ha sido resuelto en su totalidad por el Derecho particular de cada Estado”; aun cuando hizo referencia a algunos tratados sobre la materia, pero con el señalamiento de que en la mayoría de las oportunidades “sólo tienen soluciones para algunos puntos, y, en todo caso, solamente le indican al juez de un Estado contratante las normas que ha de aplicar a las relaciones vinculadas con el Estado contratante”<sup>36</sup>.

29. Por tanto, la realidad jurídica plantea muy frecuentemente al Juez con la siguiente pregunta: “¿a qué principios deberá atenerse cuando nuestro Derecho

<sup>34</sup> WÄCHTER, art. cit., 1951, N° 2, pp. 958-959.

<sup>35</sup> WÄCHTER, art. cit., 1951, N° 2, pp. 956-957.

<sup>36</sup> WÄCHTER, art. cit., 1951, N° 2, p. 959.

común y, en general, el Derecho vigente en su Estado, no contiene normas expresas que resuelvan el punto?"<sup>37</sup>.

30. La interrogante anterior fue respondida por Wächter a través de su segundo principio rector, de acuerdo con el cual "en caso de que no exista ninguna ley general expresa, el Juez debe buscar la solución en el sentido y el espíritu de aquellas leyes vigentes en su Estado que tengan por objeto la relación jurídica controvertida ante él. Según sea el sentido y el espíritu de estas leyes, a veces corresponderá aplicarlas a los extranjeros, a las relaciones jurídicas originadas en el extranjero, o a situaciones similares, y a veces no. Pues bien: el juez siempre debe proceder estrictamente conforme a lo que resulta de dichas leyes, puesto que al aplicar las leyes a que está sometido, debe hacerlo con el sentido que ellas tienen"<sup>38</sup>.

31. De seguida Wächter ejemplificó sus ideas en los términos siguientes:

"Si cierta ley dispone en forma general que los tribunales no deben admitir demandas de ejecución de deudas de juego, del sentido de esta ley resulta, sin lugar a dudas, que los tribunales también deben desestimar las demandas aunque la deuda haya sido contraída en un país extranjero donde las deudas de juego son válidas, y aunque, según las leyes de ese país, el acreedor posea el derecho legítimamente adquirido de reclamarla judicialmente. En cambio, si cierta ley local dispone que las partes pueden establecer, según su libre arbitrio, las consecuencias jurídicas de una compra-venta, en caso de que el súbdito de un Estado extranjero haya vendido en su país y haya sometido las consecuencias del contrato a las leyes de su país, el juez local, obedeciendo al sentido y a la voluntad de su propia ley, deberá aplicar la ley extranjera para resolver el litigio que ante él se iniciare contra el vendedor"<sup>39</sup>.

32. Acto continuo Wächter resumió sus ideas en los siguientes términos:

"El segundo principio de nuestra teoría afirma, por tanto, que el juez debe examinar las leyes de su Estado referentes a la relación jurídica controvertida

<sup>37</sup> WÄCHTER, art. cit., 1951, N° 9, p. 977.

<sup>38</sup> WÄCHTER, art. cit., 1951, N° 8, p. 959.

<sup>39</sup> WÄCHTER, art. cit., 1951, N° 9, pp. 977-978.

para saber si, conforme con el sentido de ellas, corresponde aplicarlas incondicionalmente o no, es decir, si corresponde o no aplicarlas incluso a las relaciones jurídicas que tienen su origen en el extranjero o en las que interviene un extranjero. Si el juez llega la conclusión de que el sentido de la ley exige una aplicación incondicional, debe aplicarla incondicionalmente”<sup>40</sup>.

33. Por último, Wächter formuló su tercer principio rector en estos términos:

“Cuando el sentido y el espíritu de las leyes no proporcionan con certidumbre la solución de nuestro problema, el juez tiene el deber de aplicar el derecho de su Estado”<sup>41</sup>.

De inmediato agregó las siguientes explicaciones adicionales:

“La misión del Juez es, como se sabe, aplicar el Derecho al caso controvertido. Pero, ¿qué Derecho debe aplicar? Sólo debe aplicar el Derecho establecido, o bien, el Derecho reconocido por el Estado al cual pertenece. Esta afirmación resulta de la naturaleza del Derecho positivo y de la relación de dependencia en que el juez, como órgano, se encuentra frente al Derecho positivo... Si existen dudas acerca de las normas aplicables o si el Derecho del Estado del Juez guarda silencio respecto de esta cuestión, el Juez debe aplicar las normas de su Estado, únicas a que debe obedecer. A su vez, los ciudadanos de ese Estado están sometidos a ese derecho, precisamente por ser ciudadanos del Estado, y los extranjeros que invocan ante el juez la protección de las leyes en ese Estado pueden obtenerla, pero sólo en la medida en que las leyes invocadas por los extranjeros admiten tal protección”<sup>42</sup>.

Por consiguiente, Wächter concluyó de manera enfática:

“no es admisible hablar de una laguna de la legislación que el juez pueda llenar con principios, emergentes de criterios subjetivos”<sup>43</sup>.

---

<sup>40</sup> WÄCHTER, art. cit., 1951, N° 9, p. 978.

<sup>41</sup> WÄCHTER, art. cit., 1951, N° 9, p. 980.

<sup>42</sup> WÄCHTER, art. cit., 1951, N° 9, pp. 980-981.

<sup>43</sup> WÄCHTER, art. cit., 1951, N° 9, p. 982.



34. Según se desprende de la exposición anterior, la doctrina de Wächter convierte el sistema de Derecho Internacional Privado en una excepción a la aplicación del Derecho Privado Interno, que vendría a constituir la regla general; y, con esta concepción, no es posible la existencia de lagunas porque la ley interna del Juez debe solucionar todos los casos en los cuales no exista una norma expresa o tácita de Derecho Internacional Privado que ordene resolver la controversia conforme a una legislación extranjera.

35. Wächter fundamentó su doctrina en la soberanía que todo Estado tiene derecho a ejercer en forma irrestricta dentro de su territorio; y en la obligación del juez de limitarse a obedecer el mandato del Legislador, para no incurrir en usurpación de funciones, con manifiesta infracción del principio constitucional de la separación de los Poderes Públicos. Por tanto, en su criterio, "las consideraciones de utilidad, de equidad, de cortesía, de Derecho Natural, y otras de índole similar, pueden guiar al legislador, y, en efecto, lo guían, particularmente cuando celebra tratados con otros Estados; pero no deben guiar al juez; a éste sólo le toca observar lo que su legislación haya dispuesto, esto es, lo que el derecho positivo de su Estado haya establecido, y aplicar este derecho estrictamente"<sup>44</sup>.

36. La teoría general sostenida por Wächter le permitió afirmar la validez de las siguientes soluciones particulares:

a) Las condiciones que configuran la capacidad o incapacidad de las personas se regulan por la *lex domicilii*, porque así lo establece una costumbre general reconocida por el Estado; pero las consecuencias de la capacidad se rigen por la *lex fori*.

b) Los bienes están sujetos a la *lex rei sitae* porque el Legislador, cuando dicta las normas internas, sólo pretende aplicarlas a los ubicados dentro del territorio, tanto muebles como inmuebles; y, en forma alguna, tiene la intención de regir los bienes situados en el extranjero.

c) Las obligaciones contractuales se encuentran sometidas a la ley seleccionada por las partes, porque el legislador reconoce, en esta materia, el principio de la

---

<sup>44</sup> WÄCHTER, art. cit., 1954, N° 16, p. 50-54.

autonomía de la voluntad; y, a falta de elección, dependen de la **lex loci contractus**.

d) El patrimonio, es decir, los bienes considerados en su conjunto, como en los casos de sucesión intestada y de disposición de última voluntad, se rige por la **lex domicilii** del causante, porque el legislador sólo pretende aplicar sus normas internas a la sucesión de personas domiciliadas en el país, aun cuando fallezcan en el extranjero.

e) El Derecho de Familia se regula por la **lex domicilii**, excepto cuando sus normas sean consideradas ilícitas por la **lex fori**, como sería el caso, por ejemplo, si facultan al marido a imponer penas corporales a su mujer.

f) La forma de los actos depende de la regla **locus regit actum**; pero también admite cierta facultad de elección a las partes <sup>45</sup>.

37. Según ha advertido certeramente Friedrich K. Juenger, los principios de Wächter anticipan las doctrinas centradas en el **forum** de los modernos autores unilateralistas de los Estados Unidos de la América del Norte; y, en particular, su concepción de las normas de Derecho Internacional Privado como una excepción a la regla general, consistente en la aplicación, en principio, de la propia legislación para resolver casos conectados con varias legislaciones, será reiterada por David F. Cavers y Albert A. Ehrenzweig <sup>46</sup>.

38. Sin embargo, constituiría un grave error entender que la doctrina de Wächter sólo se limita a afirmar la primacía de la legislación escrita, pues, según advierte Rodolfo De Nova, “esta mezquina interpretación de una doctrina restringida de por sí le conferiría una tonalidad casi ridícula” (**this narrow interpretation of a narrow theory gives it an almost ludicrous overtone**). En efecto, semejante presentación olvidaría su énfasis en la necesidad de tomar en cuenta no solamente la ley escrita, esa perspectiva lunática de la escuela positivista (**the lunatic fringe of the positivist school**), sino también el derecho consuetudinario. Más aún, sería desconocer algunas

---

<sup>45</sup> WÄCHTER, art. cit., 1951, Nos. 19-21, pp. 75-104; Nos. 22-25, pp. 907-950.

<sup>46</sup> JUENGER, op. cit., p. 33.

de las soluciones que sostuvo con fundamento en el Derecho Consuetudinario, por ejemplo, la competencia de la *lex domicilii*, de la *lex loci actus*, de la *lex situs* para los inmuebles, de la ley del último domicilio del causante y, en cierto grado, el principio de la autonomía de la voluntad <sup>47</sup>.

39. Por otra parte, la característica diferencial de las ideas de Wächter, comparadas con la doctrina estatutaria, consiste en su énfasis en el "interés del Estado", que aparece afirmado en su segundo principio rector para la interpretación de las leyes del Juez, cuando es necesario determinar su esfera de aplicación territorial <sup>48</sup>. Sin embargo, a fin de evitar malos entendidos, es preciso no olvidar su recomendación adicional de interpretarlas en forma razonable, idea ésta que trae de inmediato a la memoria sugerencias análogas de Brainerd Currie en los Estados Unidos de la América del Norte.

40. A pesar del evidente propósito de Wächter, de dar predominio a la *lex fori*, su segunda regla permitió a los jueces intervenir ampliamente en la creación del Derecho Internacional Privado. En efecto, según advierte Quintín Alfonsín, la intención o el espíritu de las leyes fueron "interpretados de muchos modos: cada interpretación dependía, naturalmente de las luces y de la orientación del juez que tuviera que realizar la tarea, lo cual podía ser origen de las más diversas soluciones prácticas" <sup>49</sup>.

41. La diferencia hecha por Wächter entre la función legislativa y la función judicial fue objeto de categórico rechazo por Federico Carlos de Savigny; en particular su negativa a reconocer al Juez una función creadora del Derecho y la facultad de llenar las lagunas legislativas con fundamento en el Derecho Natural, la equidad, la utilidad, el interés del Estado, la seguridad de las transacciones y otras consideraciones de índole general. En efecto, de acuerdo con Savigny, esas funciones, atribuidas por Wächter al legislador en forma exclusiva, en gran parte corresponden al Juez, porque en la materia de la

---

<sup>47</sup> DE NOVA, Rodolfo. "Historical and Comparative Introduction to Conflict of Laws", *Recuell de Cours*, 1956 II, tomo 118, pp. 453-456; JUENGER, *op. cit.*, p. 33.

<sup>48</sup> DE NOVA, *art. cit.*, p. 455; JUENGER, *op. cit.*, pp. 33-34.

<sup>49</sup> ALFONSIN, Quintín. *Teoría del Derecho Privado Internacional*, Montevideo, 1955, N° 90, p. 118.

colisión de las leyes el legislador ha dejado numerosos aspectos para ser resueltos conforme a las soluciones impuestas por el progreso científico <sup>50</sup>.

42. La anterior crítica de Savigny fue respondida por el propio Wächter, en sus explicaciones de cátedra dictadas en la Universidad de Leipzig en la década de los años sesenta del pasado siglo; réplica que fue reproducida en un “Apéndice” a las “Pandectas” (**Pandekten**), publicadas por su hijo Oscar en 1880, después de su muerte <sup>51</sup>. De acuerdo con Wächter, las directrices propuestas por Savigny sólo debían servir de guía al Legislador, quien no se las había impuesto al Juez como regla de conducta para decidir las controversias; y, tampoco era posible deducir su vigencia del sentido y espíritu del Derecho Positivo alemán. Por tanto, Wächter reiteró que “lo importante no es el lugar donde una relación jurídica tiene el asiento conforme a su naturaleza, sino donde se encuentra localizada de acuerdo con las reglas de nuestro derecho positivo”; y “a falta de determinación al respecto deben obedecerse las pautas establecidas en su segundo y tercer principio, las cuales conducen a la misma conclusión que la regla de la territorialidad sostenida en la Edad Media” <sup>52</sup>.

43. Al decir de Adolfo Míaja de la Muela, la doctrina de Wächter tiene el indiscutible mérito de constituir “la primera aportación seria a un tema esencial en toda rama jurídica, hasta entonces descuidado, las fuentes del Derecho Internacional Privado, tema que trata con rigor científico, pero con la unilateralidad que supone la exclusión de fuentes procedentes de ordenamientos distintos que el de cada Estado” <sup>53</sup>. Además, sin duda alguna, sus ideas han dejado huella permanente pues, como advierte Quintín Alfonsín, constituyeron la fuente de inspiración a tres muy importantes corrientes científicas de la época contemporánea:

“a) A la **doctrina nacionalista**, según la cual las normas de Derecho Internacional Privado deben ser nacionales. b) A la **doctrina neo-territorialista**, según la cual la **lex fori** debe ser aplicada en la mayor medida posible... c) a la

---

<sup>50</sup> VON SAVIGNY, Friedrich Carl. *System des Heutigen Römischen Rechts.*, Tomo 8, Berlín, 1849, N° 348, nota (g), pp. 28-29.

<sup>51</sup> NADELMANN, art. cit., p. 417.

<sup>52</sup> WÄCHTER, *Pandekten*, *American Journal of Comparative Law*, tomo XIII, 1964, p. 428.

<sup>53</sup> *Derecho Internacional Privado*, Tomo I, Novena Edición, puesta al día por Alegría Borrás, Nuria Bouza y José Luis Rodríguez, Madrid, 1985, p. 162.

**concepción privatista contemporánea**, según la cual las normas nacionales de Derecho Privado Internacional tienen por única misión regular a su modo ciertas relaciones jurídicas privadas previstas por dichas normas y no deslindar la competencia legislativa entre los Estados”<sup>54</sup>.

#### IV. FEDERICO CARLOS DE SAVIGNY

##### *A. Introducción*

44. Federico Carlos de Savigny (1779-1861) nació en Frankfurt am Main, de familia calvinista originaria remotamente de Metz, y su reputación jurídica data de 1803, cuando a la edad de veinticuatro años publicó su famoso “Tratado sobre la Posesión” (**Recht des Besitzes**)<sup>55</sup>. Afiliado al romanticismo jurídico, concibió el Derecho como la expresión de los valores históricos y sociales de cada pueblo (**Bewusstsein des Volkes, Volksgeist**), en franco antagonismo con las doctrinas racionalistas predominantes en los tiempos inmediatos anteriores. Fue jefe indiscutido de la llamada Escuela Histórica del Derecho: en 1814 fundó la “Revista para la Historia de la Ciencia Jurídica” (**Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft**); y en el “Prólogo”, aparecido en 1815, esbozó su programa, en aparente manifiesta oposición a las tendencias jusnaturalistas.

45. En el mismo año de 1815 publicó su polémico escrito, “De la vocación de nuestro tiempo por la legislación y la ciencia del Derecho” (**Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft**), en franco antagonismo a las ideas favorables a la codificación, defendidas por Anton Friedrich Justus Thibaut (1774-1840); y su inmenso prestigio jurídico explica la tardía promulgación del Código Civil en Alemania, a fines de siglo, cuando ya había concluido el proceso de codificación en Europa<sup>56</sup>.

<sup>54</sup> ALFONSIN, *op. cit.*, N° 91, p. 120.

<sup>55</sup> Savigny vivió en una época en la cual Alemania hizo aportes extraordinarios al desarrollo de la cultura humana: fue contemporáneo de los muy eminentes filósofos Emmanuel Kant (1724-1804) y Joseph Wilhelm Friedrich Hegel (1770-1831); del maestro de la literatura Johann Wolfgang Goethe (1749-1832); y de los inolvidables músicos Wolfgang Amadeus Mozart (1756-1791) y Ludwig von Beethoven (1770-1827).

<sup>56</sup> La discrepancia ideológica entre la tradición y la filosofía, representada por Savigny y Thibaut, fue objeto de señalamiento en Venezuela por el Licenciado Luis Sanojo, con motivo de los trabajos que condujeron

46. Laboriosas investigaciones permitieron a Savigny demostrar la supervivencia del Derecho Romano, no obstante el derrumbe del imperio en el siglo quinto de la era cristiana; y su “Historia del Derecho Romano en la Edad Media” (*Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter*), escrita en seis tomos, publicados entre 1815 y 1831, representa un trabajo de síntesis todavía no superado, a pesar del tiempo transcurrido, de sus aspectos incompletos y del desarrollo posterior de las investigaciones jurídicas <sup>57</sup>.

47 Savigny fue eminente Profesor de la Universidad de Berlín y también ejerció funciones públicas, como miembro del Consejo de Estado de Prusia en 1817 y del Tribunal Supremo de Berlín en 1819. Veinte años más tarde comenzó la publicación de su “Sistema de Derecho Romano Actual” (*System des heutigen Römischen Rechts*), con el propósito de exponer la realidad jurídica vigente en la Alemania de la época, tarea que no interrumpió durante el ejercicio de sus funciones como Ministro de la Justicia en Prusia (1842) <sup>58</sup>.

48. De acuerdo con las indicaciones del propio Savigny su propósito fue explicar: a) el Derecho Romano, es decir, las materias jurídicas de origen romano, con exclusión de aquellas derivadas del Derecho Germánico; b) el Derecho Actual, o sea, excluyó la historia del Derecho propiamente dicha, las normas jurídicas anteriores a la legislación de Justiniano, y las partes de ésta extrañas al Derecho Moderno <sup>59</sup>; c) el Derecho privado y no el público,

---

a la promulgación de los Códigos Civiles de 1867 y de 1873. En ambas ocasiones insistió en la necesidad de proceder con gran prudencia en la obra legislativa, “sin romper de una manera brusca con lo pasado, ni desatender de todo punto los hábitos e inclinaciones de los habitantes del país”. De acuerdo con Sanojo, un Código formado con “el método sintético, por el cual se establecen únicamente principios generales y fecundos, que sirvan de mayor absoluta para la resolución de multitud de casos” permitirá creer que regula la administración de justicia, como dice Savigny, “pero de hecho no la regirá. Como los magistrados y los jurisconsultos no tienen suficiente ciencia para interpretarlo científicamente, su aplicación será completamente arbitraria” (Luis Sanojo, *Juicio Crítico del Código Civil*, Caracas, 1867, pp. 1-3; *Instituciones de Derecho Civil Venezolano*, Tomo I, Caracas, 1873, “Prólogo”, pp. III-IV). La cita de Savigny hecha por Sanojo corresponde al libro “De la Vocación de nuestro siglo respecto de la legislación y la jurisprudencia”, pero no parece haberlo consultado en forma directa sino a través del “análisis que de esa obra hace Lerminier”.

<sup>57</sup> DE VISSCHER, Fernand. *Ius Romanum Medi Aevi*, “Prefacio”, Mediolani, typis Giuffrè, 1961, p. 6.

<sup>58</sup> Según informa Rudorff, Savigny se dedicó a esta investigación para encontrar consuelo, en el trabajo científico (*um in der Wissenschaft den Trost der Arbeit zu finden*), por la pérdida de su única y muy querida hija, quien contrajo matrimonio en Atenas con Constantín Schinas y había fallecido en 1835 (*Zeitschrift für Rechtsgeschichte* (1863) 56 (citado por Georges S. Maridakis, “Introduction au Droit International Privé”, en *Recueil des Cours*, 1962 - I, Tomo 105, p. 495, nota 36).

<sup>59</sup> De esta manera reiteró sus afirmaciones hechas en el “Prólogo”, cuando Savigny había declarado que la escuela histórica “en su aplicación particular al Derecho Romano, no le reconoce, como a menudo se piensa,

llamado algunas veces **jus civile**, estudiado en forma exclusiva por los jurisconsultos (**jurisprudencia**) en tiempos de la República, por cuanto es el único que forma parte del Derecho Moderno; y, d) el Derecho Privado **Material**, como lo denominan algunos, con exclusión del procedimiento o de las formas establecidas para la reclamación de los derechos, ya que "nuestro procedimiento se ha formado de una mezcla de elementos históricamente diversos, se ha desenvuelto de una manera tan especial, que puede ser tratado separadamente, mientras que los jurisconsultos romanos consideraban la reunión del procedimiento y del Derecho, no solamente como posible, sino también necesaria". No obstante, reconoció que: "Su división, cuyo principio es incontestable, ofrece a menudo incertidumbre en la práctica, pues, en efecto, la misma materia puede algunas veces pertenecer al uno o al otro dominio"<sup>60</sup>.

49. Las restricciones impuestas por Savigny a su exposición del Derecho Romano permiten establecer sus grandes similitudes con el examen del Derecho Común alemán, por cuanto "dicho Derecho Común no es otra cosa que el Derecho Romano actual, considerado en su aplicación particular en Alemania con las modificaciones que ha experimentado; modificaciones que, contenidas todas ellas en las leyes del imperio, son de poca importancia". Por tanto, según reconoce Savigny, su explicación del "Derecho Romano actual, podría, con algunas adiciones, ofrecerse como el Derecho Común de Alemania"<sup>61</sup>.

50. Esta similitud es admitida generalmente. Así lo demuestran las palabras de Etienne Bartin, cuando recordó que en la primera mitad del siglo XIX el Derecho Romano constituía el Derecho Común alemán (**Gemeinrecht**), "como consecuencia del gran hecho histórico de la recepción del Derecho Romano en Alemania a fines de la Edad Media, convertido en realidad práctica, al concluir el siglo décimo quinto (1495), con la introducción, en la Corte del Imperio y también en la jurisdicciones de los Estados particulares, de un cierto

---

una autoridad sin límites, sino que estudia el conjunto del Derecho Moderno, a fin de descubrir y de fijar todo lo que tiene un origen romano cierto, para evitar que, inconscientemente, seamos por él dominados; después, descompone el elemento romano y elimina algunas de sus partes, muertas en realidad y que no conservan más que las apariencias de la vida, abriendo así un campo más libre al desarrollo y a la acción saludable del elemento existente" (Op. cit., Tomo I, p. XV).

<sup>60</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo I, N° 1, pp. 1-3.

<sup>61</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo I, N° 2, pp. 4-5.

número de magistrados **legistas**, es decir, de jurisconsultos formados en Italia, en la Universidad de Bolonia”<sup>62</sup>.

51. En el “Prólogo” del primero de los ocho volúmenes, Savigny informó que se proponía utilizar el método sistemático en la exposición; pero, la divergencia entre los autores sobre su significado, le impuso aclarar que la esencia del método sistemático consiste en reconocer y describir los lazos íntimos o la afinidades existentes entre los conceptos jurídicos y las reglas de Derecho individuales para presentarlos como un todo orgánico. Ahora bien, esas afinidades se encuentran a menudo ocultas y su descubrimiento permite enriquecer nuestra comprensión de la materia; y como, además, son muy numerosas, nuestra comprensión de la misma será mucho mayor mientras más afinidades podamos descubrir y verificar en una institución jurídica. Sin embargo, es necesario mantenerse alerta por cuanto ciertas afinidades no son sino falsas apariencias, en cuyo caso es imprescindible destruir esa falsa apariencia<sup>63</sup>.

Acto continuo Savigny agregó:

“Sin duda alguna, esos lazos íntimos determinan la organización exterior de todo trabajo sistemático, que debe reflejarlos, y muchas veces sólo se piensa en este aspecto cuando se habla de método sistemático. No obstante, es indispensable prevenirse contra ciertos errores. En la riqueza de la realidad viva, todas las relaciones de Derecho forman un sólo cuerpo orgánico; pero, si deseamos conocerlas y comunicarlas a otros, estamos obligados a separar sus elementos constitutivos para examinar sucesivamente sus diversas partes. Ahora bien, el orden a seguirse en esta tarea de descomposición es determinado por la afinidad que juzgamos más importante; y las otras afinidades existentes en la realidad deben ser descritas en forma separada. Por tanto, es necesaria alguna tolerancia y reconocer al autor cierta libertad sobre la mejor manera de realizar el ordenamiento de la materia para que conduzca a una exposición más clara y fecunda en resultados”<sup>64</sup>.

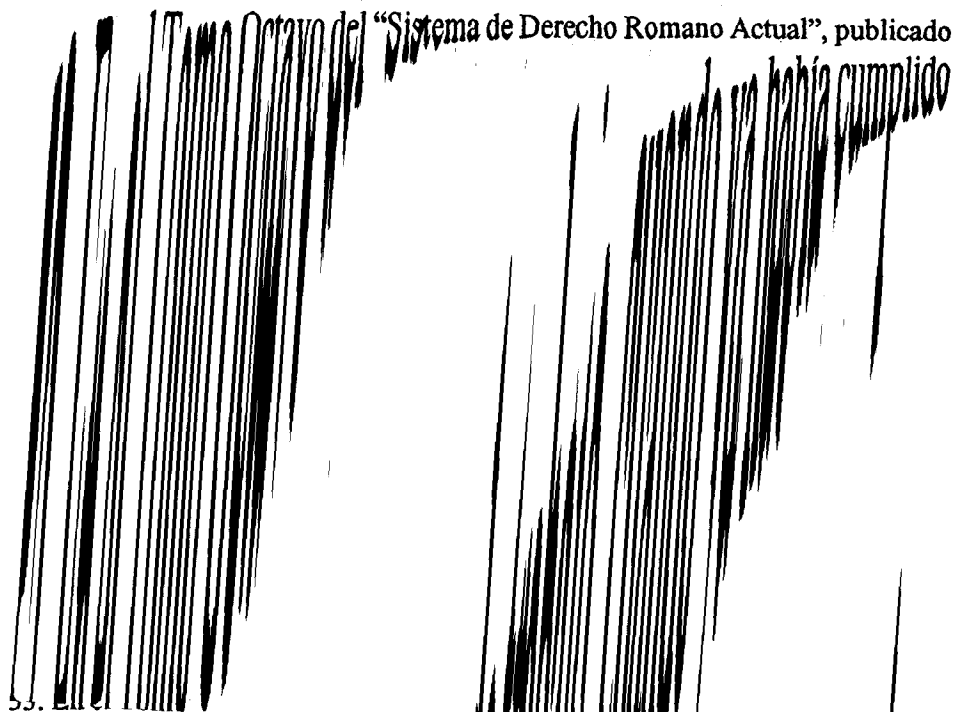
<sup>62</sup> BARTIN, Etienne. *Principes de Droit international privé selon la Loi et la Jurisprudence Françaises*, Tomo I, París, 1930, N° 69, p. 156.

<sup>63</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo I. Vorrede, pp. XXXVI-XXXVII.

<sup>64</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo I. Vorrede, pp. XXXVII-XXXVIII.



52. Según es reconocido por el propio Savigny en el "Prólogo" del tomo octavo, los ocho volúmenes del "Sistema de Derecho Romano Actual" no constituyen un Tratado completo, como fue su pretensión original, sino tan sólo la "Parte General" del Derecho Romano vigente en la Alemania de la época. Sin embargo, se propuso completar su plan de trabajo y escribir en forma independiente la "Parte Especial", a fin de exponer el Derecho de las Obligaciones y continuar con el Derecho de los Bienes, de la Familia y de la Sucesión<sup>65</sup>; pero la falta de tiempo le impidió realizar sus intenciones, y tan sólo en 1851 y 1853 fue publicada, en dos volúmenes, una parte del "Derecho de las Obligaciones" (*Das Obligationsrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts*).



53. En 1849, escrito en escasos doce meses de trabajo, en los setenta y ocho años de edad, Savigny examinó el problema de la vigencia de las normas jurídicas en el espacio y en el tiempo<sup>66</sup>. Sus planteamientos son fundamentalmente teóricos: en contraste con Joseph Story, quien hizo referencia a más de quinientas decisiones judiciales, Savigny mencionó tan sólo unas doce y prefirió utilizar casos hipotéticos para ejemplificar sus enseñanzas<sup>67</sup>. Sin embargo, se trata de una característica común a todos los autores alemanes, que había causado asombro a Carl Georg von Wächter, aun cuando resulta explicable debido a la dependencia de sus doctrinas del Derecho Natural y a la arrogancia de los grandes sabios de las épocas anteriores<sup>68</sup>.

#### *B. Los límites de vigencia de las normas jurídicas en el espacio*

54. De acuerdo con Savigny, la necesidad de determinar los límites de vigencia de las normas jurídicas constituye inevitable consecuencia de "la naturaleza del Derecho Positivo, que no es el mismo para toda la Humanidad, sino especial

<sup>65</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo VIII. Vorrede, pp. VII-IX.

<sup>66</sup> SAVIGNY estaba jubilado desde hacía siete años y dieciocho meses antes había dejado de desempeñar el Ministerio de Justicia en Prusia (RAAPE - STURM, *op. cit.*, p. 410).

<sup>67</sup> JUENGER, *op. cit.*, p. 35.

<sup>68</sup> WOLFF, "TPR", 1ª ed. *op. cit.*, p. 14, quien recuerda las palabras escritas en 1801 por Anselmo de Feuerbach cuando hizo la siguiente advertencia: "El autor cree haber hecho bien no prescindiendo totalmente de la práctica, por más que sienta odio hacia este comodín de la indolencia literaria, este sostén de ciega arbitrariedad" ("Der Verfasser glaubt recht gethan zu haben, dass er die Praxis, so sehr er auch dieses Polster der literarischen Trägheit, diese Stütze blinder Willkür hasst, nicht ganz übergegangen hat" (*op. cit.*, p. 14, nota 29).

Y diferente en los distintos países y estados, como resultado de las ideas comunes y también de ciertas fuerzas características de cada uno de ellos". Por consiguiente, la diversidad de los derechos positivos impone establecer sus respectivos límites de vigencia, porque sólo de esa manera pueden resolverse las varias colisiones entre ellos cuando pretenden regular una misma relación jurídica concreta <sup>69</sup>.

55. Aun cuando el análisis de estas cuestiones pudiera parecer extraño al objeto de sus explicaciones, dirigidas a enseñar el Derecho Romano vigente en la Alemania de la época, Savigny justifica su estudio porque "el Derecho Romano rige en Estados y pueblos determinados y se encuentra en contacto con otros Derechos Positivos". Por tanto, su aplicación en la vida diaria presupone establecer los límites de su eficacia; tarea a realizarse con independencia de que los jurisconsultos romanos hubieran o no estudiado estos problemas <sup>70</sup>.

56. En el propio párrafo inicial del "Prólogo" al Tomo Octavo, Savigny reconoció asimismo que, comparada con las enseñanzas expuestas en los volúmenes anteriores, su doctrina sobre los límites de vigencia de las normas jurídicas en el espacio se presenta "como incompleta, en vías de formación"; pero, a su entender, estas características son inevitables debido a la naturaleza misma de los temas objeto de estudio, que permiten "advertir un franco antagonismo en las opiniones de los autores y en las sentencias de los tribunales".

A este respecto Savigny agregó:

"Alemanes, franceses, ingleses y americanos se enfrentan a menudo con rudeza, aun cuando todos coinciden en demostrar el más vivo interés en estas

<sup>69</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, tomo 8, N° 344, p. 2.

<sup>70</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, *Einleitung*, N° 344, pp. 5-6. No obstante afirmó que los juristas romanos habían examinado la cuestión de los límites de vigencia de las normas jurídicas en el espacio. En tal virtud, hizo saber, "vamos a indagar y a hacer constar sus decisiones, ya que es muy importante conocerlas bien, por más que en parte sean unilaterales e incompletas, y no se puedan aplicar siempre ni siquiera en los países regidos por el Derecho Romano". Asimismo Savigny advirtió: "la doctrina de los autores modernos y la jurisprudencia conectada con ella encuentra su fundamento, en gran parte, en decisiones de los romanos, muchas veces mal comprendidas; de manera que no es posible entender o criticar la teoría y la jurisprudencia moderna sin un estudio profundo de los principios del Derecho Romano sobre la materia".

cuestiones y, con más intensidad que en otras ciencias, persiguen el acercamiento, la aproximación y el entendimiento mutuo. Puede decirse que esta rama del Derecho constituye un patrimonio común de las naciones civilizadas, a pesar de la ausencia de principios generales sólidamente establecidos, ya que se trabaja por obtenerlos gracias al esfuerzo común”<sup>71</sup>.

57. En el “Prólogo” del tomo Octavo Savigny también hizo las siguientes consideraciones de carácter general:

“Por un lado encontramos brillantes perspectivas para el porvenir y, por el otro, la imposibilidad de dar, por ahora, una solución completa al problema, cualquiera que sea el mérito personal de quien emprenda el trabajo. Esta situación es motivo de estímulo, pero también impone gran modestia. El autor debe felicitarse si puede contribuir al progreso de la ciencia mediante el establecimiento de algunos de sus verdaderos principios, aun cuando el desarrollo posterior demuestre que su esfuerzo no representa sino un paso de avance aislado y preparatorio”<sup>72</sup>.

58. Savigny destacó asimismo en el “Prólogo” el error cometido hasta entonces porque los autores habían examinado en forma independiente los problemas relativos a la determinación de los límites de las normas jurídicas en el tiempo y en el espacio; pero, en su criterio “es preciso estudiar y hacer resaltar la dependencia íntima que existe entre los principios comunes a ambos objetos”. Por consiguiente, dividió el tomo Octavo en dos grandes capítulos, dedicados a exponer los principios fundamentales para cada una de estas cuestiones<sup>73</sup>.

---

<sup>71</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, *Vorrede*, pp. IV-V. De inmediato añadió: “Una exposición comparativa de esta situación imperfecta, aun cuando llena de esperanzas, se encuentra en la obra de Story, que, al mismo tiempo, constituye una compilación de materiales de utilidad inapreciable para cualquier investigador”.

<sup>72</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, *Vorrede*, pp. V-VI.

<sup>73</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, *Vorrede*, pp. VI-VII; N° 344, pp. 6-7. A este respecto Savigny destacó que la necesidad de fijar los límites temporales de las normas jurídicas puede surgir por la promulgación de una ley nueva, cuando modifica la anterior, en cuyo caso los problemas así originados constituyen el objeto específico del Derecho intertemporal o transitorio; pero es igualmente posible la modificación del supuesto de hecho regulado por la norma, por ejemplo, si la capacidad de obrar se somete a la ley del domicilio y la persona lo cambia, surge la pregunta acerca de cuál ley debe aplicarse, la del nuevo o la del viejo domicilio. De acuerdo con Savigny, en este segundo tipo de problemas predomina el aspecto territorial y, por tanto, debe ser estudiado en forma conjunta con la cuestión relativa a la determinación de los límites de vigencia de las leyes en el espacio.

59. Por otra parte, la diversidad de las leyes no se restringe al contenido de sus mandatos concretos; también se hace sentir en la determinación de las personas y de las relaciones jurídicas que les están sometidas, por cuanto cada Legislador establece el ámbito de vigencia de sus leyes en la forma que considera más adecuada. Por tanto, sus inevitables colisiones en el espacio hacen necesario resolver un problema, que puede ser formulado con la siguiente pregunta: “¿Cuál es en cada caso el Derecho territorial aplicable?”<sup>74</sup>.

60. Acto continuo Savigny ejemplificó su planteamiento en los términos siguientes:

“En un lugar determinado se suscita un litigio sobre la ejecución de un contrato o sobre la propiedad de un bien. Pero el contrato se ha celebrado, el bien litigioso se encuentra en un lugar distinto de aquél donde reside el tribunal, y en estas dos localidades rige un Derecho Territorial diferente. Las partes, además, pueden estar personalmente sometidas a la jurisdicción del tribunal, a una misma jurisdicción extranjera, o a dos jurisdicciones extranjeras distintas. Encontrándose la relación de Derecho litigiosa en contacto con todos estos derechos locales, ¿con arreglo a cuál de ellos debe ser juzgada la controversia? Tal es el sentido del asunto de la colisión, en su aplicación a los derechos territoriales”<sup>75</sup>.

61. En los ejemplos propuestos, advierte Savigny, los derechos en colisión no siempre extienden su vigencia más allá de las fronteras de un Estado. En efecto, es posible la coexistencia dentro de un mismo Estado de derechos territoriales distintos, escritos o consuetudinarios, como ha ocurrido con el derecho particular de las ciudades en el imperio romano y de Italia en la Edad Media; y también en las Provincias de los Países Bajos, en los Estados Unidos de la América del Norte o en el antiguo Imperio alemán. En todas estas hipótesis se trata de leyes particulares de un mismo país, y por tanto, podría creerse que su

<sup>74</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo VIII, N° 346, p.

<sup>75</sup> SAVIGNY, *op. cit.* Tomo 8, N° 346, p. 18. En la nota (e), a pie de página, Savigny advierte que colisiones similares pueden presentarse también en una comunidad jurídica fundamentada en el origen de las personas (*Volksabstammung*), sin tomar en cuenta sus vínculos territoriales; pero, en su criterio, el problema no tenía mayor importancia en su época, y por ese motivo no hizo su estudio y se limitó a referirse a su “Historia del Derecho Romano en la Edad Media”.

colisión se encuentra resuelta por el Derecho general del Estado; pero esta creencia no se ajusta a la verdad porque en ninguna parte el Legislador lo ha hecho en forma completa, "y las cuestiones más importantes en esta materia han sido abandonadas al dominio de la ciencia" <sup>76</sup>.

62. Problemas de delimitación similares se plantean cuando los derechos positivos en colisión no pertenecen a un mismo país sino a Estados distintos. Sin embargo, existe una importante diferencia entre ambas clases porque los conflictos interterritoriales pueden ser resueltos por una ley general superior; solución que es "inaplicable a las leyes contradictorias de diferentes Estados independientes!", debido a su igualdad jurídica y a la ausencia de un Legislador supraestatal <sup>77</sup>.

### C. La aplicación de la "lex fori"

63. De acuerdo con Savigny ambas clases de colisiones de leyes, las interterritoriales y las internacionales propiamente dichas, deben ser resueltas por el Juez en estricto acatamiento a las reglas promulgadas por su propio Legislador; conducta que debe seguir aun cuando la solución "estuviere en contradicción con sus ideas teóricas individuales" <sup>78</sup>. Este primer principio no es discutible, al decir de Savigny y, en su apoyo, hizo mención de las opiniones concordantes de Joseph Story y Carl G. von Wächter; pero también afirmó en términos categóricos: "No se comprende cómo Struve combate esta doctrina y declara malas las leyes que no están conformes con los verdaderos principios de colisión" <sup>79</sup>.

<sup>76</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 347, p. 23.

<sup>77</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 348, p. 29.

<sup>78</sup> Muchas veces no se menciona esta primera solución propuesta por Savigny y, por tanto, es conveniente recordar los términos categóricos de su formulación cuando declaró: "Desde luego debemos reconocer que cuando han sido previstos casos de colisión por las leyes de un país, los jueces deben conformarse enteramente con estas prescripciones" (*op. cit.*, Tomo 8, N° 348 pp. 25-26); y algunas páginas más tarde repitió: "cuando el Juez encuentra resuelta por una ley de su país la cuestión de colisión, debe someterse a ella en forma absoluta, aunque estuviere en contradicción con sus ideas teóricas individuales" (*op. cit.*, Tomo 8, N° 361, p. 130).

<sup>79</sup> Según recuerda Wächter, G. v. Struve sostuvo que "todo caso debe juzgarse conforme a las leyes del lugar donde se realizó"; principio éste que, en su criterio, se fundamenta en la naturaleza misma del Derecho y, por tanto, tiene validez universal. Más aún, a su entender, no deben respetarse los mandatos opuestos de las leyes positivas de los diferentes Estados; si una ley se aparta de ese principio no podría considerarse como verdadera ley y no debería, por tanto, ser obedecida ni por el Juez ni por los ciudadanos (*über d. pos.*

64. En vista de esta premisa, resulta teóricamente posible que el Legislador de un Estado, en ejercicio del Derecho riguroso de soberanía, ordene a sus jueces la aplicación exclusiva del propio derecho, sin tomar en cuenta las disposiciones diferentes de una ley extranjera. Sin embargo, Savigny advirtió de inmediato que “semejante prescripción no se encuentra en ninguna ley conocida”<sup>80</sup>; y también añadió que, si lo estuviera, 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”<sup>81</sup>.

65. Por otra parte, las enseñanzas del Derecho Comparado demuestran que la obediencia a los mandatos expresos del Legislador no es de gran utilidad en la práctica por cuanto “ninguna legislación ha agotado esta materia, principalmente en los Estados regidos por el derecho común alemán”<sup>82</sup>; y, además, 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”<sup>83</sup>.

#### *D. La comunidad jurídica existente entre las naciones*

66. De acuerdo con las enseñanzas de Savigny, a falta de norma expresa del propio Legislador, la solución del problema de la colisión de las leyes en el

---

*Rechtsangelengheiten in s. Beziehung auf räumliche Verhältnisse und über d. Anwendung der Gesetze verschiedener Orte*, Karlsruhe; 1834) (Wächter, art. cit., 1951, N° 2, p. 956).

<sup>80</sup> No obstante, es de advertir que ese mandato de aplicar la propia ley, sin tomar en cuenta el elemento de extranjería del caso concreto, se encuentra en todas las leyes de naturaleza positiva, rigurosamente obligatorias (*Gesetze von streng positiver, zwingender Natur*), que constituyen una de las excepciones a los principios aceptados para resolver la colisión de las leyes en el espacio (SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 349, pp. 32-39; N° 361, pp. 130-131); y la *lex fori* también debe ser ampliada cuando, más que del fondo del Derecho, se trata de su persecución ante los tribunales. En esta última hipótesis la ley del Juez regula no sólo las forma y las reglas del procedimiento propiamente dicho, sino también una parte de las reglas del Derecho sobre las acciones. No obstante, a este respecto Savigny reconoció expresamente: “como aquí la línea de separación es frecuentemente muy difícil de fijar, deben usarse las mayores precauciones; y no perder nunca de vista la naturaleza verdadera y el destino de las diversas instituciones de Derecho, por cuanto más de una regla que parece pertenecer al procedimiento, en realidad concierne a la relación jurídica” (SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 361, p. 131).

<sup>81</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8 N° 348, p. 26.

<sup>82</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, N° 348, p. 26.

<sup>83</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, N° 361, p. 130.

espacio debe resolverse con fundamento en las obligaciones derivadas de la comunidad de Derecho, surgida entre las naciones como consecuencia de la creciente intercomunicación de las personas sujetas a leyes distintas. Esta comunidad de las naciones no fue afirmada por los jurisconsultos romanos de la época clásica, pero su existencia es indiscutible, pues "con el transcurso del tiempo, ha sido cada vez más generalmente adoptada bajo la influencia de las ideas cristianas y de las ventajas reales que a todos produce"<sup>84</sup>.

67. En efecto, el transcurso de los siglos comprueba un evidente progreso en la solución del problema de la colisión de las leyes en el espacio, tanto en los autores como en la jurisprudencia de los tribunales y aún en la legislación de los países; y el constante acercamiento ha sustituido progresivamente la radical separación entre los Estados, predominante en la antigüedad. Además, las diferencias de criterio en los distintos países también han disminuido en forma notable, como lo demuestran el reconocimiento cada vez más generalizado de la capacidad de goce de las personas, sin distinguir entre nacionales y extranjeros, y la paulatina aceptación de algunos principios comunes para la adecuada solución de la colisión de las leyes en el espacio, que se han convertido en derecho consuetudinario de aceptación general<sup>85</sup>.

68. Savigny también se atrevió a profetizar:

"A menos que circunstancias imprevistas y exteriores no perturben ese iniciado desenvolvimiento del Derecho, podría esperarse que concluirá en la uniformidad completa de la doctrina en todas las naciones. Semejante acuerdo puede producirse gracias al desarrollo científico, habida cuenta de su influencia en las decisiones de los tribunales. También, puede obtenerse a través de una ley sobre las colisiones de los derechos territoriales, que fuera adoptada por todos los Estados. No afirmo que esa ley sea posible, ni siquiera que sea más oportuna o aconsejable que el acuerdo doctrinario; pero la idea de su posibilidad puede

---

<sup>84</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 348, p. 26. Al decir de Savigny, fue "necesario el extraordinario impulso de las relaciones entre los pueblos en los tiempos modernos para hacer fijar y reconocer estos principios generales;... comunidad de Derecho entre Estados independientes que sirve de fundamento a su acercamiento para lograr una regulación uniforme en la solución de los casos de colisión de los diferentes derechos positivos" (*op. cit.*, Tomo 8, N° 348, p. 29).

<sup>85</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 360, pp. 113-114.

servir de punto de comparación para valorar cualquier ley sobre la colisión. Debemos siempre preguntarnos, si cada una de sus reglas sería apropiada para incluirse en una ley común a todas las naciones”<sup>86</sup>.

69. La afirmación de una comunidad de Derecho entre las naciones no constituye una doctrina nueva. Así fue reconocido por el propio Savigny, quien la consideró aceptada por todos los autores de su época que admitían la vigencia de Derecho Consuetudinario general, en particular del Derecho Común (**Gemeines Recht**) de Alemania. Además, su existencia se encuentra ratificada, en forma implícita, por las vivas discusiones doctrinarias acerca de su contenido y límites precisos<sup>87</sup>.

70. Al decir de Savigny la comunidad de Derecho entre Estados independientes explica la tendencia “a la reciprocidad en la apreciación de las relaciones jurídicas, para establecer, entre nacionales y extranjeros, la igualdad ante la justicia que reclama el interés de los pueblos y de los individuos”.

Además, también sostuvo en términos enfáticos:

“Si esta igualdad se hubiera realizado completamente no sólo serían accesibles los tribunales de cada Estado, en las mismas condiciones, a los nacionales y a los extranjeros (realizándose de esta manera la igualdad de tratamiento de las personas), sino que, en los casos de colisión de las leyes, la decisión dictada sobre la relación jurídica sería siempre la misma, cualquiera que fuese el país donde la sentencia sea pronunciada”<sup>88</sup>.

<sup>86</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 360, pp. 114-115. Por lo demás, Savigny advirtió asimismo que los eventuales inconvenientes y el perjuicio de las reglas de colisión inadecuadas recaen sobre los particulares; y, con gran sentido común, hizo el siguiente recordatorio: “nunca debemos olvidar... que las reglas deben servir a las personas, y no a la inversa” (*op. cit.*, N° 360, p. 116).

<sup>87</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 348, pp. 29-30. A este respecto Arthur Nussbaum recuerda, que “a través de Hugo Grotius, el *Jus gentium* surgió de la noción de “derecho natural” (*law of the nature*), y dentro de las obligaciones derivadas del mismo se encontraba la de aplicar ley extranjera en situaciones adecuadas. De hecho, el jesuita y famoso teólogo español Suárez presentó en *De Legibus ac Deo Legislatore* (1612) una exposición sobre los conflictos de leyes dentro del espíritu del Derecho Natural”, “exposición conceptualista y desilvanada, entremezclada con nociones teológicas”. Asimismo advierte las íntimas tensiones ideológicas de Savigny, el gran adversario del Derecho Natural y fundador de la escuela histórica alemana del Derecho, al mismo tiempo procedió a amalgamar, por primera vez, las normas de conflicto de leyes con el *Jus gentium*. (*Principles of Private International Law*, Nueva York, 1943. Traducción al español y Notas de Alberto D. Schoo, Buenos Aires, 1947, pp. 25, 28).

<sup>88</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 348, pp. 26-27.



71. Las anteriores consideraciones llevaron a Savigny a declarar aplicables los mismos principios para resolver todos los problemas de colisión de las leyes, tanto cuando pertenecen a un mismo Estado como a Estados distintos, porque la tarea es la misma: "determinar para cada relación jurídica el dominio del Derecho más conforme con la naturaleza propia y esencial de esa relación"<sup>89</sup>. Por tanto, en ambos casos el Juez debe efectuar la escogencia en forma objetiva, sin preferir a priori su propia legislación<sup>90</sup>; y también tiene la obligación de aplicar la ley seleccionada sin hacer distinciones según se trate del Derecho de su país o de una legislación extranjera.

72. Ahora bien, la aplicación del Derecho más conforme a la naturaleza propia y esencial de la relación jurídica podría ser calificada como "una concesión amistosa (*freundliche Zulassung*) de los Estados soberanos, cuando permiten incluir leyes extranjeras por su origen dentro de las fuentes donde sus tribunales deben buscar el fundamento para decidir algunas relaciones jurídicas"<sup>91</sup>. Sin embargo, Savigny rechazó de inmediato esta explicación para advertir que semejante "concesión amistosa no representa un acto de pura benevolencia o capricho, ni tampoco puede considerarse un hecho imprevisto, mudable y transitorio; antes al contrario, es el resultado de un desarrollo característico del Derecho que, en forma progresiva, tiende a adoptar para las colisiones entre leyes de Estados independientes la misma solución aceptada para decidir las colisiones entre las leyes particulares de un mismo Estado"<sup>92</sup>.

73. Por otra parte, Savigny hizo énfasis en "la posibilidad y los beneficios que resultarían de regular de común acuerdo" los problemas de colisión en el espacio de las leyes de países independientes, como lo demuestran, en los últimos tiempos, "los tratados concluidos con este objeto por diferentes Estados, principalmente entre Estados vecinos, donde son más frecuentes los casos de colisión"<sup>93</sup>. Además, advirtió que tales convenios no han establecido,

<sup>89</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 348, p. 28.

<sup>90</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 349, p. 32.

<sup>91</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 348, p. 28.

<sup>92</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 348, p. 28. A este respecto Savigny hizo nuevo recordatorio de la imposibilidad de asimilar en forma completa las dos clases de colisiones, porque las interterritoriales pueden ser resueltas por una ley promulgada por la autoridad superior; solución que no era posible para las colisiones entre derechos de Estados independientes (*op. cit.*, Tomo 8, N° 348, p. 29).

<sup>93</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 348, p. 30.

en todos los casos, “un Derecho Positivo completamente nuevo”; antes al contrario, en su gran mayoría constituyen el reconocimiento de soluciones ya admitidas, como lo demuestran los ocho tratados suscritos por Prusia en la primera mitad del siglo diecinueve <sup>94</sup>.

*E. La localización de su asiento en el espacio para determinar la Ley aplicable a la relación jurídica*

74. De acuerdo con las enseñanzas de Savigny, el examen de la realidad jurídica, como se presenta en la vida real, demuestra la existencia de sectores sometidos a la voluntad de una persona con el consentimiento de los demás. Estos poderes o facultades de la persona constituyen derechos suyos, que lo son propios, llamados por algunos **derechos subjetivos**, aun cuando todos ellos presuponen la existencia de una **relación jurídica** subyacente, por cuanto cada derecho no es sino uno de sus aspectos que ha sido separado por abstracción <sup>95</sup>.

75. En efecto, “cada relación jurídica se nos presenta como una relación de una persona con otra que se encuentra regulada por una norma de Derecho <sup>96</sup>, regulación consistente en atribuir una parte del mundo exterior al dominio de una voluntad individual, donde ésta ejerce su imperio con independencia de toda voluntad extraña”. Por tanto, de acuerdo con Savigny, “en toda relación jurídica es posible distinguir dos elementos: primero una materia, es decir la relación en sí misma; segundo, la reglamentación de esta materia por el Derecho. La primera parte constituye el elemento material o el hecho subyacente en la relación jurídica; la segunda el elemento formal, es decir, aquél en virtud del cual la relación de hecho se convierte en una relación jurídica” <sup>97</sup>.

76. Ahora bien, las relaciones jurídicas pueden encontrarse conectadas con el derecho de un único Estado o con el de varios Estados independientes; y, en

<sup>94</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 348, pp. 30-31.

<sup>95</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo I, N° 4, pp. 7.

<sup>96</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo I, N° 52, pp. 333.

<sup>97</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo I, N° 52, p. 333. Según advierte Savigny, todas las relaciones entre las personas no entran en el mundo jurídico porque no todas necesitan ni son susceptibles de ser reguladas por una norma de Derecho; y, por tanto es posible distinguir tres clases de relaciones humanas: unas se encuentran completamente reguladas, otras no están en absoluto regidas por las normas de Derecho, y una tercera categoría sólo lo está en parte. La propiedad es un ejemplo de la primera clase; la amistad de la segunda, y el matrimonio de la tercera (*op. cit.*, Tomo I, N° 52, pp. 333-334).

esta última hipótesis, la comunidad jurídica existente entre las naciones impone al Juez la obligación de aplicar el Derecho del territorio "más conforme con la naturaleza propia y esencial de esa relación"<sup>98</sup>. Por tanto, en los casos de colisión de leyes el problema a resolver consiste en determinar el asiento de la relación jurídica, es decir, el lugar que permite conocer la legislación territorial más adecuada para su regulación<sup>99</sup>.

77. De esta manera, según destaca Gerhard Kegel, "la relación jurídica constituye la piedra angular de su sistema jurídico entero"; y "al destacarla en primer término cambia el ángulo visual tradicional" concentrado en el análisis de la naturaleza de las leyes. Por supuesto, como reconoce el propio Savigny, el planteamiento es el mismo desde el punto de vista lógico, "pero psicológicamente hay diferencia", porque "quien parte de la relación jurídica, tiene un enfoque equivalente al de la teoría estatutaria, pero se sustrae a la coacción mental de la tridivisión de las leyes. 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 para todo jurista"<sup>100</sup>.

78. De acuerdo con Savigny la persona es la titular y constituye el centro de toda relación jurídica. Por tanto, la primera investigación a emprenderse consiste en determinar la ley aplicable a la persona en sí misma considerada, es decir a su capacidad de goce y a su capacidad de ejercicio<sup>101</sup>; tarea que puede reducirse a contestar las dos preguntas siguientes: "¿a qué personas se extiende el imperio de una determinada regla de Derecho? o, en forma inversa, ¿a qué reglas de Derecho se encuentra sometida una determinada persona?"<sup>102</sup>.

<sup>98</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 349, p. 32.

<sup>99</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 360, p. 108. El texto original dice como sigue: "dass bei jedem Rechtsverhältniss dessjenige Rechtsgebiet aufgesucht werde, welchem dieses Rechtsverhältniss seiner eigenthümlichen Natur nach angehört oder unterworfen ist, (worin dasselbe seinen Sitz hat)".

<sup>100</sup> KEGEL, *op. cit.*, p. 119. De esta manera, al decir de Arthur Nussbaum, la interpretación material de las leyes, utilizada por la doctrina estatutaria, es sustituida por un procedimiento de mayor profundidad y le suministra al Derecho Internacional Privado el método verdadero, o, por lo menos, uno infinitamente más fructífero" (*Deutsches Internationales Privatrecht unter besonderer Berücksichtigung des österreichischen und schweizerischen Rechts*, Tübingen, 1932, p. 24).

<sup>101</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 360, p. 118.

<sup>102</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 345, pp. 10-11.

79. La experiencia más rudimentaria demuestra que la persona pretende dominar los bienes (**unfreye Natur**) que se encuentran a su alrededor, pero no puede hacerlo en su totalidad, su imperio se restringe a una porción determinada territorialmente, que se denomina **cosa (Sache)**. Esta finalidad es obtenida mediante la creación de relaciones jurídicas que le confieren el **derecho sobre una cosa (das Recht an einer Sache)**; y el cual, en su forma más pura y completa, se presenta bajo la forma de **propiedad** <sup>103</sup>.

80. Las personas también pretenden imponer su voluntad a los otros miembros de la sociedad (**fremde Personen**); y debido al categórico rechazo en la época contemporánea de un posible derecho de propiedad sobre otra persona, conocido en tiempos anteriores como la esclavitud, la dominación jurídica de otra persona sólo es posible respecto a uno de sus actos aislados. Ahora bien, este objetivo se logra a través de una relación jurídica denominada **obligación**, que restringe la libertad de otro para someterlo a nuestra voluntad <sup>104</sup>.

81. Por tanto, la propiedad y la obligación extienden el poder del adquirente o del estipulante más allá de los límites naturales; se trata de extensiones artificiales de la persona (**künstliche Erweiterungen ihres Daseins**), expresión tal vez querida en su oscuridad al decir de Etienne Bartin <sup>105</sup>, como también lo son todas las relaciones jurídicas que extienden el dominio o imperio de la persona sobre el mundo exterior. El conjunto de todas ellas se suele conocer como los **bienes** de la persona y se denomina **derecho de bienes** aquella rama del Derecho que se encuentra integrada por la reunión de las varias instituciones que regulan las diversas relaciones jurídicas que pueden ser adquiridas por la persona en el curso de su existencia <sup>106</sup>.

82. Además de las relaciones jurídicas que permiten extender el dominio de una persona sobre los bienes y otras personas a su alrededor, también existe otra clase de relaciones que persiguen el complemento de las limitaciones inherentes a la persona, manifestadas principalmente a través de la diferencia de los sexos y del carácter temporal de la existencia humana. El matrimonio trata de

<sup>103</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo I, N° 53, p. 338.

<sup>104</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo I, N° 53, p. 339.

<sup>105</sup> BARTIN, *op. cit.*, Tomo I, N° 70, p. 158.

<sup>106</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo I, N° 53, pp. 336, 339.

subsanan la primera restricción: y las limitaciones temporales pretenden superarse tanto a través de la reproducción, que perpetúa la especie, como de la educación, que desenvuelve las facultades de la persona en forma progresiva a su desenvolvimiento físico. Esta complementación fue perseguida en el Derecho romano a través del **poder paterno**, al cual se refiere el **parentesco** <sup>107</sup>.

Ahora bien, el conjunto de todas estas relaciones jurídicas complementarias de la persona, a saber, el matrimonio, el poder paterno y el parentesco, integran la unidad llamada **familia** y las instituciones que la regulan constituyen el **derecho de familia** <sup>108</sup>. Ninguna de ellas persigue la sumisión parcial de una persona a la voluntad de otra, como ocurre con las obligaciones, y se caracteriza por determinar la posición del individuo dentro de la familia, como un modo de su existencia, con el carácter de padre, hijo, o cualquier otro <sup>109</sup>.

83. Por otra parte, los bienes constituyen un atributo de la personalidad si se consideran como una extensión del poder del individuo; y, en consecuencia, deberían perder su significación jurídica al tiempo de la muerte de la persona. Sin embargo, de la misma manera que el Estado regula las diferentes formas de dominio de la persona sobre el mundo exterior a través del Derecho de los bienes, también determina su destino después del fallecimiento del propietario; y es posible que le permita disponer de ellos por testamento o acto de última voluntad o que, en su defecto, decida asignarlos a las personas más allegadas al difunto, con base en el parentesco. En ambos casos la trasmisión de los bienes se efectúa por sucesión, y la naturaleza de esta relación jurídica nos la presenta como una unidad, cuyo fundamento descansa en la persona del difunto, según es reconocido por el lenguaje científico cuando afirma que la herencia es una **successio per universitatem** <sup>110</sup>.

84. De acuerdo con las explicaciones anteriores, las diversas relaciones jurídicas sirven de fundamento a los derechos que se adquieren durante la existencia; y se integran alrededor de la persona en sí misma considerada, para extender su dominio sobre el mundo exterior. Ahora bien, con vista de su

<sup>107</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo I, N° 53, pp. 340-342.

<sup>108</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo I, N° 53, p. 342.

<sup>109</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo I, N° 54, pp. 349-350.

<sup>110</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo I, N° 57, pp. 380-383.

objeto, pueden ser agrupadas en dos clases principales: Derecho del Patrimonio y Derecho de la Familia.

En el Derecho del Patrimonio se incluyen, en primer lugar, los derechos sobre los bienes individualmente considerados (derechos reales); en segundo término, los derechos que permiten exigir ciertos actos de algunas personas determinadas (derecho de las obligaciones), inclusive el derecho de las acciones; y, por último, el Derecho de Sucesiones, que regula el patrimonio, entendido como una unidad ideal y abstracta de contenido indeterminado, donde se encuentran reunidos todos los derechos individuales de la persona.

El Derecho de Familia comprende, en primer lugar, el Derecho de Familia Puro (**reines Familienrecht**), que la rige en su forma originaria, como una manera de vivir conforme a la naturaleza humana (**die Familie in ihrer natürlichen Umfang**) <sup>111</sup>; y, en segundo término, el Derecho de Familia Aplicado (**angewandtes Familienrecht**) que constituye una extensión artificial del Derecho de Familia Puro (**eine künstliche Erweiterung des Familienrechts**) y regula las consecuencias de los vínculos familiares sobre el patrimonio de sus miembros <sup>112</sup>, aun cuando, de acuerdo con Savigny, su estudio debe restringirse a los tres únicos aspectos regulados en el Derecho Romano Actual, a saber, el matrimonio, la patria potestad y la tutela <sup>113</sup>.

85. En resumen, el análisis efectuado por Savigny le permite agrupar todas las relaciones jurídicas posibles en cuatro grandes categorías: "I. Estado de la persona por sí misma (capacidad jurídica, capacidad de obrar). II. Derecho de

---

<sup>111</sup> Según advierte Savigny, las partes constitutivas de la familia son el matrimonio, el poder paterno y el parentesco. La materia de cada una de estas relaciones es un lazo natural que, como tal, está por encima de la humanidad misma (**ius naturale**). Por esta razón tienen un carácter necesario, con independencia del derecho positivo, cualquiera que sea la forma bajo la cual se nos aparezcan y cualquiera que sea la variedad de formas que revistan los diferentes pueblos. Esta relación natural es al mismo tiempo una relación de orden moral y cuando se le agrega la forma jurídica, la familia reúne los tres elementos indispensables, a saber: el elemento natural, el moral y el jurídico. De aquí resulta que las relaciones de familia pertenecen al Derecho Positivo bajo un solo aspecto y hasta puede afirmarse que en él se comprende la menor parte pues la más importante pertenece a un dominio muy distinto del jurídico (SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo I, N° 54, pp. 345-346).

<sup>112</sup> Las diversas partes de la familia, considerada como un lazo natural, pueden servir de tipos en el Derecho Positivo para formar artificialmente instituciones que extienden el Derecho de Familia; y, de acuerdo con Savigny, estas regulaciones legislativas se caracterizan porque no tienen una base natural - moral, y por consiguiente, ningún carácter de necesidad absoluta (SAVIGNY, *op. cit.*, tomo I, N° 55, pp. 356-357).

<sup>113</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 345, pp. 11-14; N° 361, pp. 118-120.

las cosas. III. Derecho de las obligaciones. IV. Derecho de sucesión. V. Derecho de familia"; esta última clase dividida, a su vez, en tres partes: "A. Matrimonio. B. Patria Potestad. C. Tutela" <sup>114</sup>.

86. Una vez hecha la división anterior, la tarea a realizar consiste en la localización territorial del respectivo asiento que permita determinar la ley aplicable a cada una de las relaciones jurídicas, tomando en cuenta las diversas categorías donde han sido agrupadas; pero, al decir de Savigny, no es posible acudir a un principio único para efectuar esta localización territorial, como se ha pretendido por ciertos sectores doctrinarios, "pues las relaciones de Derecho cuyo asiento se trata de determinar tienen una naturaleza tan variada que parece muy difícil someterlas a una regla general y absoluta" <sup>115</sup>.

87 Por tanto, es necesario realizar el examen individual de cada relación jurídica concreta para localizarla en el espacio, tomando en cuenta sus rasgos característicos; y esa determinación de su asiento (**der Sitz, die Heimath**) impone efectuar una escogencia entre los siguientes elementos territoriales: a) el domicilio de una de las personas a quienes concierne la relación jurídica; b) el lugar donde se encuentra situada la cosa que constituye su objeto; c) el lugar de un acto jurídico realizado o por realizar; o d) el lugar del tribunal llamado a decidir sobre la relación jurídica <sup>116</sup>.

88. Establecida la metodología a seguir, Savigny emprendió la misma tarea de determinar la ley aplicable a la persona en sí misma considerada, es decir a su capacidad de goce y a su capacidad de ejercicio, cualidades éstas que integran su estado absoluto. Ahora bien, las enseñanzas de la historia le permitieron afirmar que, en el Derecho Romano clásico, la persona se encontraba vinculada con una ciudad a través de su **origo** o de su **domicilium**; y que de estos nexos derivaban ciertas obligaciones, a saber, la participación en las cargas municipales (**munera**); la obediencia a sus magistrados y el sometimiento a su jurisdicción (**forum originis, forum domicilii**); y el respeto al derecho particular de la respectiva ciudad (**lex originis, lex domicilii**) <sup>117</sup>.

<sup>114</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 345, pp. 11-14; N° 361, pp. 118-120.

<sup>115</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 360, p. 121.

<sup>116</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 360, pp. 120-121.

<sup>117</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8 N° 350, p. 43. En la generalidad de los casos la persona estaba vinculada a una misma ciudad por su origen y por su domicilio; cuando no era así, solía darse preferencia al **origo**, pero los jurisconsultos romanos también propusieron otras soluciones para ciertos casos especiales.

89. No obstante, de acuerdo con Savigny, la regulación del Derecho Romano Clásico ha sufrido cambios con el devenir de los tiempos porque el **origo** fue reemplazado por el **domicilium**, como inevitable consecuencia del activo incremento de las comunicaciones entre los pueblos, que ha borrado los contrastes más sobresalientes de las diversas nacionalidades <sup>118</sup>; y también por la influencia del cristianismo que, al unir “los distintos pueblos por el lazo común de la vida intelectual, ha hecho menos radicales sus diferencias características” <sup>119</sup>.

90. Por tanto, el Derecho Romano vigente en la actualidad localiza el asiento (**der Sitz**) de la persona en el lugar de su domicilio (**Wohnsitz**), es decir, en el asiento principal de sus negocios e intereses; y, en consecuencia, corresponde a la **lex domicilii** regular el estado absoluto de la persona, es decir, su capacidad de goce y su capacidad de ejercicio <sup>120</sup>.

91. La solución así propuesta es válida tanto para las colisiones de leyes dentro de un mismo Estado como para las que pueden producirse entre las leyes de Estados independientes. Por lo demás, en última instancia, la competencia atribuida a la ley del domicilio constituye un homenaje a la libertad individual, porque se fundamenta en la sumisión voluntaria, ya que la persona puede establecer el asiento principal de sus negocios e intereses donde mejor le parezca y, si lo desea, tiene el derecho de cambiarlo en el curso de su vida, para atender sus propias conveniencias <sup>121</sup>.

92. La competencia de la **lex domicilii** fue afirmada por Savigny sin admitir la distinción, propuesta por algunos, entre capacidad general y capacidad especial, para someterlas a leyes diferentes <sup>122</sup>. Tampoco aceptó restringir la

---

<sup>118</sup> A pesar de esta afirmación, Savigny reconoció en el “Prólogo” que “la rigurosa separación de las nacionalidades es una de las tendencias dominantes de los tiempos modernos” (Savigny, *op. cit.*, Tomo 8, “Vorrede, p. V).

<sup>119</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 346, p. 17, Nos. 349-359, pp. 39-106.

<sup>120</sup> Savigny destacó también que la capacidad de goce no tenía en su época la misma trascendencia que en el Derecho Romano clásico, por cuanto muchas de las restricciones impuestas anteriormente ya no existen o traen consigo consecuencias menos importantes (*op. cit.*, Tomo 8, N° 365, p. 165).

<sup>121</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 362, p. 124. A este respecto destacó que, comparada con el Derecho Romano Clásico, la ley del domicilio tiene en la actualidad una significación y límites distintos, por cuanto se refiere al derecho vigente en una circunscripción legislativa territorial (**Gesetzsprenge**l), que puede coincidir o no con el territorio de una ciudad (*op. cit.*, Tomo 8, N° 359, pp. 95-101; N° 362, p. 124).

<sup>122</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 364, pp. 147-169.



aplicación de la ley del domicilio a las calificaciones jurídicas de la persona en sí misma considerada, como, por ejemplo, para determinar el estado de pupilo, menor, incapaz, pródigo, mujer, cónyuge, hijo legítimo o natural; y declarar aplicable una legislación distinta para determinar los derechos e incapacidades derivados de cada uno de esos diversos estados familiares <sup>123</sup>.

93. Ciertamente, la solución propuesta plantea dificultades prácticas cuando la persona tiene varios domicilios o no tiene ninguno. Sin embargo, el domicilio más antiguo es preferido por Savigny cuando la persona tiene varios, o si ha abandonado su único domicilio sin haber adquirido otro; pero cuando nunca lo ha constituido por sí misma es preciso acudir al domicilio que le correspondió al tiempo de su nacimiento <sup>124</sup>.

94. No obstante, la competencia de la ley del domicilio para regular la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio se encuentra sujeta a las excepciones generales admitidas por Savigny para la aplicación de Derecho Extranjero. En efecto, el Juez debe abstenerse de aplicarla y decidir conforme a su propio Derecho, cuando el estado de las personas ha sido regulado por una de esas leyes absolutas, que por su naturaleza anómala se colocan más allá de las fronteras de la comunidad de Derecho existente entre las naciones; y el mismo proceder se impone si la ley extranjera del domicilio consagra instituciones desconocidas por la *lex fori* <sup>125</sup>.

95. Una vez determinada la ley aplicable a la persona en sí misma considerada, Savigny emprendió la misma tarea con las varias relaciones jurídicas que la persona contribuye a formar durante su vida, en la mayoría de los casos a través de su libre voluntad; y por cuanto las relaciones jurídicas no son sino extensiones artificiales de la persona (*Künstliche Erweiterungen ihres Daseins*), el procedimiento para determinar la ley aplicable debe ser análogo, es decir, a través del estudio de su naturaleza para localizar su asiento (*Sitz*) en el territorio de uno de los países con los cuales se encuentra vinculada <sup>126</sup>.

<sup>123</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 362, pp. 134-141.

<sup>124</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 359, pp. 101-103.

<sup>125</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 365, pp. 159-160, 162-163 (Véanse luego los números 122-126, 129-140 de este trabajo).

<sup>126</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 360, pp. 107-108. Sus palabras textuales fueron: "Wie die Personen einen Wohnsitz haben, so haben auch die Rechtsverhältnisse ihren Sitz im Raume".

96. Ahora bien, los derechos reales, a saber, los derechos sobre los bienes individualmente considerados, “caen bajo el dominio de nuestros sentidos y ocupan un lugar determinado en el espacio”, el cual, sin duda alguna, “constituye al mismo tiempo el asiento de la relación jurídica”. Por tanto, de acuerdo con Savigny no es aceptable la corriente de opinión muy generalizada en su época, que distinguía entre bienes muebles e inmuebles para determinar la ley aplicable; y en ambos casos corresponde a la *lex rei sitae* regular la adquisición, modificación y extinción de los derechos reales sobre los bienes considerados individualmente (*uti singuli*). En efecto, la competencia de la ley del lugar de la situación se fundamenta en las mismas razones que justifican la aplicación de la *lex domicilii* al estado de las personas, o sea, la sumisión voluntaria, porque “quien pretende adquirir o ejercitar un derecho sobre una cosa se transporta con esa intención al lugar que ocupa y para esa especial relación jurídica se somete al Derecho del territorio”<sup>127</sup>.

97. El fundamento atribuido por Savigny a la competencia de la *lex rei sitae* explica la necesidad de admitir una excepción, cuando “el lugar ocupado por los bienes muebles en el espacio puede ser tan indeterminado y variable que no exista ninguna idea precisa sobre el territorio donde se encuentran”. Así ocurre respecto de los artículos personales de los viajeros, o de los bienes *in transitu*, que se hallan en camino entre el lugar de expedición y el de su destino final. En efecto, en tales hipótesis fracasa la idea de la sumisión voluntaria al Derecho local, y la localización de esta clase de bienes debe hacerse a través del lugar donde permanecerán durante más tiempo o por tiempo indeterminado<sup>128</sup>.

98. No obstante, Savigny recuerda que la capacidad para adquirir, modificar o extinguir los derechos reales depende de la *lex domicilii*<sup>129</sup>; y que la ley del lugar de la situación no se aplica si se enfrenta a una ley del Juez de naturaleza positiva, rigurosamente obligatoria, o cuando consagra instituciones desconocidas para la *lex fori*<sup>130</sup>.

99. La determinación del asiento de las obligaciones “suscita mayores dudas y dificultades”, porque “la obligación tiene un objeto de naturaleza invisible, si

---

<sup>127</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 366, p. 169.

<sup>128</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 366, pp. 178-181.

<sup>129</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 366, pp. 169-177; 181-182.

<sup>130</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 367, pp. 183-184.

se le compara con el derecho real sobre un bien corpóreo, accesible a los sentidos"; y, por tanto, es preciso "dar cuerpo a este elemento invisible de la obligación"<sup>131</sup>.

Según advierte Savigny, "es de la esencia de la obligación referirse a dos personas distintas: para la una constituye una extensión de la libertad, el imperio sobre una voluntad extraña; para la otra, una restricción de la libertad, la sumisión a una voluntad extraña"<sup>132</sup>; y aun cuando el Derecho romano clásico no examinó el problema de la ley aplicable a las obligaciones, resulta posible utilizar con esta finalidad sus propias reglas para determinar la jurisdicción, habida cuenta del "estrecho lazo que existe entre la jurisdicción y el Derecho Local"<sup>133</sup>.

100. En consecuencia, la sumisión presunta, que determina la jurisdicción, permite también localizar la obligación en el espacio y determinar el derecho aplicable que, a menos de manifestación expresa en contrario, no es otro sino el lugar establecido voluntariamente para su ejecución, por cuanto "la necesidad de un acto impuesto a la persona del deudor constituye la esencia de la obligación"; a falta de esa fijación, por el lugar donde la obligación nace y, en última instancia, por el domicilio del deudor<sup>134</sup>. Este criterio también es utilizable para localizar las obligaciones sinalagmáticas, donde ambas partes figuran como deudoras, porque se trata de deudas distintas que pueden ser reguladas en forma independiente, a pesar de su unión artificial motivada por los estrechos vínculos existentes entre ellas<sup>135</sup>.

101. No obstante, la capacidad personal del acreedor o del deudor se rige por la **lex domicilii**; la interpretación de los actos jurídicos, principalmente de los contratos, constituye una simple cuestión de hecho, a decidirse con vista de las circunstancias del caso concreto por cuanto sólo se trata de averiguar la voluntad de las partes; y la validez formal del contrato depende también de la regla **locus regit actum**<sup>136</sup>.

<sup>131</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 369, pp. 200-201.

<sup>132</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 369, pp. 201-202.

<sup>133</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 372, pp. 246-248.

<sup>134</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 369, pp. 201-202.

<sup>135</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 372, pp. 246-248.

<sup>136</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 374, pp. 263-275.

102. Por otra parte, la competencia de la *lex obligationis* sufre “una excepción muy importante” cuando contradice una ley de naturaleza positiva, rigurosamente obligatoria, como sucede con las leyes que prohíben las estipulaciones de intereses usuarios, las deudas de juego, o la compra de acreencias por menos de su valor nominal <sup>137</sup>.

103. La sucesión consiste en la transmisión de un patrimonio a otras personas después de la muerte de su propietario; y representa una extensión de su voluntad más allá de la vida, que se manifiesta en forma expresa (sucesión testamentaria), o de manera implícita (sucesión *ab intestato*). Por tanto, se trata de una relación jurídica conectada en forma inmediata y directa con la persona del difunto, que tiene su asiento en el domicilio del causante al tiempo del fallecimiento y el cual determina la ley aplicable a la sucesión <sup>138</sup>.

104. Sin embargo, la capacidad personal tanto del testador como de las personas llamadas a adquirir por sucesión, en todo o en parte (herederos o legatarios) depende, en principio, de la ley de su respectivo domicilio; la regla *locus regit actum* también regula la validez formal del testamento; y las leyes de naturaleza positiva, rigurosamente obligatoria, descartan la aplicación de la *lex successionis* <sup>139</sup>.

105. Las consideraciones religiosas y motivos de orden político, que ejercen poderosa influencia en el Derecho de Familia, explican la existencia de numerosas leyes de naturaleza positiva, rigurosamente obligatorias, que deben ser respetadas por el Juez; y que representan importantes excepciones a la aplicación del derecho declarado competente a través del asiento de la respectiva relación jurídica de naturaleza familiar <sup>140</sup>.

106. De acuerdo con Savigny, “el verdadero asiento del matrimonio no ofrece dudas de ninguna especie”, porque se encuentra localizado en el domicilio del marido, a quien el Derecho de todos los tiempos reconoce el carácter de jefe de la familia <sup>141</sup>. Sin embargo, la competencia de la ley del domicilio del marido

---

<sup>137</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 374, pp. 275-278 (Véase luego el número 135 de este trabajo).

<sup>138</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 375, p. 295.

<sup>139</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 377, pp. 311-314 (Véase luego el número 137 de este trabajo).

<sup>140</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 379, pp. 324-325.

<sup>141</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 379, p. 325.

se extiende más allá de los límites normales, porque constituye una ley rigurosamente obligatoria fundamentada en consideraciones morales, y, en tal carácter, le corresponde regular también la capacidad matrimonial de la mujer, que, de acuerdo con los principios, debería estar sujeta a la ley de su propio domicilio <sup>142</sup>.

107. Las formalidades extrínsecas del matrimonio dependen de la ley del lugar de la celebración (*locus regit actum*), excepto cuando el Legislador exige su solemnización ante la Iglesia, porque tal requisito "se funda en la moral religiosa y reviste, por tanto, un carácter rigurosamente obligatorio" <sup>143</sup>.

108. La patria potestad se encuentra sometida a la ley del domicilio del padre al tiempo del nacimiento del hijo; las relaciones entre padres e hijos se rigen por la ley del domicilio actual del padre; y la legitimación por subsiguiente matrimonio por la ley del domicilio del padre al tiempo del matrimonio <sup>144</sup>.

109. La tutela presenta una naturaleza diferente porque, en la actualidad, es una institución establecida para "el ejercicio de la protección que el Estado puede y debe conceder a la clase más numerosa e importante de quienes no están capacitados para hacerlo por sí mismos, los incapaces y los menores". Por tanto, "pertenece esencialmente al Derecho Público y entra en el dominio del Derecho Privado sólo por algunas de sus consecuencias"; características éstas que, sin la menor duda, influyen en la determinación de su asiento y de la ley aplicable a la tutela <sup>145</sup>.

110. La constitución de la tutela se regula por la ley del domicilio del incapaz, que suele coincidir con la del último domicilio del padre difunto; pero es posible que los bienes inmuebles situados en otra jurisdicción sean sometidos a una tutela especial. Por otra parte, las circunstancias particulares del caso concreto pueden aconsejar otra solución, por ejemplo, "cuando, según las

---

<sup>142</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 379, p. 326. Adviértase que la solución anterior trae como consecuencia el respeto de las leyes foráneas de naturaleza positiva, rigurosamente obligatoria, cuando el domicilio del marido se encuentra en el extranjero.

<sup>143</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 379, p. 327; N° 381, pp. 356-357.

<sup>144</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 380, pp. 338-339.

<sup>145</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 380, pp. 340-341.

relaciones de familia, el último domicilio del padre no debe tener ninguna influencia sobre el estado futuro del pupilo”<sup>146</sup>.

111. La ley del lugar donde se constituyó y se ejerce la tutela regula todo referente a su administración; pero la ley del domicilio del tutor decide respecto a su obligación de aceptar la tutela y sobre las causas de dispensa<sup>147</sup>.

112. En la Sección Sexta del Primer Capítulo del Tomo Octavo, que representa la última parte de su exposición sobre la colisión de las leyes en el espacio, Savigny estudió el problema originado por las diversas formalidades extrínsecas establecidas por los legisladores para garantizar la seriedad de las declaraciones de voluntad en los actos jurídicos. En efecto, una ley puede consagrar una forma como imperativa y otra no, pero también es posible que cada legislación prescriba el cumplimiento de formalidades distintas; y en tales casos la escogencia de la ley aplicable puede influir sobre la validez o nulidad del acto<sup>148</sup>.

113. Al decir de Savigny, la solución del problema conforme a los principios generales “no resulta dudosa”, por cuanto la forma “debe ser regulada por el Derecho Local a que se halle sometido este acto”. En consecuencia, los contratos deberían otorgarse conforme a la ley del lugar de ejecución, los testamentos atender la ley del domicilio del testador y los matrimonios cumplir la ley del domicilio del marido al tiempo de la celebración<sup>149</sup>.

114. Sin embargo, advierte Savigny, la vida diaria enseña que, “con frecuencia, el acto jurídico se realiza en un lugar distinto, algunas veces muy lejano, motivo por el cual pueden presentarse graves dificultades”, ya que en muchas ocasiones no será nada fácil conocer con exactitud las formas exigidas por la ley aplicable al fondo del acto jurídico; y, aun conociéndolas puede ser imposible cumplirlas en el lugar de su otorgamiento. Por tanto, para subsanar esas inconveniencias, surgió “un Derecho consuetudinario, cada vez más generalizado desde el siglo XVI” que reconoce validez a la regla *locus regit actum*<sup>150</sup>.

---

<sup>146</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 380, pp. 341-342.

<sup>147</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 380, pp. 342-348.

<sup>148</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 381, pp. 348-349.

<sup>149</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 381, p. 349.

<sup>150</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 381, pp. 349-350.

115. El principio que declara aplicable la ley del lugar del otorgamiento tiene simple carácter facultativo "porque se estableció para favorecer a las partes y persigue facilitar las transacciones civiles"<sup>151</sup>. Según advierte Savigny suele funcionar con mayor frecuencia en materia de obligaciones convencionales y de actos de última voluntad<sup>152</sup>; en su criterio se aplica también en los casos de fraude a la ley (*in fraudem legis*), porque el Legislador puede evitar por otras vías la evasión de sus normas imperativas<sup>153</sup>, pero debe descartarse cuando contradice una ley de naturaleza positiva, rigurosamente obligatoria, como sucede, por ejemplo, si el Legislador exige el matrimonio ante la Iglesia para sus súbditos<sup>154</sup>.

#### *F. Las excepciones a la ley aplicable*

116. De acuerdo con las enseñanzas de Savigny, cuando una relación jurídica se encuentra conectada con las leyes de varios Estados soberanos, la comunidad jurídica existente entre las naciones impone al Juez el deber de aplicar el Derecho que resulta de localizar el asiento (*der Sitz*) de la relación jurídica, porque es la legislación más conforme con su naturaleza<sup>155</sup>; y en estricto seguimiento de esta metodología Savigny procedió a determinar el asiento y la ley aplicable a la persona en sí misma considerada, a los derechos reales, a las obligaciones, a la sucesión y a los diversos aspectos del Derecho de la familia (matrimonio, patria potestad, tutela).

117. Ahora bien, según admitió Savigny, el Derecho declarado competente a través del asiento de la relación jurídica no debe ser aplicado siempre por el Juez; en algunos casos se encuentra sujeto a ciertas restricciones, "porque existen varias clases de leyes cuya naturaleza especial contradice el libre funcionamiento de la comunidad jurídica entre los diversos Estados". En efecto, "en presencia de tales leyes el Juez debe aplicar exclusivamente su propio Derecho, aun cuando la naturaleza propia y esencial de la relación jurídica determine como competente una ley extranjera"; y por tanto, en la

<sup>151</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 381, pp. 358-359.

<sup>152</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 380, pp. 351-356.

<sup>153</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 381, p. 358.

<sup>154</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 381, pp. 356-357 (Véase número 138 de este trabajo).

<sup>155</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 349, p. 32.

práctica, se encuentran casos de excepción, “cuya determinación rigurosa es quizás la parte más difícil de toda esta doctrina”<sup>156</sup>.

118. Al decir de Savigny, la existencia de algunos casos en los cuales el Juez aplica siempre su propio derecho es reconocida por la gran mayoría de los escritores, pero muchos de ellos no les atribuyen carácter excepcional; antes al contrario, suelen considerarlos como la expresión de los principios que resuelven las colisiones de las leyes en el espacio. Ahora bien, en virtud de esta equivocada concepción se producen graves confusiones; y, en criterio de Savigny, “tal vez podrían eliminarse muchas de las discusiones entre los autores y obtener la aproximación de sus doctrinas”, si fuera posible establecer, en forma convincente y con toda claridad, cuáles son esos casos de excepción y su verdadero alcance<sup>157</sup>.

119. A fin de obtener este resultado, Savigny agrupó todos los posibles casos de excepción en dos grandes categorías: 1º) Las leyes de naturaleza positiva, rigurosamente obligatoria (*Gesetz von streng positiver, zwingender Natur*), que por esas características se encuentran fuera de la comunidad jurídica de las Naciones; y 2º) Las instituciones jurídicas de un Estado extranjero cuya existencia no es reconocida en el nuestro (*Rechtsintitute eines fremden Staates, deren Dasein in dem unsrigen überhaupt nicht anerkannt ist*) y que, por tanto, no pueden pretender la debida protección jurídica<sup>158</sup>.

120. A pesar de las diferencias existentes entre ellas, ambas excepciones presentan un denominador común, porque “coinciden en su naturaleza anómala, que las sustrae de esa comunidad general de Derecho tan necesaria para resolver la colisión de los derechos locales”<sup>159</sup>.

121. Por otra parte, Savigny advirtió que las mencionadas excepciones “se aplican mucho más raramente a los derechos particulares de un solo y mismo Estado”, porque las leyes positivas, rigurosamente obligatorias, suelen promulgarse para todo el país, sin tomar en cuenta los límites territoriales de los derechos particulares. Sin embargo, se vio precisado a admitir:

---

<sup>156</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 349, p. 32.

<sup>157</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 349, p. 33.

<sup>158</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 349, p. 33.

<sup>159</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 349, p. 38.



“Estos casos excepcionales existen también en el mismo Estado cuando la diversidad de los derechos locales se remonta a una época en que varias partes del territorio actual no se habían incorporado todavía al Estado. Esa es principalmente la relación que existe entre el Derecho de las provincias prusianas del Rin y el de las demás provincias de Prusia. Así, pues, las mencionadas excepciones encuentran también aplicación dentro de los límites de un mismo Estado”<sup>160</sup>.

122. La determinación de cuáles son las leyes de naturaleza positiva, rigurosamente obligatoria (*Gesetz von streng positiver, zwingender Natur*) no puede realizarse con fundamento en la distinción entre leyes imperativas y supletorias (*absolute und vermittelnde Gesetze*) aun cuando es indudable que las leyes supletorias no tienen ese carácter, porque su vigencia puede ser descartada por la voluntad de los particulares. Sin embargo, constituiría “un grave error” atribuir esa cualidad a todas las leyes imperativas, por ejemplo, a la que establece la mayoría de las personas<sup>161</sup>.

123. De acuerdo con Savigny, para establecer si una ley pertenece a la primera clase de casos excepcionales “es preciso investigar, ante todo la intención del legislador”, pues “si la ha expresado formalmente, su declaración basta, porque tiene el carácter de una ley sobre la colisión, a la cual debe prestarse siempre una completa obediencia”<sup>162</sup>.

124. Sin embargo, en la gran mayoría de las ocasiones el Legislador guarda silencio sobre la naturaleza de las leyes que sanciona; y, por tanto, resulta inevitable emprender el examen de las leyes imperativas para determinar si deben o no incluirse dentro de la categoría de leyes de naturaleza positiva, rigurosamente obligatoria, que limita el funcionamiento de los principios de solución, impuestos por la comunidad jurídica de los Estados para resolver las colisiones de las leyes en el espacio<sup>163</sup>.

125. Sin duda alguna, la investigación de la naturaleza de las leyes imperativas permite establecer que algunas de ellas han sido promulgadas en interés de los

<sup>160</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 349, pp. 38-39.

<sup>161</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 349, p. 34.

<sup>162</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 349, pp. 34-35.

<sup>163</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 349, p. 35.

particulares y que, en primer término, pretenden garantizarles el adecuado ejercicio de sus derechos, como ocurre con todas las restrictivas de la capacidad de ejercicio por la edad, sexo, etc., o con las relativas a las formas de transmisión de la propiedad (por simple contrato o por tradición). Por tanto, la propia naturaleza de estas leyes no justifica su inclusión dentro de la primera categoría de casos de excepción a los principios generales, a pesar de que se impongan y no puedan ser descartadas por la voluntad contraria de los particulares. Por tanto, las posibles colisiones entre ellas deben ser resueltas por la ley determinada a través del asiento de la relación jurídica; y en consecuencia, los Estados deben permitir “sin vacilaciones la aplicación dentro de su territorio de las leyes extranjeras de esta clase”, en estricto acatamiento de los deberes impuestos por la comunidad de las naciones <sup>164</sup>.

126. En otras oportunidades el examen de las leyes imperativas permite establecer la existencia de otras, que no han sido promulgadas principalmente en interés de las personas, titulares de los derechos; antes al contrario, su fundamento y finalidad se encuentra fuera del dominio del Derecho puro, concebido en su esencia abstracta, ya que pretenden la defensa de concepciones de orden moral (por ejemplo, la prohibición de la poligamia) o del interés general (**publica utilitas**) en sus varios aspectos, político, de policía o de orden económico. En tales casos se está en presencia de leyes de naturaleza imperativa, rigurosamente obligatoria, que deben incluirse dentro de la primera clase de excepciones a los principios impuestos por la comunidad jurídica existente entre las naciones para resolver las colisiones de las leyes en el espacio; y por tanto, cada Estado tiene absoluta libertad para aplicarlas en forma irrestricta, sin tomar en cuenta el Derecho Extranjero que pueda resultar competente en virtud de la localización del asiento de la relación jurídica controvertida <sup>165</sup>.

127. Las instituciones jurídicas de un estado extranjero cuya existencia no se encuentra reconocida por la ley del Tribunal (**Rechtsintitute eines fremden**

<sup>164</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 349, p. 35.

<sup>165</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 349, pp. 35-36. Un problema distinto es la conveniencia de promulgar leyes que tengan un determinado contenido, es decir, su mérito intrínseco o valoración; pero, según advierte Savigny, el resultado de este análisis axiológico carece de importancia para su clasificación como leyes de naturaleza positiva, rigurosamente obligatoria, en el caso de que el Legislador haya pretendido la defensa de conceptos de orden moral o de interés general (*op. cit.*, Tomo 8 N° 365, nota c, p. 162).

**Staates, deren Dasein in dem unsrigen überhaupt nicht anerkannt ist)** representan la segunda clase de excepciones a los principios generales de solución de las colisiones de leyes en el espacio; y para clarificar sus ideas Savigny propuso los siguientes ejemplos:

"El Juez de un Estado donde no se reconoce la muerte civil de la legislación francesa o rusa, no aplicará la incapacidad jurídica resultante de la muerte civil impuesta en Francia o Rusia, aunque, según las reglas generales de colisión, la capacidad personal de los individuos se rige por el Derecho de su domicilio. De igual manera, en un país donde es desconocida la esclavitud, el esclavo negro aunque resida en él no será considerado propiedad de su dueño, ni privado de su capacidad de goce" <sup>166</sup>.

No obstante, Savigny advirtió:

"Respecto a este último caso los dos puntos de vista que acabo de exponer conducen al mismo resultado. La esclavitud como institución de Derecho no está reconocida entre nosotros y según nuestras leyes hay inmoralidad en tratar a un hombre como a una cosa. El primer motivo es también aplicable al caso de la muerte civil; pero no sucede lo mismo con el segundo porque la muerte civil no es más inmoral que cualquier otra pena de mayor rigor" <sup>167</sup>.

128. Los anteriores ejemplos de instituciones desconocidas fueron los únicos propuestos por Savigny, y se abstuvo de señalamientos adicionales cuando efectuó la determinación de la ley aplicable a las diversas clases de relaciones jurídicas. En efecto, en sus explicaciones concretas sólo hizo referencia a la excepción de la institución desconocida para descartar la competencia de la **lex domicilii** que consagra la incapacidad de los negros esclavos o admita la posibilidad de la muerte civil, como era el caso de los derechos francés y ruso de la época <sup>168</sup>.

129. Por el contrario, los ejemplos de intervención de las leyes de naturaleza positiva, rigurosamente obligatoria, fueron mucho más numerosos cuando

<sup>166</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 349, p. 37.

<sup>167</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 349, p. 37.

<sup>168</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 365, p. 163.

Savigny emprendió la tarea de determinar el Derecho aplicable a las diversas clases de relaciones jurídicas.

130. En efecto, la competencia de la *lex domicilii* para regir la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio de las personas fue descartada por Savigny, cuando se enfrenta a leyes de naturaleza positiva, rigurosamente obligatoria, como sucede en los siguientes casos:

1) el Juez aplica su propia ley y no el Derecho extranjero del domicilio que permite la poligamia; 2) la ley extranjera que consagra la incapacidad jurídica con fundamento en la herejía no es aplicada por el Juez cuando su Legislador la considera inmoral; 3) la ley del Juez que restringe la capacidad de adquirir inmuebles por los institutos eclesiásticos (bienes de manos muertas) se aplica también a los institutos eclesiásticos de un Estado extranjero donde no existe una prohibición semejante; pero, a la inversa, las restricciones impuestas en otro País a las instituciones eclesiásticas carecen de eficacia en los Estados donde no son establecidas; 4) el Juez aplica en todo caso su ley que declara a los judíos incapaces de adquirir inmuebles, o que les impone condiciones más rigurosas para su adquisición; pero esas incapacidades o restricciones no afectan a los judíos, a pesar de que puedan encontrarse domiciliados en nuestro país, cuando pretendan efectuar la adquisición en un Estado que no las establece <sup>169</sup>.

131. De acuerdo con las enseñanzas de Savigny, la *lex rei sitae* regula los derechos reales sobre los bienes individualmente considerados, tanto muebles como inmuebles; y la capacidad para adquirirlos depende de la ley del domicilio. No obstante, sin mencionar ejemplos concretos, recuerda la posible restricción derivada de las leyes de naturaleza positiva, rigurosamente obligatoria, que tienen el carácter de leyes de policía (*welche einen polizeilichen Charakter an sich tragen*), porque “semejantes leyes deben aplicarse a todos los bienes situados en el territorio del Legislador, sin tomar en cuenta la ley del domicilio de la persona que pretende efectuar la adquisición” <sup>170</sup>.

132. En el Derecho de las Obligaciones, con fundamento en la presunta sumisión del deudor y a falta de voluntad contraria, Savigny declaró aplicable

<sup>169</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 365, pp. 160-162.

<sup>170</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 367, pp. 182-183.

la ley del lugar fijado para la ejecución; en su defecto, la del lugar de nacimiento de la obligación y, en última instancia, la ley del domicilio de deudor. Sin embargo, también hizo la advertencia en el sentido de que "ese derecho local retrocede cuando se encuentra en contradicción con una ley del Juez de naturaleza positiva, rigurosamente obligatoria, porque en tales hipótesis no puede ejercer ninguna influencia la libre voluntad e las partes"<sup>171</sup>; señalamiento que repitió al examinar "la validez sustancial de una obligación"<sup>172</sup>.

133. La excepción propuesta por Savigny funciona tanto positiva como negativamente, es decir, el Juez debe aplicar sus leyes de naturaleza positiva, rigurosamente obligatoria, aun cuando el asiento de la obligación ordene tomar en cuenta otra distinta; y, a la inversa, no tiene el deber de aplicar las leyes de naturaleza positiva, rigurosamente obligatoria, vigentes en el lugar extranjero del asiento de la obligación <sup>173</sup>.

134. Las anteriores explicaciones fueron ejemplificadas por Savigny con los contratos prohibidos por las leyes sobre la usura; y a este respecto afirmó:

"Si se reclama una deuda por concepto de intereses que contradice las leyes vigentes en su Estado, el Juez debe rechazar la demanda aunque esta ley sobre la usura no exista en el lugar de asiento de la obligación, porque el sentido de dicha ley es que ninguno de los jueces sometidos a su imperio utilice su autoridad para que pueda ejecutarse un asunto tan inmoral y dañino al bien común como el contrato usurario. De la misma manera, en un país donde esta estipulación de intereses no se encuentre prohibida por la ley, el juez deberá declarar válidos los intereses, sin tener en cuenta la prohibición que pueda existir en otra parte (en el lugar de asiento de la obligación)" <sup>174</sup>.

135. En materia de contratos Savigny mencionó otros ejemplos de intervención de leyes de naturaleza positiva, rigurosamente obligatoria, a saber:

---

<sup>171</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 372, p. 248.

<sup>172</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 374, pp. 275-276.

<sup>173</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 374, p. 276.

<sup>174</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 374, pp. 276-277. A mayor abundamiento Savigny agregó: "Esta declaración en sentido negativo no sólo es consecuencia lógica de la declaración positiva precedente; se funda, además, en el motivo siguiente: La aplicación de un determinado Derecho Local a una obligación se justifica principalmente por una presunción de sumisión voluntaria; pero la sumisión no puede ser aceptada cuando contradice una ley que precisamente declara inválida la referida obligación" (*op. cit.*, Tomo 8, N° 374, p. 277).

a) “Las deudas de juego, cuando son reconocidas por una ley y rechazadas por otra”, por cuanto, en semejante hipótesis, la validez de la obligación se juzga de acuerdo con la *lex fori* <sup>175</sup>.

b) La prohibición de comprar contratos por una suma menor de su valor nominal (*lex Anastasiana*) “se fundamenta en la premisa de que dichas ventas pueden convertirse en una causa de perjuicios y opresiones para el deudor”. En consecuencia, como se pretende impedir las por considerarlas inmorales y contrarias al interés general, la respectiva ley es “aplicable o inaplicable según se encuentre vigente o no en el lugar donde la acción se intenta”; y carece de importancia el derecho del lugar donde la acreencia nació o la cesión se produjo <sup>176</sup>; y

c) “la ley francesa de los créditos de los judíos contra los cristianos”, que establece condiciones rigurosas para su adquisición, es aplicable a todos los judíos dentro del territorio, sin tomar en cuenta la solución impuesta por los principios generales para resolver la colisión de las leyes en el espacio <sup>177</sup>.

136. Al decir de Savigny, todas las leyes relativas a los hechos ilícitos “deben incluirse siempre dentro de las leyes de naturaleza positiva, rigurosamente obligatoria”; y, por tanto, el Juez tiene que aplicarlas sin tomar en cuenta la ley del lugar de ocurrencia del hecho ilícito. La solución así propuesta funciona en ambas direcciones, positiva y negativa, es decir, en favor y en contra de la ley que reconoce la obligación derivada del hecho ilícito; y para clarificar su pensamiento Savigny ejemplificó las consecuencias de la solución propuesta en la controvertida cuestión de las obligaciones resultantes de la cohabitación fuera de matrimonio. En efecto, la inquisición de la paternidad será rechazada por un Tribunal de Francia, en virtud de la prohibición contenida en el artículo 340 del Código Civil francés de la época, aunque la cohabitación hubiere tenido lugar en un Estado donde se admite y protege esta acción; pero, a la inversa, los tribunales de este último país admitirán la demanda a pesar de que la cohabitación haya ocurrido en un Estado sometido al derecho francés <sup>178</sup>.

<sup>175</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 374, p. 277.

<sup>176</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 374, pp. 277-278.

<sup>177</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 374, p. 278. No obstante, advierte que el resultado es el mismo si esta ley se considera referida a la capacidad de las personas y no a la validez de los contratos.

<sup>178</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 374, pp. 278-279.

137. En materia sucesoral Savigny sólo hizo mención de algunos casos aislados de intervención de leyes positivas, rigurosamente obligatorias, y afirmó que les correspondía:

a) Decidir sobre la validez o invalidez del testamento cuando se constituye "un fideicomiso familiar (**Familienfideicommiss**) sobre un bien ubicado en un país extranjero, cuya ley no reconoce los fideicomisos". En consecuencia, el Juez debe obedecer su propia ley y declarar nula la disposición, sin tomar en cuenta el eventual mandato diferente de la ley del último domicilio del difunto <sup>179</sup>.

b) Regular la capacidad de las personas llamadas a recibir por sucesión, en todo o en parte (herederos o legatarios). En tal virtud, "si, por ejemplo, de acuerdo con la ley de su domicilio, el heredero instituido no puede recibir la sucesión por causa de muerte civil o de herejía, impedimentos que no se reconocen en otra parte; y si existe una ley restrictiva sobre la adquisición de bienes de manos muertas, en estos casos no se aplica la ley del domicilio del heredero, sino la vigente en el lugar del tribunal llamado a decidir, lugar que, frecuentemente, coincidirá con el domicilio del causante" <sup>180</sup>.

138. Las "consideraciones morales o religiosas y motivos de orden político" subyacentes en el Derecho de Familia explican su regulación por numerosas leyes positivas, rigurosamente obligatorias <sup>181</sup>; y, como ejemplos de estos casos de excepción, Savigny mencionó los siguientes:

a) La ley del domicilio del marido al tiempo de la celebración regula también la capacidad matrimonial de la mujer, en especial la existencia de impedimentos fundados en el parentesco o en razones religiosas, porque "en esta materia las leyes descansan en consideraciones morales y son de una naturaleza rigurosamente positiva" <sup>182</sup>.

b) La competencia de la **lex loci actus** es descartada por la ley que exige a los súbditos la celebración del matrimonio ante la iglesia, porque este requisito se

<sup>179</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 377, pp. 312-313.

<sup>180</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 377, p. 313.

<sup>181</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 379, pp. 324-325.

<sup>182</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 379, p. 326 (Véase antes el número 107 de este trabajo).

fundamenta “en la moral religiosa y reviste, portanto, un carácter rigurosamente obligatorio”. Sin embargo, hizo la siguiente advertencia: “esta rigurosa regla no puede nunca ser aplicable a los extranjeros casados que vienen a establecerse en el país; porque semejante ley, con su carácter estrictamente obligatorio, sólo se aplica a la celebración de los matrimonios y no a la continuación de los matrimonios ya contraídos”<sup>183</sup>.

c) La competencia de la ley del domicilio del marido al tiempo de la celebración es descartada para regular el régimen de los bienes en el matrimonio en las siguientes hipótesis: 1) en caso de cambio de domicilio debe aplicarse la ley que prohíbe contraer matrimonio bajo un régimen de bienes distinto del dotal y que desconoce eficacia a las capitulaciones matrimoniales de contenido diferente, celebradas en otro país; y también debe aplicarse la ley que sólo acepta la comunidad de bienes entre los cónyuges<sup>184</sup>; 2) las leyes que restringen las liberalidades de un esposo al otro, en particular la prohibición de donaciones entre cónyuges consagrada por el Derecho Romano, deben aplicarse en forma irrestricta por cuanto pretenden mantener la pureza moral del matrimonio<sup>185</sup>.

d) Todas las leyes relativas al divorcio fueron calificadas por Savigny como de naturaleza positiva, rigurosamente obligatoria, porque se refieren al elemento moral del matrimonio. En consecuencia “el Juez llamado a decidir sobre un divorcio no puede sino aplicar las leyes de su país, sin tener en cuenta las demás relaciones jurídicas entre los cónyuges”. Sin embargo, advirtió que esta solución, en la mayoría de los casos, “remite a la ley vigente en el domicilio del marido pues sólo allí se encuentra la jurisdicción competente para conocer del divorcio”<sup>186</sup>.

139. Los numerosos ejemplos propuestos por Savigny demuestran la frecuencia de la intervención práctica de las excepciones que descartan la aplicación de la ley competente, determinada conforme a los principios de solución derivados de la comunidad jurídica de las Naciones. En efecto, su carácter anómalo es indudable y tampoco puede discutirse su impropiedad para resolver, en forma

<sup>183</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 381, pp. 356-357 (Véase antes el número 115 de este trabajo).

<sup>184</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 379, p. 334.

<sup>185</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 379, p. 335.

<sup>186</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 379, p. 337.



objetiva, los problemas planteados por la colisión de las leyes en el espacio, porque permite al demandante la escogencia del Tribunal (**forum shopping**) para obtener el resultado más conforme a sus intereses particulares. Así lo reconoció Savigny al explicar la materia relativa a la ley competente para regir las obligaciones cuando hizo la siguiente advertencia:

“De los principios que acabo de exponer resulta que cuando existen leyes rigurosamente obligatorias se atribuye con frecuencia un gran poder al demandante, porque siendo a menudo libre para elegir entre varias jurisdicciones igualmente competentes, de esta manera puede seleccionar entre varios derechos locales el que haya de ser aplicable”<sup>187</sup>.

140. En vista de tales inconveniencias, que son válidas en todos los casos de intervención de las leyes de naturaleza positiva, rigurosamente obligatoria, no deben extrañar las palabras de Savigny cuando formuló el siguiente deseo: “Es de esperarse que, como consecuencia del natural desarrollo del Derecho en los diferentes pueblos, el número de estos casos excepcionales tenderá constantemente a disminuir”<sup>188</sup>. Sin embargo, sus esperanzas sólo se han realizado en forma parcial. En efecto, debido a la influencia doctrinaria de Pasquale Stanislao Mancini, la importancia de las leyes de naturaleza positiva, rigurosamente obligatoria (**lois d'ordre public, leggi di ordine pubblico**) son cada vez más numerosas a partir de la primera gran guerra de este siglo; y este hecho indiscutible demuestra a cabalidad, según advierte Paul Heinrich Neuhaus, el innegable aspecto político de ciertos sectores del Derecho Internacional Privado<sup>189</sup>.

#### *G. La influencia de Savigny en Europa en la Segunda Mitad del Siglo XIX*

141. La doctrina de Savigny fue construida de manera tan sólida y durable comentó Walter Simmons en 1924, que “los autores y los tribunales han

---

<sup>187</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 374, pp. 280-281. No obstante, también señaló que el demandado encuentra cierta protección en “las condiciones restrictivas a que está subordinada la jurisdicción especial de la obligación”.

<sup>188</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, Tomo 8, N° 349, p. 38.

<sup>189</sup> NEUHAUS, Paul Heinrich. “Savigny und die Rechtsfindung aus der Natur der Sache”, *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, años 1949-1950, Tomo 15, p. 380.

seguido el paso del maestro y aún en el extranjero, es el más conocido, el citado más a menudo y el más influyente de todos los autores alemanes que han tratado del conflicto de leyes, con excepción, tal vez de von Bar”<sup>190</sup>.

Al decir de Ernst Rabel, el jefe de la escuela histórica del Derecho se convirtió en la principal autoridad tanto en Europa como en Latino-América durante la mayor parte del siglo XIX<sup>191</sup>; y la importancia de su doctrina también se refleja en la propia conducta de sus críticos más acervos, según lo demuestran las expresiones de Antoine Pillet en Francia quien, al decir de sus discípulos, hablaba del “tomo octavo” como de su libro de cabecera, sin identificar de otra manera ni a la obra ni a su autor, como un admirador de Beethoven habla de la “Quinta” o de la “Novena” sin mayor precisión, con la seguridad de ser comprendido<sup>192</sup>.

142. Las enseñanzas de Savigny dejaron huella indudable en la legislación inmediata posterior de la Confederación Suiza. En efecto, el Código Civil del Cantón de Zurich (**Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich**) del año 1854-1855, preparado por Johan Gaspar Bluntschli (1808-1881), reprodujo textualmente en su artículo primero el principio general formulado por Savigny, con expresa referencia a la naturaleza propia de la relación jurídica particular (**eigentümlich Natur des besonderen Rechtsverhältnisse**); influencia que se advierte igualmente tanto en algunas otras soluciones concretas del mismo Código (artículos 1 a 7)<sup>193</sup> como los Códigos Civiles promulgados en los Cantones suizos de Chur (1861) y Schaffhausen 1863<sup>194</sup>.

143. El principio general y algunas de las soluciones particulares de Savigny encontraron asimismo acogida en la ley civil griega de veintinueve de octubre de 1856<sup>195</sup>; aun cuando la influencia de Mancini es también innegable<sup>196</sup>.

---

<sup>190</sup> SIMMONS, art. cit., pp. 466. No obstante, hizo también la siguiente advertencia: “He encontrado el tomo octavo del “Sistema de Derecho romano Actual” de Savigny tanto en Londres como en Buenos Aires, en bibliotecas donde von Bar no tenía representación”.

<sup>191</sup> RABEL, *op. cit.*, Tomo I, p. 8.

<sup>192</sup> GAUDEMET, Eugène. “La Théorie des Conflits de Lois dans l’oeuvre d’Antoine Pillet et la doctrine de Savigny”, en *Mélanges Antoine Pillet*, Tomo I, Paris, 1929, p. 98.

<sup>193</sup> MARIDAKIS, art. cit., p. 500.

<sup>194</sup> MELCHIOR, *op. cit.*, p. 11.

<sup>195</sup> MARIDAKIS, art. cit., p. 500.

<sup>196</sup> MELCHIOR, *op. cit.*, p. 11. Charles Carabiber. “Droit International Privé de la Grèce”, en *Repertoire de Droit International*, publicado por A. de Lapradelle y J. P. Niboyet, Tomo VI, Paris, 1930, N° 55, p. 418.

144. Los artículos 10, 11 y 19 del Código Civil para el Reino de Sajonia (**Bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich Sachsen**) (1863) regularon la materia siguiendo a Savigny en diversos aspectos; y, entre otras de sus soluciones, fue consagrada la competencia de la ley del lugar de ejecución para regir las obligaciones convencionales <sup>197</sup>.

145. La "Introducción" del Código de los Países Bálticos (**Das Liv- Est- und Kurländische Privatrecht**) (1864), en los artículos XXVIII-XXXVI (particularmente el XXXV), demuestra la influencia de las ideas de Savigny; aun cuando sus enseñanzas fueron abandonadas en materia de bienes muebles, sometidos a la ley de su propietario <sup>198</sup>.

146. El impacto de Savigny en la jurisprudencia alemana de la segunda mitad del siglo XIX tampoco es discutible; y sus enseñanzas impidieron el predominio de la doctrina de Wächter, aparecida algunos años antes, orientada hacia la primacía de la aplicación de su propio derecho, según lo advierte Leo Raape en forma muy elocuente <sup>199</sup>.

147 En efecto, la jurisprudencia alemana de la segunda mitad del siglo diecinueve reconoció la competencia de la ley del último domicilio del causante para regular la sucesión, sin distinguir alguno entre muebles e inmuebles; la **lex situs** fue declarada aplicable para regir los bienes muebles individualmente considerados; la ley del primer domicilio conyugal determinó el régimen de los bienes en el matrimonio, a falta de capitulaciones; y la ley de lugar de ejecución rigió las obligaciones convencionales, cuando las partes no habían dispuesto algo diferente <sup>200</sup>.

148. Sin embargo, el deseo de adherir a las enseñanzas de Savigny también condujo a exageraciones y, en ciertos casos, los tribunales llegaron a modificar la interpretación literal de algunos textos del "Derecho General Territorial de Prusia" (**Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten**). En efecto,

<sup>197</sup> GUTZWILLER, art. cit., p. 361.

<sup>198</sup> MEILI, F. **Das Internationale Civil - und Handelsrecht auf Grund der Theorie. Gesetzgebung und Praxis**, Tomo I, Zurich, 1902, p. 119; MIAJA DE LA MUELA, *op. cit.*, Tomo I, p. 502.

<sup>199</sup> RAAPE-STURM, *op. cit.*, Tomo I, p. 411.

<sup>200</sup> MELCHIOR, p. 10; KEGEL, *op. cit.*, p. 119.

la competencia de la *lex rei sitae* sobre los inmuebles, consagrada por su artículo 32, fue restringida a los bienes considerados aisladamente; y la ley del domicilio del propietario, establecida por el artículo 28, fue limitada a los bienes considerados como una universalidad, sin distinguir entre muebles e inmuebles <sup>201</sup>.

149. Exageraciones similares son apreciables igualmente en la jurisprudencia de Austria: el artículo 300 de su Código Civil (ABGB) fue interpretado en el sentido de restringir la competencia de la ley nacional del propietario a los bienes muebles considerados *uti universitatis*; y, a pesar del mandato legal distinto, los bienes muebles *uti singuli* fueron sometidos a la *lex situs* <sup>202</sup>.

150. La doctrina de Savigny tuvo una inmensa repercusión en los autores europeos de la segunda mitad del siglo XIX. No obstante, es preciso reconocer que, en algunos aspectos, se vio relegada a segundo plano en la época inmediata posterior; resultado explicable si se recuerda que la proclamación del principio de la nacionalidad, hecha por Pasquale Stanislao Mancini, satisfacía a plenitud las ansias de liberación nacional de numerosos pueblos de Europa en su lucha contra la opresión de las monarquías europeas <sup>203</sup>.

151. Según informa Max Gutzwiller, la ausencia de normas legislativas en Alemania antes de 1900 favoreció la aceptación de la doctrina de Savigny; y la literatura jurídica sobre Derecho internacional privado, tanto romanista como germanista, sufrió el impacto de las ideas del gran jefe de la escuela histórica. En efecto, los diferentes puntos de su teoría fueron aceptados, consciente o inconscientemente, y en especial su recomendación de localizar el asiento de las relaciones jurídicas para determinar la ley aplicable. Entre los germanistas se encuentran Walter, Gerber, Unger, Beseler, Roth, Gierke; y entre los romanistas puede mencionarse a Seuffert, von Keller, Holzschuher, Windscheid, Regelsberger <sup>204</sup>.

152. La influencia de la doctrina de Savigny en el extranjero se facilitó por las diversas traducciones del "Sistema de Derecho Romano Actual". En efecto, la

<sup>201</sup> KEGEL, *op. cit.*, p. 120.

<sup>202</sup> KEGEL, *op. cit.*, p. 120.

<sup>203</sup> VITTA, Edoardo. *Diritto Internazionale Privato*, Tomo I, Turin, 1972, p. 37.

<sup>204</sup> GUTZWILLER, *art. cit.*, p. 360.

versión francesa de los ocho tomos fue realizada por M. Guenoux; apareció en París, impreso en 1851 por Firmin Didot Frères<sup>205</sup>, y circuló con gran rapidez, incluso en el Hemisferio americano. Por tanto, se publicó una segunda edición en 1860.

153. Autores de tanto prestigio en Francia, como Armand Lainé, Frantz Despagnet y Etienne Bartin reconocieron la concordancia del método propuesto por Savigny, con la noción misma del Derecho Internacional Privado<sup>206</sup>; ciencia que, en palabras de Jules Valéry, tiene por objeto "determinar la ley aplicable, de acuerdo con su naturaleza, a una relación jurídica conectada con varias legislaciones"<sup>207</sup>.

154. El mérito de Savigny fue aceptado en Francia incluso por sus adversarios. André Weiss afirmó que su doctrina representa "una teoría completa y detallada de Derecho Internacional Privado"<sup>208</sup>. Antoine Pillet, quien nunca habló con particular simpatía de las enseñanzas de Savigny, reconoció su portada filosófica, mucho más amplia que la de Wächter, debido a "la huella del gran jurisconsulto que la compuso"<sup>209</sup>; y al compararla con las "manifestaciones oratorias"<sup>210</sup> de Pasquale Stanislao Macini, orientadas a proclamar el principio de la nacionalidad como fundamento del Derecho Internacional Privado, se limitó a la siguiente advertencia:

"Tales excesos de imaginación no son necesarios en forma alguna; ahí está el ejemplo de la escuela fundada por Savigny para demostrarnos que se puede construir una doctrina científica sin dejar de ser, al mismo tiempo, muy

<sup>205</sup> NADELMANN, Kurt H. "Private International Law: Lord Fraser and the Savigny (Guthrie) and Bar (Gillespie) Editions", *International and Comparative Law Quarterly*, 1971, p. 216.

<sup>206</sup> Al decir de Etienne Bartin, "la obra de Savigny nos deja pocas o ninguna solución positiva, pero nos suministra un método. Es el trabajo de un jurista que no se ha perdido; el espíritu ha sobrevivido a la letra" (Op. cit., Tomo I, p. 166).

<sup>207</sup> De acuerdo con el primer principio afirmado por Jules Valéry, "toda relación de Derecho internacional privado debe estar regulada, en cada uno de los puntos de vista bajo los cuales puede ser contemplada, por la ley que conviene mejor a su naturaleza" (*Manuel de Droit International Privé*, París, 1914, N° 377, p. 496).

<sup>208</sup> WEISS, André. *Traité Théorique et Pratique de Droit International Privé*, Tomo III, 2ª edición, París, 1912, p. 59.

<sup>209</sup> PILLET, Antoine. *Traité Pratique de Droit International Privé*, Tomo I, Grenoble - París, 1923, N° 25, p. 81.

<sup>210</sup> BARTIN, op. cit., Tomo I, N° 71, p. 167.

respetuoso de las lecciones que nos suministra simple la naturaleza de las cosas”<sup>211</sup>.

155. Únicamente el tomo octavo fue traducido al inglés por William Guthrie y apareció en Edinburgo, en 1869, bajo el título: **A Treatise on the Conflict of Laws and the Limits of Their Operation in Respect of Space and Time**. El “Prefacio”, de fecha veintiséis de diciembre de 1868, informa que la publicación había debido adelantarse a las previsiones limitándola a muy pocas anotaciones explicativas, para satisfacer las exigencias de los muchos admiradores de Savigny, entre los cuales menciona a Lorimer y a Muirhead de la Universidad de Edinburgo; y también a Patrick Frasser, uno de los miembros más sobresalientes del Colegio de Abogados de Escocia (**Scottish Bar**) en el siglo XIX<sup>212</sup>. El éxito logrado explica la segunda edición en 1880, con las notas puestas al día; y se le agregó un apéndice para reproducir algunos escritos de Bartolus de Saxoferrato, Charles Dumoulin, Paul Voet y Ulricus Huber<sup>213</sup>.

156. Los requerimientos de sus admiradores no deben extrañar, por cuanto Savigny se encuentra mencionado antes de 1862 en diversas sentencias de los Tribunales de Escocia<sup>214</sup>; y porque los especialistas de la materia habían tenido oportunidad de leer sus explicaciones en la tercera edición del Tratado de Foelix, publicada en 1856 con notas de Charles Demangeat, quien expuso con amplitud las enseñanzas de Savigny. Además, su doctrina fue aprobada con entusiasmo por John D. Westlake en su **Treatise of Private International Law** (1858)<sup>215</sup>, y por Sir Robert Phillimore en el cuarto volumen de sus

---

<sup>211</sup> PILLET, Antoine. **Principes de Droit International Privé**, París - Grenoble, 1903, N° 21, p. 8 (Existe una traducción española, hecha por Nicolás Rodríguez Aniceto y Carlos González Posada, con un Prólogo de Camilo Barcia, Madrid, 1923).

<sup>212</sup> NADELMANN, art. cit., pp. 216-217.

<sup>213</sup> NADELMANN, art. cit., p. 218.

<sup>214</sup> Así lo informa A. E. Anton, quien también recuerda que, ocasionalmente, Savigny todavía es mencionado por los tribunales ingleses, como lo demuestra la sentencia en el caso **Re Luck's Settlement Trusts** (1940) Ch. 864, p. 914. Aun cuando considera difícil demostrar la directa influencia de Savigny en los tribunales de Inglaterra y de Escocia en la época inmediata posterior, no constituye una simple casualidad la persistente actitud de los jueces del Reino Unido desde esa época, orientada a evaluar la validez sustancial de los contratos en una forma más flexible que la interpretación literal de la *lex loci contractus* (ANTON, A.E. **Private International Law. A treatise from the standpoint of Scots law**. Edinburgo, 1967, p. 25, nota 38).

<sup>215</sup> NADELMANN, art. cit., pp. 217-218. En la “Introducción”, John D. Westlake afirmó que el tomo octavo de Savigny era “la contribución más importante al Derecho Internacional Privado desde el siglo XVIII”; y que “su aporte principal a nuestra materia consiste en haber llamado la atención sobre la naturaleza sustancial

**Commentaries upon International Law: Private International Law or Comity (1861)**<sup>216</sup>. Más todavía: en el libro, "La Ley del domicilio" (**Law of domicile**), publicado en 1879, Albert Venn Dicey hizo expreso reconocimiento de su deuda científica, en este orden, a Savigny, Story, Phillimore y Westlake<sup>217</sup>.

157. El éxito de Savigny encuentra una explicación adicional en el predominio de la escuela de Manchester en Inglaterra de la época, que afirmaba la libertad de la persona como la solución ideal para resolver los problemas en el campo de la economía; y que, por tanto, rechazaba enérgicamente la intervención del Estado en los asuntos de naturaleza privada. Esta doctrina encontró un paralelo en las ideas de Savigny, quien utilizó la sumisión voluntaria como el fundamento último para determinar el asiento de las varias clases de relaciones jurídicas y la ley aplicable a cada una de ellas<sup>218</sup>.

158. Según comenta Martín Wolff, "su frío razonamiento, que le permite distinguir en todo momento y con toda claridad, entre lo positivo y lo

---

de la relación jurídica en examen antes que acudir a la soberanía sobre las personas o lugares, y en la consiguiente restricción a la exagerada aplicación de la *lex situs* que había sido impuesta por d'Argentré" (**A Treatise on Private International Law**, 7ª edición, por Norman Bentwich, Londres, 1925, p. 21).

<sup>216</sup> Sir Robert Phillimore se refirió a Savigny como "el príncipe de los juristas modernos" (**Commentaries Upon Private International Law or Comity**, Tomo IV, Cuarta Edición por su hijo Sr. Walter G. F. Phillimore y Reginald James Mure, Londres, 1889, p. 252); y en el "Prefacio" de la primera edición, aparecida en 1861, advirtió que desde los comentarios de Donellus no había aparecido un trabajo tan filosófico y profundo como el de Savigny sobre el Sistema de Derecho Romano, en su aplicación al Derecho Particular de su propio país y al general del continente europeo. Asimismo expresó que se había referido con frecuencia a tan importante libro y que "no podía menos de expresar la esperanza de que la obra de juristas tales como Puchta y Savigny, que tienen los méritos sin los defectos de la erudicción alemana, puedan algún día convertirse en familiares a los juristas ingleses" (*op. cit.*, p. XV).

<sup>217</sup> NADELMAN, *art. cit.*, p. 218. Casi dos décadas más tarde Albert Venn Dicey calificó a Savigny como un **man of genius**; y asimismo aconsejó expresamente: "Cuando, como ocurre con frecuencia, ni el **Statute Book** ni las recopilaciones de sentencias contengan una dirección imperativa para la decisión de un caso particular, o de una clase particular de casos, un investigador inteligente debe acudir a las decisiones de los tribunales extranjeros, en especial de los tribunales de los Estados Unidos de América, y a la doctrina de autores como Story o Savigny, cuyas opiniones han influido efectivamente en las decisiones de los jueces ingleses" (**A Digest of the Law of England with reference to the Conflict of Laws**, Londres, 1896, pp. 17, 20).

<sup>218</sup> MELCHIOR, *op. cit.*, N° 9, pp. 11-12; NUSSBAUM, "Principles", *op. cit.*, p. 28. No obstante cabe señalar que la afirmación de Savigny a este respecto es poco compatible con su rechazo de las ideas liberales en asuntos políticos. Un señalamiento similar hizo Edoardo Vitta para explicar el inmenso éxito de la doctrina de Mancini, quien fue exponente del pensamiento individualista y liberal de la época, orientado a garantizar la libertad de la iniciativa privada y a la derogación de las normas que permitían el intervencionismo del Estado en los asuntos privados (*op. cit.*, Tomo I, p. 37).

“aconsejable”; su buen sentido práctico en los casos concretos, su alejamiento de todo teoricismo estéril, la comedida serenidad de su exposición, son factores todos ellos que no podían dejar de impresionar al juez inglés; y, por añadidura, Savigny defendía el principio del domicilio, que era el predominante en Inglaterra”<sup>219</sup>.

159. Martín Wolff advierte asimismo que, debido particularmente a la influencia de Dicey y de Westlake, Savigny se convirtió en una de las autoridades más grandes en Inglaterra y en los Estados Unidos de la América del Norte, en segundo lugar, pero casi con el mismo rango de Joseph Story<sup>220</sup>; Ernst G. Lorenzen sostuvo que, hasta la aparición de las obras de Westlake, Dicey y Foote, el tratado de Savigny “fue citado más que ninguno otro, excepto el de Story”<sup>221</sup>; y, según Ernst Rabel, la aplicación de la ley del asiento, a través de Francis Wharton, fue admitida por la Corte Suprema de los Estados Unidos en *Pritchard v. Norton* (106 U.S. 124, p. 130, (1882))<sup>222</sup>.

160. José María Trias de Bes hizo énfasis en la extraordinaria influencia del tratado de Foelix y del sistema de Savigny, “conocido en España a través de la traducción francesa de Guenoux”; ambos autores y el libro de Fiore, representaron las fuentes casi exclusivas de consulta hasta la promulgación del Código Civil de 1889<sup>223</sup>. En sentido similar, en la segunda mitad de este siglo, Mariano Aguilar Navarro declaró enfáticamente: “en cuanto a los medios españoles, no es exagerado afirmar que fue Savigny el autor que más crédito gozó y al cual, de un modo o de otro, todos nos hemos sentido vinculados”<sup>224</sup>.

161. Por tanto, no debe extrañar que Don Jacinto Messia y Manuel Poley efectuaran la traducción española, en seis volúmenes, de los ocho tomos

---

<sup>219</sup> WOLFF, “IPR”, 1ª ed., op. cit., p. 15.

<sup>220</sup> WOLFF, Martín. *Private International Law*. Oxford, 1950, p. 37.

<sup>221</sup> LORENZEN, Ernst G. “Story’s Commentaries on the Conflict of Laws - One Hundred Years after”, (1934) 48 *Harvard Law Review* 15, reproducido en *Selected Articles on the Conflict of Laws*, New Haven, 1947, p. 197.

<sup>222</sup> RABEL, op. cit., Tomo I, p. 95.

<sup>223</sup> TRIAS DE BES, José María. “Conception du Droit International Privé d’après la Doctrine et la Pratique en Espagne”, *Recueil des Cours*, 1930 I, Tomo 31, pp. 637-638.

<sup>224</sup> AGUILAR NAVARRO, Mariano. *Derecho Internacional Privado*, reimpresión de la Tercera Edición. Revisada con la colaboración de Julio D. González Campos y Mariano Aguilar Benítez de Lugo, Volumen I, tomo I, Madrid, 1973, N° 162, p. 277.



originales del "Sistema de Derecho Romano Actual", publicada por primera vez en 1879 en Madrid, con prólogo de D. Manuel Durán; y el éxito logrado impuso una segunda edición pocos años más tarde.

162. La traducción italiana del tomo octavo lleva por título: **Regola di diritto. I limiti di spazio**; apareció en Turín en 1897 y fue hecha por Sciajola. Sin embargo, no resulta discutible el conocimiento de sus enseñanzas con mucha anterioridad, según lo demuestran las explicaciones de Lomonaco, Brusa, Pertile y Pasquale Fiore <sup>225</sup>.

163. La importancia de las enseñanzas de Savigny en Europa se dejó sentir, avanzado el presente siglo, en los países del mundo socialista. A pesar del antagonismo doctrinario subyacente, Friedrich K. Juenger ha recordado que la "Ley de Aplicación del Derecho" (**Rechtsanwendungsgesetz**), promulgada el cinco de diciembre de 1975 en la extinguida República Democrática Alemana, trató de imitar los modelos burgueses; conducta adoptada también por la literatura jurídica y la legislación de los demás Estados del Este. Sin embargo, ni la jerga política (**political jargon**) ni las citas de Marx y Lenin pueden esconder su respeto de las ideas tradicionales de Derecho Internacional Privado; y como lo demuestra la Ley alemana, "la deuda científica de los países socialistas es mucho mayor con Friedrich Car von Savigny que con su **disciple ingrat**, Karl Marx" <sup>226</sup>.

#### *H. La influencia de Savigny en el hemisferio americano en la segunda mitad del siglo XIX*

164. A comienzos del presente siglo el doctor Estanislao S. Zeballos, en sus "Notas" al "Manual de Derecho Internacional Privado" de André Weiss, afirmó que las enseñanzas de Savigny realizan la **unidad jurídica** dentro de la **diversidad de efectos**; y, luego de advertir que sus discípulos en América "son numerosos y algunos ilustres" agtegó:

<sup>225</sup> GUTZWILLER, art. cit., p. 363.

<sup>226</sup> JUENGER, Friedrich K. "The Conflicts Statute of the German Democratic Republic: An introduction and Translation", *The American Journal of Comparative Law*, 1977, tomo 25, pp. 352-353; JUENGER, *op. cit.*, p. 40.

“Explicase así la preferencia con que las universidades suramericanas estudian y defienden las doctrinas del célebre jurista de la escuela histórica. Treinta y cinco años de aplicación legal diaria en el campo moderno más vasto de experimentación del Derecho Internacional Privado, en la República Argentina, fundan definitivamente su prestigio”<sup>227</sup>.

165. Las palabras anteriores, escritas a comienzos del presente siglo, encuentran indiscutible apoyo en muchas de las soluciones propuestas por don Andrés Bello en Chile, por Augusto Texeira de Freitas en Brasil, por Dámaso Vélez Sarsfield en la República Argentina y por Gonzalo Ramírez en la República Oriental del Uruguay. Asimismo las enseñanzas de Savigny dejaron huella manifiesta, con intensidad variable en el “Tratado para establecer reglas uniformes en materia de Derecho Internacional Privado” (Lima, 1878) y en el “Tratado de Derecho Civil Internacional” suscrito en Montevideo en 1889.

166. En efecto, Don Andrés Bello utilizó la obra de Savigny en la preparación del Código Civil chileno de 1855, vigente a partir de 1857; y en las notas a su artículo 955, introducido en el Proyecto inédito de 1853 bajo el número 1113, hizo expresa referencia a los números 375 y 376 de la traducción francesa del Tomo octavo del “Sistema de Derecho Romano Actual”<sup>228</sup>.

167. Ahora bien, la importancia del Código Civil chileno en la obra legislativa posterior del Hemisferio americano es aceptada sin discusión alguna, pues, como advierte Pedro Lira Urquieta, “guardando las distancias podríamos afirmar que su influencia en América, en la segunda mitad del siglo XIX, fue

<sup>227</sup> WEISS, André. *Manual de Derecho Internacional Privado*, Quinta Edición, traducida, prólogo y notas por Estanislao S. Zeballos, tomo I, París, 1911, anotación (a), p. 479.

<sup>228</sup> BELLO, Andrés. *Obras Completas*, Tomo XIII, Caracas, 1955, *Código Civil de la República de Chile*, Volumen II, pp. XI, 21. Según informa el doctor Lorenzo Herrera Mendoza, Don Andrés Bello mencionó, entre las fuentes del Código Civil chileno, “a Savigny, con Pothier; Marlin, Rogron, Delvincourt, Gregorio López, Acebedo, Proyecto de García Goyena, etc.” (“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, pp. 144-145). A este respecto debe recordarse el pensamiento de Don Andrés Bello sobre Derecho Internacional Privado, resumido por el doctor Lorenzo Herrera Mendoza en los términos siguientes: “Sus ideas generales se orientan por la doctrina territorialista anglo-americana, pero matizándola ligeramente por consideraciones que tienen cierta semejanza con la filosofía jurídica de los escritores alemanes de la primera mitad del siglo XIX, de los cuales citó él a Savigny entre las fuentes de información y estudio que le sirvieron de arsenal de inspiración para elaborar ese monumento jurídico que es el Código chileno” (“La Escuela”, art. cit., op. cit., p. 144).

comparable a la que tuvo en Europa el modelo francés"<sup>229</sup>. En efecto, el Código civil de El Salvador (1854) lo reprodujo literalmente; fue el modelo básico de los códigos civiles de los Estados de Santander (1858), Cundinamarca (1859) y Panamá (1860), que pertenecían a la entonces existente Confederación Granadina; también dejó profunda huella en los códigos civiles de El Ecuador (1860), Venezuela (1862), Nicaragua (1867), Uruguay (1868), Colombia (1873) y Honduras (1880); y en menor grado influyó en los códigos civiles de México (1870, 1884), Guatemala (1877) y Costa Rica (1887)<sup>230</sup>.

168. El doctor Quintín Alfonsín también ha hecho énfasis en el "influjo profundo y duradero" de la doctrina de Savigny en Sudamérica; y sostiene que constituyó una de las fuentes de inspiración del notable jurista brasileiro, Augusto Teixeira de Freitas, quien en su *Esboço de Código Civil* (1860-1865), articuló muchas de las soluciones prácticas sugeridas por el maestro alemán<sup>231</sup>. No obstante, debe reconocerse su originalidad en los planteamientos, como destacó el doctor Haroldo Valladao, porque propuso "con método admirable, las cuestiones de los conflictos de leyes, tanto en el espacio como en el tiempo, con un sistema nuevo inspirado en la teoría de Savigny, pero modificado y perfeccionado con varias ideas propias"<sup>232</sup>.

<sup>229</sup> LIRA URQUIETA, Pedro. "Introducción", pp. XLIII-XLIV, en: Andrés Bello. *Obras Completas*, Tomo XIII, Caracas, 1955. *Código Civil de la República de Chile*, Volumen I, pp. XLIII-XLIV.

<sup>230</sup> VALLADAO, Haroldo. "Le Droit International Privé des Etats Americains", *Recueil des Cours*, 1952 II, Tomo 81, pp. 36-62; VALLADAO Haroldo. *Derecho Internacional Privado*, 5ª Edición, Río de Janeiro - Sao Paolo, 1980, pp. 151-166 (Una traducción española, hecha por el licenciado, doctor Leonel Pérez Nieto, fue publicada en México, en 1987); LIRA URQUIETA, art. cit., op. cit., pp. LIII-XLIV. Con motivo del segundo bicentenario del nacimiento de Don Andrés Bello, en diciembre de 1981, tuvo lugar en Roma un Congreso Internacional, organizado por la *Associazione di Studi Sociali Latino-Americani* (ASSLA), en colaboración con la Fundación La Casa de Bello y la Comisión Nacional para la Conmemoración del bicentenario del Nacimiento de Andrés Bello, creada por el Gobierno venezolano. Jürgen Samtleben examinó el tema: "La relación entre Derecho Internacional Público y Privado en Andrés Bello"; y en esa oportunidad también fueron presentadas ponencias sobre el impacto del Código Civil de Andrés Bello en el sistema jurídico latinoamericano (*Andrés Bello y el Derecho Latinoamericano. Congreso Internacional. Roma, 10-12 diciembre 1981*, Caracas, 1987, pp. 159-173; 303-497).

<sup>231</sup> ALFONSIN, op. cit., N° 107, p. 147.

<sup>232</sup> VALLADAO, *Le Droit*, art. cit., p. 68; "Direito", op. cit. p. 178. Con ocasión del Centenario de su fallecimiento fue celebrado en Roma, en diciembre de 1983, un Congreso Internacional para tratar sobre "Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano", que organizaron las universidades de Roma y de Brasilia y la *Associazione di Studi Sociali Latino-Americani* (ASSLA). En esa oportunidad, los aspectos de Derecho Internacional Privado de su doctrina fueron examinados en la tarde del catorce de diciembre; y se leyeron las siguientes ponencias: Fausto Pocar, "Considerazioni sull'attualità del pensiero internazionalprivatistico di Augusto Teixeira de Freitas"; Anna María Villela. "O direito internacional

<sup>233</sup> *Revista de Derecho*, Tubingen, 1979, pp. 11-12, notas 49-50). Por otra parte, es de recordar que la Convención de Lima, con muy escasas variaciones fue reproducida en el "Tratado sobre Derecho Internacional Privado entre Colombia y Ecuador", suscrito en 1903 y ratificado el treintuno de julio de 1907 (Alexander N. Makarov. *Quellen des Internationalen Privatrechts*, Berlín - Tubinga, 1960-1961, Tomo II, pp. 120).

<sup>234</sup> En carta de veintiuno de junio de 1887, dirigida al Ministro de Relaciones Exteriores del Uruguay, doctor Julio Herrera y Obes, el doctor Gonzalo Ramírez afirmó la validez de los siguientes principios para la

la preparación de un Proyecto, que se publicó en Buenos Aires en 1888, bajo el título: **Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado y su Comentario**.

173. Ahora bien, Gonzalo Ramírez “desempeñó en la historia de la codificación del Derecho Internacional Privado en América un papel similar al de Pasquale Stanislao Mancini en Europa”<sup>239</sup>; y fue “partidario exaltado del principio del domicilio, defensor de la doctrina de Savigny”<sup>240</sup>. No obstante, consideraciones propias a las realidades de este Hemisferio lo impulsaron a abandonar las ideas de Savigny y a consagrar, en su “Proyecto”, la competencia de la *lex rei sitae*, en forma absoluta, para regir la sucesión de los bienes, muebles o inmuebles<sup>241</sup>.

174. Una vez reunido el “Congreso Jurídico Sud-Americano de Derecho Internacional Privado” se designó la Comisión de Derecho Civil, compuesta por Manuel Quintana (Argentina), Santiago Vaca Guzmán (Bolivia) y Belisario Prats (Chile)<sup>242</sup>; pero no les fue posible unificar criterios, motivo por el cual presentaron dos proyectos a consideración de la Asamblea<sup>243</sup>.

---

codificación del Derecho Internacional Privado: “1° Cada Estado puede exigir que todas las personas y cosas que existen en su territorio y los actos que afectan a unas y a otras se rijan por sus propias leyes; por consiguiente, ningún Estado puede extender más allá de los límites que marcan sus fronteras, la aplicación de su Derecho nacional. 2° Que si bien la aplicación de la ley extranjera no se impone por la nación que la ha promulgado, muy a menudo el Derecho territorial decide su vigencia porque en concepto del legislador, esa ley consulta mejor, en el caso especial de que se trata, las verdaderas conveniencias y los preceptos de justicia que sirven de base a las instituciones del país que legisla. Estos principios que consagran la autonomía de cada Estado para aceptar o rechazar en determinados casos la aplicación de las leyes extranjeras, hacen todavía más urgente la necesidad de codificar el Derecho Internacional Privado por medio de convenciones internacionales” (Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado y su Comentario, Buenos Aires, 1888 pp. 7-8).

<sup>239</sup> NOLDE, Barón Boris. “La Codification du Droit International Privé”, *Recuell des Cours*, 1936, I, Tomo 55, p. 353.

<sup>240</sup> VALLADAO, “Direito”, *op. cit.*, p. 195.

<sup>241</sup> Así fue previsto por el artículo 32 del Proyecto, ampliamente fundamentado en su comentario, donde combate la opinión de Savigny, según había sido reproducida por Pasquale Fiore (“Proyecto” *op. cit.*, pp. 35, 169-181). Sin embargo, y a pesar de la enérgica defensa de esa posición, en el segundo párrafo del artículo trigésimo segundo, admitió la excepción propuesta por Savigny a la *lex rei sitae*, “para considerar radicados en el domicilio de su poseedor, los bienes muebles que el transeúnte lleva consigo y que son de su uso personal y aquellos que se encuentran de tránsito por estar destinados a ser vendidos o transportados fuera del territorio, sin haberse llegado a radicar en él” (“Proyecto”, *op. cit.*, pp. 24, 92-102).

<sup>242</sup> *Actas de las Sesiones del Congreso Sud-Americano de Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, 1894, Acta N° 4, Sesión del 19 de septiembre de 1888, p. 45.

<sup>243</sup> “Actas”, *op. cit.*, Acta Número 18, Sesión del catorce de noviembre de 1888 pp. 119-120.

La diferencia fundamental entre ambos se encuentra en la determinación de la ley aplicable a la capacidad, a los contratos y a las sucesiones, por cuanto la mayoría (Quintana y Vaca-Guzmán) se pronunció por las leyes del domicilio, del lugar de ejecución y de la situación de los bienes, muebles o inmuebles, respectivamente; mientras que la minoría (Prats) sometió la capacidad de las personas a la ley de la residencia, la forma y la substancia de los contratos al principio *locus regit actum*, y la materia sucesoral a la ley del último domicilio del difunto <sup>244</sup>.

175. El Miembro informante de la mayoría de la Comisión de Derecho Civil, doctor Manuel Quintana (Argentina), en la sesión de veintitrés de enero de 1889 utilizó los argumentos de Savigny para someter la capacidad a la ley del domicilio, con expreso rechazo de la solución propuesta por Wächter, "fundada sobre una distinción injustificable entre la capacidad y sus efectos" <sup>245</sup>; hizo referencia a Waechter y a Savigny como los precursores en rechazar la distinción entre bienes muebles e inmuebles, por ser "incompatible con la verdadera naturaleza de las cosas e inconsecuente con el principio fundamental de la soberanía del Estado" <sup>246</sup>; sostuvo la competencia exclusiva de la *lex loci executionis* para regir los contratos, en seguimiento del "sistema bosquejado por Waechter, desarrollado por Savigny, apoyado por Phillimore, ampliado por Ramírez y que, propiamente, arranca del Derecho romano, esa fuente inagotable de equidad, de justicia y de ciencia" <sup>247</sup>; defendió las enseñanzas de Charles Dumoulin, aceptadas por Savigny, entre muchos otros juriconsultos de épocas posteriores, para determinar la ley aplicable al régimen de los bienes en el matrimonio <sup>248</sup>; sometió la prescripción a la ley aplicable a la relación jurídica en cuestión, porque "como Savigny" lo hace notar, es la más conforme a los principios y a la equidad" <sup>249</sup>.

176. No obstante, el doctor Manuel Quintana también advirtió que el Proyecto presentado por la mayoría no siguió algunas soluciones propuestas por Savigny, a saber: la competencia de la ley del marido al tiempo de la

<sup>244</sup> NOLDE, art. cit., p. 354.

<sup>245</sup> Actas, op. cit., Acta Número 27, pp. 388-389.

<sup>246</sup> Actas, op. cit., Acta Número 27, p. 407.

<sup>247</sup> Actas, op. cit., Acta Número 27, p. 413.

<sup>248</sup> Actas, op. cit., Acta Número 27, pp. 421-423.

<sup>249</sup> Actas, op. cit., Acta Número 27, pp. 434-435.

celebración para regir la capacidad matrimonial, porque asimila “el matrimonio a los contratos ordinarios de la vía civil”, “aparte de que su doctrina no ha sido adoptada por ningún otro juriconsulto”<sup>250</sup>; la excepción a la *lex rei sitae* para los artículos personales de los viajeros y los bienes en tránsito<sup>251</sup>; el principio *locus regit actum*<sup>252</sup>; y el régimen unitario de la sucesión<sup>253</sup>.

177. Los Plenipotenciarios reunidos en el Congreso Jurídico Sudamericano aprobaron las conclusiones de la mayoría de la Comisión; y, por tanto, las explicaciones del doctor Manuel Quintana son válidas para demostrar la influencia de Savigny en el “Tratado de Derecho Civil Internacional”, suscrito en Montevideo el doce de febrero de 1889. Así lo reconoció el doctor Quintín Alfonsín, quien es categórico cuando advierte que, a menudo, fueron consagradas “soluciones concretas propuestas por Savigny y recomendadas por Ramírez, como ser: la ley del domicilio para regular los derechos de las personas<sup>254</sup>, la eliminación de las diferencias tradicionales entre el régimen de los bienes raíces y el de los bienes muebles, y la adopción de la *lex loci solutionis* para el Derecho de los contratos”<sup>255</sup>.

### *I. La divulgación de la doctrina de Savigny en Venezuela*

178. El “Sistema de Derecho Romano Actual” se encuentra citado muy rara vez por los autores venezolanos del siglo XIX. No obstante, muy poco tiempo después de su aparición, el doctor Julián Viso lo mencionó dentro de las fuentes de consulta utilizadas en la preparación de su Proyecto de Código Civil, circunstancia ésta muy notable que demuestra el desarrollo jurídico existente en Valencia, ciudad relativamente distante de la capital de la República. En efecto, el doce de marzo de 1853, solicitó una ayuda económica del Congreso para concluir la obra iniciada; y a fin de justificar la petición acompañó un

<sup>250</sup> Actas, op. cit., Acta Número 27, p. 403.

<sup>251</sup> Actas, op. cit., Acta Número 27, p. 409. En este aspecto la mayoría también abandonó la solución propuesta por Gonzalo Ramírez en su Proyecto.

<sup>252</sup> Actas, op. cit., Acta Número 27, pp. 419-423.

<sup>253</sup> Actas, op. cit., Acta Número 27, pp. 423-432.

<sup>254</sup> No obstante, es preciso señalar la defensa del principio de la nacionalidad para regir el estado y la capacidad de las personas hecha por el Plenipotenciario del Brasil, Domingo de Andrade Figueira, quien se incorporó tardíamente a los trabajos el diez de diciembre de 1880 (Op. cit., Acta N° 15, p. 216) y dejó constancia escrita de sus ideas en la sesión del trece de febrero de 1889 (Op. cit., Acta N° 34, pp. 637-640).

<sup>255</sup> ALFONSIN, op. cit., p. 248.

documento demostrativo del estado de los trabajos, con algunas **Observaciones que dan una idea sintética del Proyecto de Código Civil que se presenta al Congreso de la República.**

179. Ahora bien, en sus "Observaciones", el doctor Julián Viso hizo expreso señalamiento de "haber estudiado con esmero la teoría de la viabilidad en un Apéndice del tomo 3° de la obra sobre Derecho Romano del sabio y eminente Savigny, que tanto ha ilustrado la ciencia con sus estudios en las escuelas alemanas <sup>256</sup>; y de haberse inspirado, para redactar el título "De la Posesión", "en las obras de Savigny, Hugo y Niebuhr" <sup>257</sup>.

180. Gracias a la ayuda económica del Congreso, el doctor Julián Viso pudo terminar con rapidez la tarea comenzada por iniciativa propia; y, una vez concluidos los trabajos, en veinte enero de 1854 se dirigió al Presidente de la República, General José Gregorio Monagas, para acompañarle el **Proyecto de Código Civil**. En esa oportunidad hizo nuevo señalamiento de haberse inspirado tanto en la doctrina Savigny como en las "grandes autoridades" de Pothier, Merlin, Favard de Langlade, Portalis, Pardessus, Zachariae, "de algunos prácticos españoles y de Vidaurre que consagró su pluma a la República del Perú" <sup>258</sup>. Sin embargo, las enseñanzas de Savigny no dejaron huella de ninguna clase en la regulación de los problemas de colisión de las leyes en el espacio; antes al contrario el tratamiento de la materia fue muy rudimentario en el "Proyecto de Código Civil" del doctor Julián Viso de 1854 <sup>259</sup>.

181. El primer Código Civil de Venezuela, que promulgó el General José Antonio Páez el veintiocho de octubre de 1862, también fue preparado por el doctor Julián Viso, pero en esta oportunidad su modelo fue el Código Civil chileno de 1855; y, por tanto, reprodujo la concepción territorialista de Don

<sup>256</sup> La mención es verdaderamente significativa pues el doctor Julián Viso citó el tercer tomo del "Sistema de Derecho Romano Actual" tan sólo trece años después de su publicación en Berlín en 1840.

<sup>257</sup> **Julián Viso al Congreso de la República presentando un Proyecto de Código Civil**, Fascículo de ocho páginas, impreso en Valencia, 1853, pp. 3-7 (Véase al respecto: Gonzalo Parra-Aranguren, "Nuevos Antecedentes sobre la Codificación Civil (Código Civil de 1862)", Caracas, 1974; reproducido en **Monografías Selectas de Derecho Internacional Privado**, Caracas, 1984, N° 26, pp. 62-65).

<sup>258</sup> VISO, Julián. **Proyecto de Código Civil**, Caracas, 1854, pp. 10-11.

<sup>259</sup> PARRA-ARANGUREN, Gonzalo. "Los Antecedentes de la Codificación Civil y el Derecho Internacional Privado venezolano (1810-1862)", "Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello", Caracas, 1966, N° 2, pp- 77-143, reproducido en **Monografías**, op. cit., Nos. 26-40, pp. 61-82).

Andrés Bello, con el aditamento de la *comitas gentium* para justificar la aplicación de las leyes extranjeras, en un todo acorde con las ideas predominantes en la doctrina venezolana de la época <sup>260</sup>.

182. El licenciado Luis Sanojo expuso sus ideas sobre Derecho Internacional Privado en el tomo I de sus *Instituciones de Derecho Civil Venezolano* (Nos. 36-58, páginas 34-67), cuando comentó el “Título Preliminar” del Código Civil promulgado el veinte de febrero de 1873; y en el “Prólogo” hizo, entre otros, el siguiente señalamiento:

“Nuestro principal trabajo ha sido extractar la buena doctrina de los autores que hemos tenido a mano. Toullier, Troplong, Savigny, Demolombe, Mourlon, Pacifi Mazzoni son los autores que con más frecuencia hemos consultado, muy especialmente los dos últimos y más todavía Mazzoni, que nos ha servido de guía, y de quien no pocas veces hemos copiado largos pasajes, por ser un excelente expositor del código italiano sobre el cual está calcado el nuestro. Pocas veces los hemos nombrado, por no aumentar el volumen de nuestro libro con las repetidas citas que habríamos tenido que hacer. Pero aquí lo decimos una vez por todas: con excepción de uno que otro punto en que nuestra legislación se aparta de la que comentaron aquellos ilustres maestros y de otros en que nos hemos separado de su opinión, toda la doctrina que exponemos es tomada de ellos” <sup>261</sup>.

183. No obstante mencionarlo dentro de sus fuentes de inspiración resulta difícil establecer si el Licenciado Luis Sanojo consultó en forma directa las enseñanzas de Federico Carlos de Savigny. En efecto, algunos años antes obtuvo la información de manera indirecta, cuando utilizó sus argumentos para comentar la tarea codificadora, pues dejó constancia expresa de haber tomado

---

<sup>260</sup> A título de ejemplo cabe recordar la comunicación dirigida por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Venezuela al Encargado de Negocios de España, fecha veinticinco de noviembre de 1863, donde se afirmaron con toda energía los postulados de la doctrina holandesa según fueron reproducidos en la obra de J.J.G. Foelix (*Memoria del Ministerio de Relaciones Exteriores*, Año 1863, documento N° 8, pp. 47-48); y en el mismo sentido se expresó el dictamen del Consejo de Gobierno, aprobado el veintidós de diciembre de 1863 (*Secretaría del Interior*, Archivo General de la Nación, año 1865, tomo DCCXLVII, pp. 437-446). Idénticos conceptos sostuvo Felipe Larrazábal en varios artículos publicados en el periódico *El Federalista*, donde reiteró los planteamientos de Joseph Story según los reprodujera Foelix (*El Federalista*, N° 106, Caracas, tres de diciembre de 1863).

<sup>261</sup> SANOJO, Luis, *Instituciones de Derecho Civil Venezolano*, Tomo I, Caracas, 1873, p. 31.



la cita del análisis hecho por Lerminier del libro: "De la Vocación de nuestro siglo respecto de la legislación y la jurisprudencia"<sup>262</sup>.

184. Por otra parte, el licenciado Luis Sanojo no hizo ninguna cita del "Sistema de Derecho Romano Actual", ni siquiera aparece mencionado el nombre de Savigny en sus explicaciones sobre Derecho Internacional Privado, hechas en las **Instituciones de Derecho Civil Venezolano**. Sin duda alguna, este silencio resulta muy difícil de entender porque algunas páginas antes de iniciar el estudio de los problemas de colisión de las leyes en el espacio se había referido en dos oportunidades a Savigny<sup>263</sup>, en forma conjunta con Vattel<sup>264</sup> y con Bello<sup>265</sup>, cuando examinó el problema de la interpretación de las leyes.

185. El silencio del licenciado Luis Sanojo resulta todavía más significativo cuando se recuerda su categórica afirmación:

"El gran principio general que domina todo el asunto y que sirve como de criterio para resolver los casos particulares que se presenten en la práctica es que deben aplicarse las leyes extranjeras cuando así lo exijan los miramientos (comitas) que se deben las naciones entre sí y su conveniencia recíproca. Principio vago y general, pero que debe aceptarse en esos términos, en atención al gran número de relaciones jurídicas que ocurren entre individuos de distintas naciones"<sup>266</sup>.

El licenciado Luis Sanojo sostuvo asimismo:

"El efecto que las leyes de un país hayan de tener en otro depende exclusivamente del consentimiento, tácito o expreso, de éste... Por ello cuando la ley de una nación tiene disposiciones relativas a la observancia de las leyes extranjeras,

---

<sup>262</sup> SANOJO, Luis. **Juicio sobre el Código Civil**, Caracas, 1867, p. 2.

<sup>263</sup> El párrafo final del número 30 de Sanojo es una cita textual de Savigny, sin indicación de su fuente; y en el número 31 utiliza la distinción entre motivos subjetivos y objetivos del Legislador hecha por Savigny en el Capítulo Cuarto (Nos. XXXII-LI) del Tomo Primero de su "Sistema de Derecho Romano Actual" (Op. cit., Tomo I, pp. 24-27).

<sup>264</sup> La referencia es al libro: **Le Droit des gens**, Liv. II, N° 288.

<sup>265</sup> La cita de Bello es a sus **Principios de Derecho Internacional**, Part. 1ª, cap. 10, N° 3º, número 13 y su nota.

<sup>266</sup> SANOJO, **Instituciones**, Tomo I, op. cit., N° 37, p. 35.

debe cumplírselas. Es sólo en el caso en que calle la ley del país sobre algún punto determinado, cuando pueden los tribunales juzgar, en los casos particulares que ocurran, hasta donde deben observarse las leyes extranjeras, atendiendo a la conveniencia universal y a la práctica general del mundo civilizado”<sup>267</sup>.

186. Desde esta perspectiva el licenciado Luis Sanojo hizo las siguientes explicaciones adicionales en relación con Venezuela:

“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 la de todos los pueblos cultos. Es, pues, del dominio del expositor de aquel Código discurrir sobre aquellas reglas, y tratar de establecerlas de la manera más sólida y conforme con los principios. Es indudable, como dice Foelix, 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 soberanía y el interés de sus propios súbditos. Esta es la doctrina profesada por todos los autores que han escrito sobre la materia y establecida en consecuencia por el Derecho Internacional”<sup>268</sup>.

187. Según puede apreciarse por la lectura de las transcripciones anteriores, las ideas del licenciado Luis Sanojo no pueden identificarse con el estricto rigor de la cortesía internacional (**comitas gentium**); y, en lugar de sostener la aplicación de la propia ley, reconoció a los jueces una función integradora del ordenamiento jurídico venezolano para resolver los casos conectados con varias legislaciones de conformidad con las directrices aceptadas por el Derecho Internacional. Por tanto, se comprenden sin dificultad las palabras del doctor Lorenzo Herrera Mendoza cuando enjuició la doctrina del licenciado Luis Sanojo en los términos siguientes:

“Fuera de sus profundos conocimientos generales, tuvo por maestros en esta disciplina científica a Foelix y a Savigny. Sanojo se maneja con soltura y

---

<sup>267</sup> SANOJO, *Instituciones*, Tomo I, op. cit., N° 36, p. 34.

<sup>268</sup> SANOJO, *Instituciones*, Tomo I, op. cit., N° 36, pp. 34-35.

criterio firme, aun en medio de las más serias oscuridades y dificultades. Y donde culmina principalmente su sapiencia es cuando examina los temas que se hallan fuera de las previsiones legislativas y de la teoría general por él seguida, o sea, cuando el expositor de 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. En las cuestiones propiamente estatutarias, Sanojo se inspiró en Foelix, a quien citó varias veces (*Traité de Droit International Privé*, París, 1843, 2 tomos). Y en el resto, siempre que pudo manejarse más libremente, siguió la 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<sup>269</sup>.

188. En forma prácticamente simultánea con las explicaciones del licenciado Luis Sanojo, el doctor Cecilio Acosta expuso sus ideas sobre Derecho Internacional Privado en algunos breves estudios, con numerosas referencias a los autores más importantes de la época, que fueron recopilados en sus **Obras Completas**, publicadas en 1908 por orden del Presidente de la República, General Cipriano Castro<sup>270</sup>; y de acuerdo con las concepciones predominantes en la época, el doctor Cecilio Acosta sostuvo, como primer principio, que "toda nación puede legislar en lo civil y en lo criminal para las personas y cosas que están dentro de su jurisdicción territorial". Sin embargo, reconoció asimismo "que hoy todas las naciones civilizadas están de acuerdo en que en ciertos casos, aun sin poner en cuenta la costumbre y los tratados, les es útil por conveniencia y cortesía (*ex comitate*) aplicar las leyes extranjeras"<sup>271</sup>.

<sup>269</sup> HERRERA MENDOZA, Lorenzo. "La Escuela Estatutaria en Venezuela y su Evolución hacia la Territorialidad", Caracas, 1943; *Temas Conexos*, Caracas, 1961, p. 164-165.

<sup>270</sup> ACOSTA, Cecilio. "Estudios de Derecho Internacional. Derecho de Legislación", *Obras Completas*, Tomo I, Caracas, 1908. Los artículos, reunidos bajo el rubro "Estudios de Derecho Internacional", no incluyen la totalidad de su producción y se encuentran precedidos de la siguiente advertencia: "No dejó el autor concluido un tratado completo de esta materia, y además faltan entre los originales algunas partes que no han podido hallarse. Esto último se verá indicado como de costumbre por líneas de puntos suspensivos. Parece que de estos Estudios, el último -sobre Trento- fue escrito pocos años antes de 1880 y el resto en años anteriores" (*Op. cit.*, Tomo I, p. 17).

<sup>271</sup> ACOSTA, *op. cit.*, Tomo I, p. 30.

189. En sus explicaciones sobre temas concretos, el doctor Cecilio Acosta afirmó la necesaria intervención del orden público para descartar la competencia, reconocida en principio a la *lex loci actus* para regir la forma y los efectos de los contratos, porque “la conveniencia y la cortesía entre naciones (**comitas**), es para provecho y no para sacrificio”. De inmediato, con el propósito de ejemplificar esta intervención recordó que “en este particular Savigny trae la hipótesis de una persona sometida por la ley personal de su país a la ley del patrimonio religioso, que lo contraiga en otro país, donde aquél o no se conoce o no es obligatorio; y sostiene que no se ha creado vínculo alguno y que el acto es inválido”<sup>272</sup>. De esta manera queda demostrado su conocimiento de las enseñanzas de Savigny, en forma directa o indirecta pues no menciona la fuente; aun cuando, sin duda alguna, no dejaron huella perceptible en la concepción del Derecho Internacional Privado del doctor Cecilio Acosta.

190. A reserva de una investigación más completa, que escapa de los límites de este trabajo, resulta posible afirmar que el “Sistema de Derecho Romano Actual”, no fue objeto de consulta directa por los juristas venezolanos que estudiaron problemas de Derecho Internacional Privado en las últimas décadas del siglo XIX y comienzos del presente. Sin embargo, también parece indudable que las enseñanzas de Savigny tuvieron difusión en Venezuela, al menos en forma indirecta, a través de autores de gran prestigio en nuestro país, como lo fueron, en particular, el Tratado de J.J.G. Foelix, con las anotaciones de Charles Demangeat; las explicaciones de Pasquale Fiore, inclusive su crítica de la metodología savigniana a partir de la tercera edición<sup>273</sup>; y las valiosas contribuciones del holandés Tobías M.C. Asser, con las notas complementarias

<sup>272</sup> ACOSTA, *op. cit.*, Tomo I, p. 33.

<sup>273</sup> En la primera edición de sus *Elementi di Diritto Internazionale Privato*, publicada en Florencia en 1869, Pasquale Fiore “siguió la dirección propuesta por Savigny”, y en el mismo sentido se orienta la segunda edición de 1874, que constituyó una mera reproducción de la primera, por cuanto, según informa el propio autor le agregó “únicamente un apéndice con diferentes disposiciones relativas a la materia” (*Op. cit.*, p. 39); pero, como explicó en su tercera edición de 1888, “después de estudios concienzudos” consideró criticable la metodología savigniana orientada a la determinación de la ley aplicable a través de la localización del asiento de la relación jurídica controvertida, pues “nos hemos convencido de que para resolver el problema es necesario determinar los límites de la autoridad de cada ley, en cuanto al espacio, y precisar cuándo debe ser territorial y cuándo extraterritorial la eficacia de cada precepto imperativo” (**Derecho Internacional Privado o Principios para resolver los Conflictos entre las leyes civiles, comerciales, judiciales y penales de los diversos Estados. Versión española anotada por don Alejo García Moreno. Segunda Edición completamente refundida y considerablemente ampliada. Tomo I, Madrid, 1889, N° 32, pp. 102-103).**

de Alfonso Rivier<sup>274</sup>; del belga François Laurent y del francés André Weiss<sup>275</sup>. Por otra parte, determinadas opiniones de Savigny sobre temas concretos también se divulgaron gracias a las numerosas citas que se encuentran tanto en la "Exposición de Motivos" del Tratado de Lima de 1878 como en los documentos preparatorios del Tratado de Derecho Civil, suscrito en Montevideo en 1889.

191. La afirmación anterior encuentra manifiesto apoyo en los trabajos de los autores venezolanos más importantes en las últimas décadas del siglo pasado y comienzos del presente. En efecto, el primer tomo del **Derecho Internacional Hispano-Americano (Público y Privado)**, publicado en 1884 por el doctor Rafael Fernando Seijas, tuvo como propósito "codificar la legislación internacional hispano-americana, interna y externa, en síntesis breve y clara, como consecuencia de los antecedentes"; y, además de reproducir la "Exposición de Motivos", en las conclusiones generales, que afirmó tenían carácter de "definitivas, pasadas en autoridad de cosa juzgada", se limitó a repetir las reglas sobre escogencia de la ley aplicable consagradas por el Tratado de Lima de 1878<sup>276</sup>.

192. Los **Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil Venezolano** del doctor Ramón F. Feo, publicados entre 1904 y 1907, incluyeron algunas explicaciones sobre Derecho Internacional Privado, cuando comentó el orden de prelación de las fuentes jurídicas establecido por su artículo undécimo y los preceptos relativos a la eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras en Venezuela<sup>277</sup>. En ambos casos transcribió las partes pertinentes del Tratado de Lima de 1878, la opinión de los miembros de la mayoría de la Comisión que preparó el Proyecto y las soluciones definitivas del "Tratado de Derecho Civil" suscrito en Montevideo en 1889<sup>278</sup>.

<sup>274</sup> El **Derecho Internacional Privado**, de Tobías M.C. Asser, con las anotaciones de Alfonso Rivier, fue traducido al español por Joaquín Fernández Prida, adicionada de un prólogo y notas complementarias.

<sup>275</sup> La quinta edición del **Manual de Derecho Internacional Privado** de André Weiss fue traducida al español en 1912, en dos tomos, por el profesor argentino Estanislao Zeballos, con un prólogo y notas complementarias.

<sup>276</sup> SEIJAS, Rafael Fernando. **Derecho Internacional Hispano-Americano (Público y Privado)**, Tomo I, Caracas, 1884, pp. 222-224; 236-240.

<sup>277</sup> En relación con este último tema, el doctor Ramón F. Feo utilizó con gran amplitud, entre otras fuentes, la monografía de Pasquale Fiore: **Effetti Internazionali delle Sentenze e Degli Atti. Parte Prima. Materia Civile**, Pisa-Roma-Turín-Florenca, 1875.

<sup>278</sup> FEO, Ramón F. **Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil Venezolano**, Tomo I, Caracas, 1904, pp. 39-42, Tomo III, Caracas, 1907, pp. 189.

<sup>280</sup> FEO, *op. cit.*, Tomo III, p. 182.

<sup>281</sup> FEO, *op. cit.*, Tomo I, p. 36.

<sup>282</sup> A este respecto recordó que "la teoría de los estatutos ha sido combatida por Fiore, Laurent y otros notables escritores, como deficiente e incorrecta y va cayendo en desuso según se asevera en estudios más recientes".

<sup>283</sup> FEO, *op. cit.*, Tomo I, p. 37.

que forman parte integrante el territorio nacional, se ha adoptado la regla de que, en la duda de si una ley es personal o real, se considere como de esta última especie; y que para decidir si la cosa es mueble o raíz se atienda a la ley del lugar de la situación”. Por último, hizo la siguiente recomendación: “En todo caso nunca está demás cuenta circunspección y prudencia muestren los jueces cada vez que se exija la aplicación de la ley extranjera con preferencia a la nacional, y en general en todo asunto que se relacione con el Derecho Internacional Privado”<sup>284</sup>.

197. La ausencia de toda mención a Federico Carlos de Savigny constituye denominador común de todos los autores venezolanos que aceptaron las fórmulas más severas de la territorialidad de la ley, en seguimiento de rancias doctrinas medioevales. En efecto, el doctor Aníbal Dominici expuso sus ideas sobre Derecho Internacional Privado en sus **Comentarios al Código Civil Venezolano** de 1896, cuando explicó el “Título Preliminar”; y en su “Prólogo” hizo la siguiente advertencia en términos generales:

“Con el fin de ayudar en sus tareas a la juventud venezolana, que parece hoy más inclinada que antes a la ciencia del Derecho, hemos escrito estos Comentarios, producto de notas y apuntaciones recogidas en el espacio de cerca de diez años que regentamos la cátedra de Código Civil y de Código de Comercio en la Universidad Central de la República. Hemos procurado poner al alcance de los estudiantes la buena doctrina jurídica, esparcida en los mejores tratados de los jurisconsultos franceses e italianos, sin especificar autores para no alargar la lectura con citas y referencias”<sup>285</sup>.

198. Sin embargo, un silencio similar se observa en otros escritores venezolanos de la época, no obstante haber defendido con entusiasmo los nuevos derroteros científicos encauzados dentro de la doctrina italiana de la personalidad del derecho. En efecto, a título de ejemplo, el doctor C. L. Mendoza no hizo cita alguna de Savigny en correspondencia al doctor Rafael Fernando Seijas fechada el diecisiete de septiembre de 1884, a pesar de sostener en términos categóricos:

<sup>284</sup> FEO, *op. cit.*, Tomo I, p. 38.

<sup>285</sup> DOMINICI, Aníbal. *Comentarios al Código Civil Venezolano*, “Prólogo”, Tomo I, Caracas, 1897, pp. xxv-xxvi.

"Adoptamos el fecundo lema en que funda Fiore su sistema, a saber: "Los Estados deben coexistir armónica y jurídicamente en la gran sociedad que se llama el género humano". Que el principio de Libertad, inseparable de la Justicia, sea la norma de nuestras relaciones públicas, como debe ser el regulador de nuestro comercio privado"<sup>286</sup>.

199. En Conferencia dictada en el Colegio de Abogados del Distrito Federal sobre **El dominio del Derecho Internacional Privado en la Legislación venezolana**, el doctor Carlos F. Grisanti no hizo referencia alguna a las enseñanzas de Savigny, aun cuando defendió con toda energía el principio de la personalidad de la ley, en la formulación del "eminente jurisconsulto" francés André Weiss; y, al examinar el tema relativo a protección de los extranjeros, tan sólo se refirió a las opiniones de Andrés Bello, Carlos Calvo en su edición francesa, Pasquale Fiore y August Wilhelm Heffter, en la traducción española<sup>287</sup>.

200. El doctor Carlos F. Grisanti tampoco mencionó las enseñanzas de Savigny en su Conferencia sobre **El Contrato de Matrimonio a la Luz del Derecho Internacional Privado**, pronunciada en 1903 en el Colegio de Abogados del Distrito Federal; y tan sólo hizo referencia a las opiniones de François Laurent, de Pasquale Fiore y de Manuel Quintana, estas últimas expresadas con motivo

---

<sup>286</sup> SEIJAS, *op. cit.*, Tomo II, Caracas, 1884, pp. XIV-XV. En esa misma oportunidad hizo referencia al "supremo combate" entre realistas y personalistas en materia sucesoral, para formular de inmediato el siguiente planteamiento: "¿Por qué nosotros, que no tuvimos Edad Antigua ni Edad Media, que somos de ayer, y nacimos a la vida de las naciones proclamando libertad y República, esto es, invocando la preeminencia de los intereses del individuo, cuando se mueve en la órbita de sus deberes -¿por qué hemos de conservar resabios y tradiciones feudales? Acaso porque no hemos podido contar con la reciprocidad de los demás Estados; pero fuera de que ésta no es razón que deba obstar para establecer lo justo, es de trascendental conveniencia para esos jóvenes países la doctrina moderna".

<sup>287</sup> *Anales de la Universidad Central de Venezuela*, Tomo I, Caracas, 1900, pp. 448-459; 693-701. A este respecto cabe advertir que los textos aprobados por el Gobierno Nacional para la enseñanza del Derecho Internacional eran las obras de Carlos Clavo y A. W. Heffter, según se desprende del Informe del Rector de la Universidad Central al Ministerio de Instrucción Pública, fechado el veinticuatro de diciembre de 1886. (*Memoria del Ministro de Instrucción Pública*, Año 1887, p. 281). La obra de Heffter, *Das europäischen Völkerrecht*, fue publicada en 1844, y existe una traducción española, hecha por G. Lizarraga en 1875 de la versión francesa preparada por M. Bergson, con vista de la quinta edición alemana. Carlos Calvo publicó en lengua española, en 1868, la primera edición de su *Derecho Internacional teórico y práctico de Europa y América*; aun cuando la segunda, tercera y cuarta ediciones aparecieron en idioma francés (1870-1872, 1880-1881, 1887-1888).

del examen del "Tratado de Derecho Civil", suscrito en Montevideo en 1889<sup>288</sup>.

201. En el mismo año de 1903 el doctor Angel César Rivas, quien algún tiempo más tarde fue Profesor Titular de la Cátedra en la Universidad Central de Venezuela, en su artículo **Sobre el Contrato de Matrimonio en Derecho Internacional Privado** replicó los conceptos que había emitido el doctor Carlos F. Grisanti; y, no obstante reconocer su conformidad con los adelantos de la ciencia, en términos enfáticos sostuvo la opinión contraria, para declarar aplicable la ley venezolana a los efectos del matrimonio sobre los bienes ubicados en el territorio de la República. En apoyo de su solución sostuvo que el mandato del artículo octavo del Código Civil de 1896<sup>289</sup> "deberá comentarse, a pesar de los adelantos de la ciencia, con el espíritu receloso y egoísta de los hombres de la Edad Media", porque "en él vive y fructifica el viejo sistema de la territorialidad del Derecho, por el cual es el hombre un accesorio de la gleba"; y, en consecuencia, afirmó: "si el contrato de matrimonio no pertenece al estatuto real, basta que en uno de sus efectos se relacione directamente con el régimen de los bienes para que a éstos se les aplique el artículo 8 del Código Civil"<sup>290</sup>.

202. En vista de la diferencia de criterios entre personalidades de tanta importancia en el medio forense venezolano, respecto al régimen de los bienes en el matrimonio a falta de capitulaciones, el Código de Abogados del Distrito Federal decidió someter el asunto al dictamen de una comisión compuesta por

---

<sup>288</sup> *Anales de la Universidad Central de Venezuela*, Año 1904, tomo V, Número III, pp. 1-18; *Revista de Ciencias Políticas*, Tomo I, Caracas, 1908, pp. 130-139; reproducido en el *Boletín de la Biblioteca de los Tribunales del Distrito Federal. Fundación Rojas Astudillo*, Años 1976-1977, Número 21, pp. 191-202.

<sup>289</sup> El artículo 8 del Código Civil de 1897, modificó el mandato de los Códigos anteriores de 1873 y 1880, de acuerdo con el cual "los bienes inmuebles, aunque estén poseídos por extranjeros, se registrarán por las leyes venezolanas"; y el nuevo texto dispuso: "Los bienes muebles o inmuebles situados en Venezuela aunque estén poseídos por extranjeros, se registrarán por las leyes venezolanas". La reforma había permitido afirmar al doctor Aníbal Dominici: "esta regla constituye una innovación en las de nuestro Derecho Internacional Privado, porque en lo adelante respecto de las sucesiones hereditarias de bienes muebles no se podrá pretender que se determinen por la ley del domicilio del *de cujus*, ni por la de su origen, y queda fijada nuestra doctrina legal en materia que se había dejado a la jurisprudencia" (Op. cit., Tomo I, Prólogo, p. XXI).

<sup>290</sup> *Revista de Ciencias Políticas*, Tomo I, Caracas, 1908, pp. 307-309; reproducido en el *Boletín de la Biblioteca de los Tribunales del Distrito Federal. Fundación Rojas Astudillo*, Años 1976-1977, Número 21, pp. 203-206.



los doctores Ramón F. Feo, Félix Montes y Tomás Mármol. En su Informe, rendido el veinte de julio de 1903, la comisión no mencionó la opinión de Federico Carlos de Savigny, pero hizo referencia a los puntos de vista expresados por Pasquale Fiore, François Laurent, Vicent y Penaud, con especial recordatorio de la solución adoptada por el Congreso de Juristas reunido en Lima en 1878; y, en última instancia, acogió la solución defendida por el doctor Carlos F. Grisanti, "por considerarla como de mayor favor en el mundo científico", no obstante el mandato del artículo octavo del Código Civil de 1896 <sup>291</sup>.

203. El absoluto silencio del doctor Carlos F. Grisanti tuvo particular repercusión en el medio jurídico venezolano, en virtud de haber sido el Profesor Fundador de la cátedra de Derecho Internacional Privado en la Universidad Central de Venezuela, creada en 1897 <sup>292</sup>. En consecuencia, a pesar de sus ideas en un todo acordes con los avances de la ciencia, era imposible imaginar que recomendará la consulta del "Sistema de Derecho Romano Actual".

204. Los Informe presentados anualmente por el Rector de la Universidad Central de Venezuela al Ministerio de Instrucción Pública, a fin de cumplir el mandato legal, comprueban las dificultades para consultar en su fuente las enseñanzas de Federico Carlos de Savigny. En efecto, el "Informe" de 1900 sólo menciona "el profesor" cuando se refiere a los textos recomendados a los alumnos en el curso de "Legislación Comparada y Derecho Internacional Privado" <sup>293</sup>; en el año siguiente se indica únicamente el "Derecho Internacional Privado" de Tobías M.C. Asser y Alfonso Rivier <sup>294</sup>; y algunos años más tarde,

---

<sup>291</sup> *Anales de la Universidad Central de Venezuela*, Año X, tomo X, N° II, pp. 231-246; *Revista de Ciencias Políticas*, Tomo I, Caracas, 1908, pp. 310-318; reproducido en el *Boletín de la Biblioteca de los Tribunales del Distrito Federal. Fundación Rojas Astudillo*, Años 1976-1977, N° 21, pp. 207-216. La cita de Vicent et Penaud es a la obra: René Vicent - Edouard Pénaud. *Dictionnaire de Droit International Privé (Legislation - Doctrine - Jurisprudence françaises)*, Paris, 1888.

<sup>292</sup> La cátedra independiente para enseñar Derecho Internacional Privado sólo fue creada por Decreto Ejecutivo de veintisiete de septiembre de 1896; y dos semanas más tarde el doctor Carlos F. Grisanti fue nombrado Profesor Titular de la nueva cátedra en la Facultad de Ciencias Políticas de la Universidad Central de Venezuela (*Memoria del Ministerio de Instrucción Pública. Año 1898*, Documento N° 5, pp. 90, ss.).

<sup>293</sup> *Anales*, 1900, Año I, Tomo I, número 3, pp. 612-613. El Reglamento de la Facultad de Ciencias Políticas de fecha primero de abril de 1898 creó ocho cátedras y en la séptima, *De Legislación comparada*, se debía enseñar, en el último año de la carrera, *Legislación Comparada y Derecho Internacional Privado (Recopilación de Leyes y Decretos de Venezuela*, Tomo XXI, N° 8058, p. 41)

<sup>294</sup> *Anales*, 1901, Año II, Tomo II, Número 3, pp. 706-707.

en el Informe correspondiente a los años 1905 - 1906 son mencionados como existentes en la Biblioteca las obras de Carlos Carlos ("Le Droit International Theorique et Pratique"), en seis volúmenes; André Weiss ("Droit International Privé"), en cinco tomos y Pasquale Fiore ("Droit International Privé"), en tres volúmenes <sup>295</sup>.

205. La falta de toda mención expresa de Savigny en las explicaciones del doctor Carlos F. Grisanti necesariamente había de proyectarse en sus alumnos, aún en los más aprovechados. Así lo demuestra la tesis de grado para optar el título de doctor en Ciencias Políticas de uno de sus discípulos predilectos, el doctor Lorenzo Herrera Mendoza, quien examinó la "Autoridad Extraterritorial de las Leyes sobre el Matrimonio". En efecto, ninguna referencia crítica se encuentra a la competencia de la ley del domicilio del futuro marido afirmada por Savigny para regular la capacidad matrimonial de la mujer, ni tampoco se menciona su criterio en relación a la obligatoriedad de cumplir en el extranjero las formalidades religiosas impuestas por la ley del domicilio.

No obstante, el doctor Lorenzo Herrera Mendoza hizo una vigorosa defensa de la doctrina de la personalidad del derecho y la contrapuso a la teoría de la territorialidad de la ley, con expresa cita de las opiniones en el mismo sentido de Pasquale Fiore, en su "Derecho Internacional Privado", versión española de 1888; François Laurent en "Le Droit Civil International", y del "Traité Elementaire de Droit International Privé" de Andrés Weiss publicado en 1890. Además de estos autores, en la Bibliografía de libros consultados indicó los siguientes: Tobías Asser ("Derecho Internacional Privado", en su versión española de García Moreno, 1888; Carlos Calvo ("Le Droit International théorique et pratique"); Aníbal Dominici ("Comentarios al Código Civil Venezolano"); A. W. Heffter (Derecho Internacional Público de Europa, 1875) y Luis Sanojo ("Instituciones de Derecho Civil Venezolano") <sup>296</sup>.

---

<sup>295</sup> Memoria del Ministerio de Instrucción Pública, Año 1907, tomo VIII, pp. 27, 169. A este respecto es de recordar que el veinticuatro de septiembre de 1900 el Rector acordó "fundar en una de las salas de la Universidad Central una biblioteca de textos que se pondrá a disposición de los estudiantes"; resolución fundamentada en los siguientes Considerandos: "que en las librerías de la capital se encuentran difícilmente los textos que los catedráticos recomiendan a los cursantes; y que, aun así, están aquellos, por su precio elevado, fuera de los recursos de gran parte de los mismos" (Anales, 1900, Año I, N° 3, p. 562).

<sup>296</sup> Anales de la Universidad Central de Venezuela, 1902, Año III, Tomo III, Nos. 3-4, pp. 403-510. Los miembros del Jurado fueron los doctores Angel César Rivas, J. B. Bance y J. B. Pérez. El autor dedicó su tesis de grado a sus padres y hermanos y a su catedrático de Derecho Internacional Privado, doctor Carlos F. Grisanti, "como homenaje de admiración y respeto".

206. Las opiniones territorialistas del doctor Aníbal Dominici fueron criticadas con gran energía en el estudio sobre **Los Conflictos de Leyes en el Código Civil Venezolano**, presentada por el doctor Diego Arreaza Romero como tesis de grado para optar el título de Doctor en Ciencias Políticas; y en términos categóricos sostuvo la compatibilidad de las disposiciones del Título Preliminar del Código Civil de 1904 con la doctrina de la personalidad del Derecho expuesta por André Weiss, con la restricción del orden público y las atenuaciones derivadas de la regla *locus regit actum* y el principio de la autonomía de la voluntad <sup>297</sup>.

207. No obstante la recalcitrante posición adoptada en 1903 al examinar el régimen de los bienes en el matrimonio, oportunidad en la cual no era imaginable siquiera la cita favorable de las enseñanzas de Savigny, las ideas del doctor Angel César Rivas fueron evolucionando para adecuarse a los adelantos de la ciencia; y en su estudio titulado: **De la observancia de la ley extranjera y su garantía**, aparecido en 1906, afirmó el deber del Juez de investigarla de oficio cuando era declarada competente por la norma de Derecho Internacional Privado; y también sostuvo la posibilidad de interponer recurso de casación en los casos de su infracción por los jueces de instancia.

Aun cuando ninguna mención se encuentra de las enseñanzas de Federico Carlos de Savigny, el artículo del doctor Angel César Rivas se caracteriza por la abundancia de sus referencias a diversos autores extranjeros, con particular señalamiento de las contribuciones hechas por Pascuale Stanislao Mancini y Ludwig von Baren al "Journal de Droit International" (1875, 1888); y de las ideas expuestas por Tobías Asser, Charles Brocher, Frantz Despagnet, J.J.G. Foelix, Armand Lainé, Robert Phillimore y Joseph Story <sup>298</sup>.

208. En la época inmediata posterior el doctor Angel César Rivas colaboró con importantes revistas especializadas en Derecho Internacional Privado: gracias a su iniciativa fue reproducida en el **Journal de Droit International Privé et de Législation Comparée** la decisión que admitió el reenvío de primer grado, "sin discutirlo", dictada por la Corte Superior del Distrito Federal en veinticuatro

<sup>297</sup> ARREAZA ROMERO, Diego. *Los Conflictos de Leyes en el Código Civil Venezolano*, Caracas, 1907, pp. 23-28.

<sup>298</sup> *Anales de la Universidad Central de Venezuela*, Tomo VII, 1906, pp. 257-286.

de septiembre de 1906<sup>299</sup>; y algunos años más tarde escribió una síntesis sobre **Le Droit International Privé et Pénal du Venezuela**, publicada en 1912 en la **Revue de Droit International Privé et de Droit Pénal International**<sup>300</sup>.

Ahora bien, en esta oportunidad el doctor Angel César Rivas tampoco mencionó las enseñanzas de Federico Carlos Savigny, aun cuando sostuvo con toda energía que los términos utilizados por el Legislador venezolano indicaban claramente su rechazo del sistema de la cortesía (**comitas gentium**); y también su preferencia por la concepción doctrinaria que considera la aplicación del Derecho extranjero como una obligación internacional de los Estados, fundamentada en el necesario respeto mutuo que se deben las diversas soberanías en su cualidad de miembros de una sola y única comunidad internacional<sup>301</sup>.

209. Particular interés ofrecen sus explicaciones sobre la ley aplicable a los bienes de acuerdo con el sistema venezolano de Derecho internacional porque representan una modificación absoluta de las ideas que expuso en su artículo de 1903, cuando defendió con toda energía el principio de la territorialidad; y, en términos escuetos, pero muy enfáticos, sostuvo que el artículo octavo del Código Civil consagra “la doctrina casi unánime de los países continentales que rechaza toda distinción entre los muebles y los inmuebles, considerados **uti singuli** para someterlos invariablemente a la **lex rei sitae**”. No obstante, de inmediato advirtió: “Sin embargo, el artículo 8 no va más allá y no implica la aplicación de la **lex rei sitae** a los muebles considerados **uti universiti**, porque en todas partes se les aplica la máxima **mobilia sequuntur personam**<sup>302</sup>.”

210. En el año académico de 1910, debido a la ausencia del profesor titular, correspondió al doctor Pedro Itriago Chacín terminar el año académico de la asignatura “Derecho Internacional Privado y Legislación Comparada” en la Universidad Central de Venezuela<sup>303</sup>. Sin embargo, sus enseñanzas sobre la ley

<sup>299</sup> *Journal de Droit International Privé et de Législation Comparée*, 1907, pp. 527-528.

<sup>300</sup> *Revue de Droit International Privé et de Droit Pénal International*, 1912, pp. 5-20.

<sup>301</sup> *Revue de Droit International Privé et de Droit Pénal International*, 1912, pp. 16-17.

<sup>302</sup> *Revue de Droit International Privé et de Droit Pénal International*, 1912, p. 13.

<sup>303</sup> El diecisiete de mayo de 1909 fue nombrado Profesor Interino de la Cátedra de Legislación Comparada y Derecho Internacional Privado mientras dure el impedimento del profesor en propiedad, el doctor Carlos F. Grisanti (*Anales*, 1909, Año X Tomo X, Número 2, p. 348), quien se reintegró a a la cátedra de Tercer Año de Derecho Civil Patrio hoy Derecho Mercantil, el quince de agosto de 1911 (*Anales*, 1911, Año XII, Tomo XII, N° 4, p. 495).

aplicable a los bienes, no hicieron mención alguna de Federico Carlos de Savigny: y tan solo advirtió a los alumnos que sus explicaciones "única e imperfectamente contienen las opiniones, algunas veces literales, de Weiss, Laurent, Fiore y otros, y, como en vía adecuada para la comparación y el estudio, la paralela exposición del sistema adoptado en Venezuela para regular los bienes" <sup>304</sup>. Ahora bien, sus palabras a este respecto fueron lapidarias cuando afirmó: "Está, pues, fuera de duda que nuestra legislación ha adoptado para el régimen de los bienes el sistema de la territorialidad, admitiendo únicamente la ley extranjera en cuanto se relacione con el estado y capacidad de las personas y con la forma de los actos" <sup>305</sup>.

211 Sin embargo, el doctor Pedro Itriago Chacín se sintió obligado a agregar:

"Tal sistema, de una sencillez escuela y severa como un bloque sería recomendable en la práctica, si resultara conforme con el progreso y marcha general de las ideas a cuyo influjo los pueblos no se pueden sustraer sin perjuicio para su prosperidad. La creciente multiplicación de las relaciones internacionales reclama otros derroteros, y su tendencia, briosamente interpretada por el Legislador italiano, es la de constituir para todas las naciones una gran comunidad de Derecho, por la cual el espíritu del hombre, es decir, cuanto es en él actividad de todo orden, sin preocuparlo ni limitar sus fronteras, encuentren en todas partes su patria. La doctrina de la personalidad del Derecho predomina hoy en la ciencia por su evidente superioridad jurídica" <sup>306</sup>.

212. No obstante la ausencia de toda mención a las enseñanzas de Savigny en la capital venezolana, resulta digno de destacar que su doctrina fue conocida y aplicada, a comienzos del presente siglo, por el doctor Abel Santos, eminente juriconsulto originario de San Cristóbal. En efecto, en comentarios publicados en diciembre de 1912 sobre la eventual retroactividad del divorcio vincular,

---

<sup>304</sup> ITRIAGO CHACIN, Pedro. *Estudios Jurídicos*, Caracas, 1915, p. 111. En escritos posteriores, al examinar el régimen de los bienes el doctor Pedro Itriago Chacín reprodujo sus explicaciones universitarias, pero ya entonces hizo referencia expresa a las soluciones propuestas por Savigny (*En la Cátedra*, Caracas, 1930, p. 296; *Esbozos Literarios y Jurídicos*, Caracas, 1934, pp. 365-366).

<sup>305</sup> ITRIAGO CHACIN, *Estudios*, op. cit. p.121; *En la Cátedra* op. cit., p. 307; *Esbozos*, op. cit., p. 360.

<sup>306</sup> ITRIAGO CHACIN, *Estudios*, op. cit., pp.121. Párrafo repetido posteriormente: *En la Cátedra*, op. cit., pp. 307-308; *Esbozos*, pp. 360-361.

introducido en Venezuela en la reforma del Código Civil de 1904, hizo referencia a “la comunidad de Derecho de que nos habla Savigny”<sup>307</sup>; y, sin mencionarlo, también utilizó sus enseñanzas para la elaboración de un **Proyecto de Tratado entre Venezuela y Colombia en materias de Derecho Internacional Privado**, en cumplimiento de instrucciones recibidas del Ministerio de Relaciones Exteriores venezolano, en su carácter de Ministro Plenipotenciario y Enviado Extraordinario del Gobierno de Venezuela ante la República de Colombia<sup>308</sup>.

213. En efecto, en el **Informe anexo**, fechado el seis de febrero de 1911, el doctor Abel Santos explicó su método de trabajo y su concepción del Derecho Internacional Privado en los términos siguientes:

“Este ramo de las ciencias jurídicas no me ha parecido nunca que tenga otro objeto, sino el reglamentar las relaciones individuales y jurídicas entre personas que pertenecen a distintas naciones y de ninguna manera ordenar las que existen entre pueblos, ni entre éstos y sus nacionales, ni tampoco entre la diversas leyes de un mismo país... el concepto que dejo anteriormente expresado tiene, entre otras ventajas, la de dar fácil solución a cualquier conflicto, basta para ello determinar la relación jurídica entre los individuos y al estarlo, aquélla por sí misma indicará la regla jurídica que más conveniencias ofrece para su resolución; este procedimiento es práctico y racional y obliga a desechar por empírico el otro método, que empieza por buscar el principio que rige en la materia, para luego establecer numerosas excepciones y en ellas tratar de acomodar los conflictos que surgen. Ateniéndome a las reglas anteriores, he seguido en la generalidad de los casos el método de analizar la relación jurídica...”<sup>309</sup>.

214. El nueve de febrero de 1911 fue nombrado el doctor Francisco Gerardo Yanes Profesor de Derecho Internacional Privado en la Universidad Central de

---

<sup>307</sup> SANTOS, Abel. “De la retroactividad de la Ley de Divorcio en el Derecho Venezolano”, *Cuestiones de Derecho y otros Temas*, Caracas, 1970, p. 86.

<sup>308</sup> SANTOS, Abel. “Proyecto de Tratado entre Venezuela y Colombia en materias de Derecho Internacional Privado”, en *Cuestiones*, op. cit., pp. 219-258.

<sup>309</sup> SANTOS, op. cit., p. 222. El último párrafo del informe lee como sigue: “Cuando en apoyo traiga algunas citas, éstas pueden estar equivocadas, pues las hago de memoria. En la materia sólo he tenido a la vista los textos de las Convenciones de La Haya y Montevideo, el Tratado de Colombia con el Ecuador y las leyes de los países contratantes” (op. cit., p. 225).

Venezuela<sup>310</sup>; y algún tiempo más tarde, en 1912, publicó un **Memorándum de Derecho Internacional Privado. Para uso de los Estudiantes**<sup>311</sup>,

215. El **Memorándum** del doctor Francisco Gerardo Yanes, en las "Generalidades" de su Tercera Parte, hizo expresa referencia a Savigny para destacar los estrechos vínculos entre "los límites locales del imperio de las leyes" y sus "límites temporales"<sup>312</sup>; y en la Sección Segunda de la misma Tercera Parte reprodujo las explicaciones de René Foignet tanto sobre las enseñanzas de Savigny como en relación a las doctrinas angloamericanas y a las teorías de Mancini, Pillet y Lainé<sup>313</sup>.

316. Francisco Gerardo Yanes informó que "la doctrina de Savigny está planteada en el tomo 8 de **Tratado de Derecho romano**"; y de seguida hizo su síntesis, en una versión española de las explicaciones de René Foignet, en los siguientes términos:

"Existe para él un derecho propio al hombre y cada vínculo de derecho que crea. El derecho del individuo se determina, no por su origen sino por el lugar de su

---

<sup>310</sup> En el nombramiento del doctor Francisco Gerardo Yanes se menciona en el "Informe" de fecha veintisiete de febrero de 1912 dirigido por el Rector de la Universidad Central de Venezuela al Ministro de Instrucción Pública, bajo el rubro "Personal Docente" (*Anales*, 1912, Año XIII, Tomo XIII, número 1, p. 5).

<sup>311</sup> YANES, Francisco Gerardo. **Memorándum de Derecho Internacional Privado. Para uso de los Estudiantes**, Caracas, 1.912. El "Memorándum" se encuentra dividido en cinco grandes partes: "La Nacionalidad"; "La Condición de los Extranjeros"; "Reglas Generales del Conflicto de Leyes"; "Principales Aplicaciones de las Reglas del Conflicto de Leyes" y "Ejecución en Venezuela de las Sentencias Extranjeras". Esta división en cinco partes se encuentra también en el libro de René Foignet: *Manuel élémentaire de Droit International Privé à l'usage des étudiants et des candidats au carrières diplomatique et consulaire suivi d'un Résumé en Tableaux Synoptiques et d'un Recueil Méthodique des Principales Questions d'Examen*, 5ª edición, París, 1.919; libro que fue utilizado en forma casi textual por el doctor Francisco Gerardo Yanes en la materia objeto de examen en este trabajo, con la advertencia de haber sido inútiles las gestiones para consultar las ediciones anteriores de René Foignet, en particular aquélla que circulaba a comienzos de la segunda década de este siglo.

<sup>312</sup> YANES, *op. cit.*, p. 63.

<sup>313</sup> YANES, *op. cit.*, pp. 71-75. En relación a las ideas de Pillet repitió la advertencia de Foignet: "se ha objetado a esta doctrina el confundirse con la doctrina de Savigny; pues no hay ninguna diferencia entre la naturaleza del objeto de una ley y el fin social de ella"; y también reprodujo la opinión de Foignet respecto a la teoría de Lainé cuando sostuvo: "En lugar de encerrarse en una fórmula estrecha y rígida, como lo había propuesto d'Argentré, es más racional dividir y subdividir las materias y para cada una de ellas buscar la solución que parezca más conforme al sentimiento de la justicia. Es el método más racional y también el más fecundo. Es el que ha permitido obtener los resultados ofrecidos por la doctrina italiana al antiguo Derecho y cuyas soluciones han sido aprobadas por el Derecho moderno".

domicilio. Para determinar el Derecho aplicable a cada vínculo de Derecho creado por el hombre, es necesario investigar cuál es el asiento de este vínculo. Para las cosas materiales, cuál es el lugar de la situación; en materia de obligación es la ley del deudor, porque la obligación le impone una prestación y el tribunal competente es el del domicilio del deudor. En materia de sucesión, es la ley del domicilio del difunto, porque es una extensión del efecto de su voluntad más allá de la tumba, etc.”<sup>314</sup>.

De inmediato, según lo hiciera René Foignet, el doctor Francisco Gerardo Yanes señala como discípulos de Savigny a Ludwig von Bar en Alemania y a Charles Brocher en Suiza para agregar:

“Han simplificado considerablemente la doctrina del maestro. Para ellos el conflicto de las leyes debe cortarse por la aplicación de la ley que convenga más a la naturaleza del vínculo jurídico que se trata de reglar”<sup>315</sup>.

217. Por último, Francisco Gerardo Yanes reprodujo las críticas formuladas a Savigny por René Foignet cuando hizo los siguientes señalamientos:

“(a) A la doctrina de Savigny, se ha reprochado el atribuir artificialmente un asiento material a un vínculo de Derecho que es inmaterial. También se le ha criticado el conceder al individuo un derecho que le es propio, para luego quitárselo en el momento en que va a producir un efecto, al entrar en una relación de Derecho. (b) A la doctrina de sus sucesores, se ha reprochado la indecisión y vaguedad excesivas. La fórmula que adoptan plantea el problema en lugar de suministrar la solución”<sup>316</sup>.

218. No obstante la sintética exposición hecha por el doctor Francisco Gerardo Yanes y a pesar de aparecer indicado su “Memorandum” como una de las fuentes de consulta, el doctor Ramón Altuve no hizo mención alguna de las enseñanzas de Savigny en su tesis de grado, sobre **El Matrimonio en el Derecho Internacional Privado**, escrita en la ciudad de Mérida, de muy

---

<sup>314</sup> YANES, *op. cit.*, p. 74.

<sup>315</sup> YANES, *op. cit.*, p. 74.

<sup>316</sup> YANES, *op. cit.*, p. 74.



elevada tradición universitaria <sup>317</sup>; y al examinar la posibilidad del divorcio, en el último capítulo, rechazó expresamente la opinión de Asser en favor de la *lex fori*, pero sin referirse a Savigny que la había proclamado en términos enfáticos <sup>318</sup>.

219. Algunos años más tarde el doctor Orángel Rodríguez desde la ciudad de Maracaibo, en la costa occidental de Venezuela, hizo un detenido estudio de las razones por las cuales se aplica la ley extranjera en algunos supuestos de hecho vinculados con varias legislaciones; y después de recordar las diversas doctrinas concluyó proponiendo su propia teoría "con el título de **concepto jurídico de mejor vida jurídica**, que declara el fuero jurídico de la **comitas gentium**, generalmente interpretada como simple cortesía internacional" <sup>319</sup>.

220. El doctor Orángel Rodríguez criticó en varias ocasiones a la doctrina de la comunidad jurídica propuesta por Savigny, por considerarla "vaga" y "extremada", ya que "no se inspira en ningún concepto científico" y puede "ocasionar consecuencias atentatorias contra el Derecho social" <sup>320</sup>. Además, le negó todo valor científico porque afirma que la extraterritorialidad se fundamenta en la justicia, olvidándose que la territorialidad también se fundamenta en la justicia <sup>321</sup>; pero, sin embargo, hizo la siguiente advertencia:

"Nos uniríamos a Savigny si sentara que la extraterritorialidad se apoya en el principio de una comunidad de derecho efectivo y concreto, establecida

---

<sup>317</sup> ALTUVE, Ramón. *El Matrimonio en el Derecho Internacional Privado*, Mérida, 1912. El Jurado examinador estuvo compuesto por el doctor Gonzalo Bernal, profesor de la materia en la Universidad de Los andes, y por los doctores Zacarías A. Sánchez y Eduardo Febrés Cordero.

<sup>318</sup> ALTUVE, *op. cit.*, pp. 79-88. En las bibliografía consultada, el doctor Ramón Altuve, además del "Memorándum" del doctor Francisco Gerardo Yanes, mencionó los libros de "Derecho Internacional Privado" de Tobías M.C. Asser, Pasquale Fiore y Manuel Torres Campos; las "Instituciones" de Luis Sanojo; los "Comentarios" de Anibal Dominici; la Conferencia dictada en 1900 por el doctor Carlos F. Grisanti; el "Derecho Internacional" de Carlos Calvo; el "Derecho Internacional Público" de Heffter; los "Principios Generales de Derecho, de Política y de Legislación" de Pradier-Fodéré; las monografías de Derecho Civil de Ricci y del Baudry Lacantinerie; la "Exposición del Código Penal venezolano" del doctor Ochoa; el "Derecho Penal Internacional" de Fiore; las "Instituciones" de Ortolan; el "Diccionario de Legislación y Jurisprudencia" de Esriche, y los "Datos históricos sobre la codificación civil en Venezuela" del doctor Nicomedes Zuloaga.

<sup>319</sup> RODRIGUEZ, Orángel. *Teoría Crítica de las Bases del Derecho Internacional Privado*, Caracas, 1917, Prólogo, p. VIII.

<sup>320</sup> RODRIGUEZ, *op. cit.*, N° 142, p. 378.

<sup>321</sup> RODRIGUEZ, *op. cit.*, N° 143, pp. 378-379.

voluntariamente entre las diferentes naciones; pero nos apartamos de él y de la abrumadora mayoría de publicistas que lo sigue, en cuanto entienden que el Derecho de la comunidad es la justicia o el Derecho filosófico que en su concepto puro supedita al principio de soberanía, es decir, en cuanto entienden que la extraterritorialidad, por estar fundada en la comunidad de derecho, no lo está de modo alguno en la participación consensual de las soberanías. La comunidad de Derecho entre los Estados no es otra cosa que la reunión de las soberanías para alcanzar su fin social. Así, la comunidad de Derecho supone el principio de soberanía”<sup>322</sup>.

De igual modo el doctor Orángel Rodríguez hizo valer los siguientes conceptos:

“Es indudable que las leyes nacionales están impulsadas, en términos generales, de una virtud impulsiva que las guía a extraterritorializarlas; ello a causa del principio de libertad que constituye al hombre en ciudadano del mundo. Mas es igualmente indudable que la virtud de extraterritorialidad no se puede apreciar como socialmente obligatoria para la soberanía de los Estados Extranjeros. Caso contrario, se destituiría por completo el título jurídico de mejor vida jurídica de cada soberanía, se extinguirían los fueros territoriales que sirven de base a la solidez del consorcio internacional, y sobrevendría indefectiblemente el caos de las leyes y de los derechos, no sólo de los derechos positivos sino también de los que pudieran considerarse de simple humanidad... Pudiera establecerse, como regla general, que las leyes de todos los países poseen la virtud impulsiva de la extraterritorialidad. Pues, bien, si la fuerza de esta virtud alcanza a crear una comunidad de Derecho entre todas las naciones, o mejor dicho, si la fuerza de esa virtud alcanza a crear en esta comunidad un Derecho a la recíproca aplicación extraterritorial de las leyes, ¿a qué queda reducida la soberanía de cada Estado? La existencia de un Derecho común de extraterritorialidad, indeliberado y espontáneo, que impone a la soberanía de todos los Estados el correlativo deber de permitir en sus territorios la aplicación de las leyes extranjeras, es un derecho que aniquila enteramente a la soberanía”<sup>323</sup>.

221. El doctor Lorenzo Herrera Mendoza fue nombrado el trece de enero de 1925, Profesor de “Derecho Internacional Público y Derecho Internacional

<sup>322</sup> RODRIGUEZ, *op. cit.*, N° 149, p. 386.

<sup>323</sup> RODRIGUEZ, *op. cit.*, N° 165, pp. 443-445.

Privado" en la Universidad Central de Venezuela. Aun cuando en sus años mozos no utilizó como fuente de consulta el "Sistema de Derecho Romano Actual"<sup>324</sup>, sin duda alguna su viaje a Europa después de haber obtenido el grado de doctor en Ciencias Políticas, le permitió entrar en contacto con los libros de los más afamados profesores, que no eran accesibles en el medio jurídico venezolano de comienzos del presente siglo.

222. Las explicaciones del doctor Lorenzo Herrera Mendoza hicieron posible la efectiva divulgación en esta ciudad de Caracas, a viva voz y en sus justos parámetros, de las enseñanzas de Federico Carlos de Savigny. Algunos años después de iniciada su labor docente, con frecuencia utilizó las opiniones del maestro alemán para fundamentar sus puntos de vista en diversos estudios sobre temas de Derecho Internacional Privado venezolano, que repartía gratuitamente a los estudiantes, en particular, en sus ensayos monográficos sobre "La Escuela Estatutaria en Venezuela y su Evolución a la territorialidad" (1943, febrero); "Nociones Preliminares sobre Extraterritorialidad de Leyes y Sentencias" (1943, diciembre); "Apuntes sobre el Cambio de Estatuto Personal y su Irretroactividad" (1945, marzo) y "Anotaciones sobre el régimen del Estado y Capacidad de las Personas" (1950, marzo).

El doctor Lorenzo Herrera Mendoza dictó clases en la Universidad Central de Venezuela durante más de veinticinco años, dedicado a la divulgación de las corrientes científicas más acreditadas, con especial énfasis en la doctrina de Federico Carlos de Savigny; y algún tiempo antes de su jubilación, cuando asistí a sus explicaciones en condición de alumno tuve la oportunidad de recibir, de sus propias manos, un breve extracto en mimeógrafo con los párrafos más importantes del "Sistema de Derecho Romano Actual". De esta manera el aprendizaje resultó fácil y así se explica el adecuado conocimiento de sus enseñanzas por toda una generación de estudiantes, que aprendió sus ideas básicas de Derecho Internacional Privado de esa extraordinaria persona que fue el doctor Lorenzo Herrera Mendoza<sup>325</sup>.

---

<sup>324</sup> Véase antes el número 205 de este trabajo.

<sup>325</sup> PARRA-ARANGUREN, Gonzalo, "Discurso de Incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales", *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, Caracas, Año XXXII, 1968, N° 38, pp. 149-172.



## **Trabajos de Ascenso**

1948 JUN 14 11:30 AM

# **Retardo en el cumplimiento de obligaciones pecuniarias y depreciación de la moneda**

Enrique Lagrange  
Profesor de Derecho Civil  
en la Universidad Central de Venezuela

Revista de la Facultad de Derecho, N° 49  
Universidad Católica Andrés Bello  
Caracas, 1994

desarrollo y la metodología empleada permiten entender con claridad los diversos aspectos del problema, los cuales son tratados con un espíritu constructivo, sin mengua del debido rigor científico. El trabajo reúne los requisitos de razonamiento riguroso, exposición sistemática, pureza metodológica y complementación bibliográfica que establecen los usos académicos, conforme se exige en los artículos que integran la sección segunda del capítulo III del citado Reglamento. En consecuencia, el jurado, por el singular valor y actualidad del trabajo presentado, acordó mediante el voto unánime de sus miembros otorgarle Mención Honorífica y recomendar su publicación.

En fe de lo cual se levanta la presente acta, a los veinticinco días del mes de noviembre de mil novecientos noventa y tres, dejándose también constancia de que, conforme a lo dispuesto en el artículo 56 del Reglamento, actuó como Coordinador del jurado el profesor doctor JOSE MELICH ORSINI.

Prof. GONZALO PARRA ARANGUREN

Prof. JOSE LUIS AGUILAR GORRONDONA

Prof. JOSE MELICH ORSINI  
Coordinador



## SUMARIO

### I. INTRODUCCION

II. EL PRINCIPIO NOMINALISTA EN EL ARTICULO 1737 DEL CODIGO CIVIL. 1. Significación y alcance de la norma. 2. Observaciones en torno a la expresión legal "término del pago". 3. El argumento a contrario aplicado en la interpretación del mismo artículo. 4. Inadmisibles consecuencias extraídas mediante la utilización del criterio objetado.

III. EL ARTICULO 1277 DEL CODIGO CIVIL Y EL PROBLEMA DEL RESARCIMIENTO DEL DAÑO MAYOR DERIVADO DEL RETARDO CULPOSO EN PAGAR OBLIGACIONES PECUNIARIAS. 1. Observaciones sobre la especialidad de la norma. 2. Antecedentes históricos y tratamiento del problema en los derechos francés e italiano. A. Derecho francés. a. Situación durante la vigencia del texto originario del artículo 1153 del Código Civil francés. b. Situación con posterioridad a la reforma introducida por la Ley de 7 de abril de 1900. B. Derecho italiano. a. El artículo 1231 del Código Civil de 1865. b. El artículo 1224 del vigente Código Civil. 3. Opiniones venezolanas sobre el problema del resarcimiento del daño mayor. A. Opiniones adversas a la resarcibilidad del daño mayor. B. Tesis favorable a la resarcibilidad del daño mayor. a. Opinión de José Melich Orsini. b. Nuestra apreciación.

IV. EL ARTICULO 108 DEL CODIGO DE COMERCIO Y LA RESARCIBILIDAD DEL DAÑO MAYOR DERIVADO DEL RETARDO CULPOSO EN PAGAR OBLIGACIONES PECUNIARIAS MERCANTILES, LIQUIDAS Y EXIGIBLES. 1. Sentido y alcance del precepto de dicho artículo. Opiniones de Leone Bolaffio y Tullio Ascarelli. 2. Apreciación del sentido y de las consecuencias del precepto legal.

V. EL RESARCIMIENTO DEL DAÑO POR DEPRECIACION MONETARIA. 1. Consideraciones previas. 2. El problema de la relación causal. 3. El problema de la previsibilidad del daño. 4. La prueba del daño.

VI. CREDITO DE PRESTACION SOCIAL DE ANTIGÜEDAD Y DEPRECIACION MONETARIA. 1. La sentencia dictada por la Corte Suprema

de Justicia, en Sala de Casación Civil, el 17 de marzo de 1993. 2. Crítica de la sentencia. 3. Confirmación de la crítica: una nota de derecho comparado.

## VII. CONCLUSIONES

### I. INTRODUCCION

1. El 30 de septiembre de 1992, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, dictó una sentencia que se ha hecho notoria por la trascendencia de las declaraciones que contiene sobre el reajuste de obligaciones pecuniarias como consecuencia de la depreciación de la moneda.

Lo principal del contenido de la sentencia está constituido por la peculiar interpretación que ella recoge sobre cómo debe ser comprendida y a cuáles consecuencias ha de entenderse que conduce la norma del artículo 1737 del Código Civil, inspirada en el principio nominalista y tradicionalmente considerada como rectora del cumplimiento de las obligaciones pecuniarias en los ordenamientos monetarios (es decir, la generalidad de los sistemas jurídicos modernos) que lo instituyen. Según la idea central desarrollada en la sentencia, dicho principio se aplica sólo hasta el momento del vencimiento de la obligación pecuniaria, a partir del cual, habiendo el deudor incurrido en mora, las consecuencias de la depreciación de la moneda ocurrida desde entonces y hasta el tiempo del pago, han de recaer sobre él, y el importe de la deuda se indexará a la medida de la depreciación del signo monetario, sin que, a pesar de ello, la mayor suma de dinero que tenga entonces que pagar para obtener la liberación pueda considerarse como comprensiva de una indemnización de daños derivados del retardo en el cumplimiento.

2. En el caso decidido por dicha sentencia -el de un juicio de cobro propuesto en vía ejecutiva por Inversiones Franklin y Paúl, SRL contra un deudor suyo- el Juzgado de Segunda Instancia, al decidir, en fecha 7 de octubre de 1991, sobre la apelación interpuesta por la parte ejecutada contra un auto de 17 de septiembre de 1987, emanado del Juzgado de Primera Instancia, decidió favorablemente la solicitud de la contraparte, de que se fijara el monto de la caución necesaria para proceder al remate anticipado del inmueble en trance de

ejecución, caución ésa cuyo importe fijó, y resolvió que no obstaba a tal remate anticipado la posible oposición de compensaciones por el ejecutado; pero decidió también que no habiendo sido impugnado en su tiempo un avalúo del inmueble, practicado en 1981, no podía apartarse del resultado de éste para fijar el monto de la caución con apoyo sobre un valor distinto del determinado mediante ese avalúo, por lo cual rechazó la pretensión del ejecutado de que fuere practicado nuevo justiprecio que ponderara, debidamente, la influencia de la inflación ocurrida en el país desde que fue practicado el primero. Contra la decisión de segunda instancia interpuso el ejecutado recurso de casación, el cual fue considerado admisible por la Corte, por considerar que el fallo recurrido versó sobre un punto no controvertido en el juicio, lo cual determinó su revisabilidad en casación conforme al ordinal 3° del artículo 312 del Código de Procedimiento Civil.

De las tres denuncias formuladas por el recurrente, la Corte rechazó la primera, basada en defectos de pronunciamiento imputados por aquél a la decisión impugnada, y acogió las dos restantes.

Según la primera de estas otras dos denuncias, formulada sobre la base del ordinal 2° del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, la decisión recurrida infringió el artículo 12 de dicho Código, por violación de una máxima de experiencia referida -según el recurrente- a “la revalorización sostenida en el tiempo de los inmuebles”, en un “período de crecimiento desmesurado de los precios de bienes y servicios que experimenta Venezuela desde hace más de diez años”, fenómeno éste que no debe ser ignorado -sostuvo el recurrente- ya que el hacerlo “es situarse al margen de toda realidad, correspondiendo al Juez, por su conocimiento privado y particular de las cosas, aplicar estas ineludibles realidades al proceso como si fueren disposiciones legales vigentes...”. La Corte consideró “técnicamente posible la denuncia aislada del artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, cuando se alegue la violación de una máxima de experiencia ..., constituyendo una causal autónoma de casación por errores de juzgamiento”. “Partiendo de las consideraciones precedentes -se lee en la sentencia- puede darse el caso de que el punto de partida de una máxima de experiencia sea un hecho notorio, como lo sería, por ejemplo, la depreciación de la moneda. En este caso, ésta sería el hecho notorio y la máxima de experiencia vendría dada por el aumento del costo de la vida

como consecuencia de la desvalorización monetaria". Para la Corte, la inflación es un hecho notorio y "al emplear máximas de experiencia, puede el juez deducir que el aumento en el valor de la cosa dañada o debida es una consecuencia de la contingencia inflacionaria, resultando indispensable para repararlo o reponerlo, emplear una cantidad mayor de dinero que aquella que fue estimada al momento de producirse la lesión o al tiempo de vencimiento del derecho de crédito".

De seguida pasaron los juzgadores a referirse al artículo 1737 del Código Civil, al principio nominalista que éste consagra y a exponer que, en su criterio, el precepto legal "refleja una atenuación de dicho principio en cuanto a la circunstancia de que el deudor entre en mora, en el cumplimiento de sus obligaciones". "En efecto -se declaró-, la disposición citada consagra la hipótesis de que el aumento o disminución de la moneda, no incide ni influye en la obligación contraída si ocurre antes de que esté vencido el término de pago; empero, por interpretación a contrario, si la variación en el valor de la moneda en que se va a pagar la obligación ocurre después de la fecha o tiempo establecido, es posible el ajuste que establezca el equilibrio roto por el aumento o disminución en el poder adquisitivo de la misma...". "El examen del precepto en comento abre la posibilidad de aplicar el método indexatorio, aun en aquellos casos de deudas dinerarias, siempre que el deudor haya entrado en mora".

Al referirse de inmediato al artículo 1277 del Código Civil, se afirma en la sentencia que entró éste y el artículo 1737 del mismo Código "no existe antagonismo", porque mientras el primero dispone que "los daños y perjuicios resultantes del retardo consisten siempre en el pago del interés legal", con arreglo al otro "no puede considerarse como daños y perjuicios la desvalorización monetaria ocurrida posteriormente al vencimiento del término de pago de la obligación". Para ilustrar esta afirmación la sentencia transcribe a continuación trozos de una opinión doctrinaria desarrollada a partir de la idea de que "la depreciación de la moneda es y forma parte de la misma obligación y por lo tanto no es un daño diferente..."; cita algunas decisiones judiciales en materia de expropiación y de responsabilidad civil por hecho ilícito; y alude a un dictamen del Consejo de Estado de Colombia que "establece una clara diferenciación entre el concepto de corrección monetaria y el de intereses".

En definitiva, al considerar que la sentencia recurrida violó la máxima de experiencia por aplicación de la cual habría debido ordenar un nuevo avalúo del inmueble por ejecutar, que tuviera en cuenta “la realidad inflacionaria, en materia inmobiliaria”, y habida cuenta de “las argumentaciones explanadas por la Sala, en relación al artículo 1737 del Código Civil...”, las cuales “permiten concluir, en que por haberse producido una variación en el valor de la moneda en que se va a pagar la obligación, después de la fecha establecida, es posible aplicar el método indexatorio, por lo cual se hace imperativo efectuar los reajustes pertinentes”, la Corte declaró con lugar la segunda denuncia de fondo de la cual venía conociendo.

Pasó entonces a examinar la tercera denuncia, basada en la alegada violación de los artículos 12, 23 y 558 del Código de Procedimiento Civil, y la cual consideró el Supremo Tribunal semejante, en su contenido, a la segunda denuncia analizada, por lo cual dio por reproducidas las consideraciones hechas para declarar la procedencia de ésta y la declaró con lugar.

Sobre la base de todo lo anterior, la Corte casó sin reenvío la decisión recurrida y repuso el juicio al estado de practicar un nuevo avalúo del inmueble por ejecutar.

3. La señalada sentencia plantea el delicado tema de la posibilidad de que el recurso de casación sea ejercido y decidido por la violación de máximas de experiencia. El artículo 12 del Código de Procedimiento Civil autoriza que el juez funde su decisión “en los conocimientos de hecho que se encuentren comprendidos en la experiencia común o máximas de experiencia”. Estas, según enseñanzas bien conocidas, son nociones extrañas al dominio del derecho, enuncian principios de validez general y entran en la común cultura media. Al ser aplicadas al conocimiento y valoración de hechos del proceso, inciden en la aplicación de normas jurídicas, y si no son utilizadas correctamente, conducen a una falsa aplicación de la Ley, que abre la posibilidad de ejercer el recurso de casación. Por esto, no obstante que el ordinal 2° del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil incluya entre los motivos de dicho recurso, por vicios de fondo, la violación de máximas de experiencia, parece lo correcto entender que por no ser éstas normas jurídicas, tal violación no podría ser denunciada en forma autónoma, sino como determinante de la incorrecta aplicación de una norma de derecho en cuya valoración se las hubiera hecho

intervenir <sup>1</sup>. Sin embargo, en la reseñada sentencia de 30 de septiembre de 1992, la Corte Suprema no lo ha entendido así: declaró con lugar la segunda de las denuncias sobre las que decidió, a partir de la sola invocación del artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, que **autoriza** (al preceptuar que el Juez “**puede**”) aplicar tales máximas en la valoración de los hechos, como pertenecientes al conocimiento o ciencia privada del juez, y no sobre la base de la falsa aplicación de norma alguna específica aplicable al caso sobre el cual versó la decisión objeto del recurso. Ello equivale, a nuestro entender, a atribuir a las máximas de experiencia un valor de normas jurídicas que en verdad no tienen, y a hacer reposar, en cuanto les concierne, el fundamento y la decisión del recurso de casación sobre una base insegura. Lo anotamos solamente al pasar, dejando a los procesalistas el desarrollo de este tema.

4. Nuestro interés radica en los aspectos sustantivos de la señalada sentencia que tienen que ver con la influencia de la depreciación monetaria sobre las obligaciones pecuniarias, según cuanto declaró la Corte en su comentada decisión.

Un singular aspecto de la decisión judicial consiste en que por las características del caso sometido a la decisión de la Corte, no se justificaba que ésta entrara en las disquisiciones en las cuales se extendió respecto de las que, a su juicio, son las consecuencias de la mora de obligaciones pecuniarias.

En efecto, la materia del caso en definitiva sometido al conocimiento y decisión de la Corte, tenía que ver con la influencia de la depreciación de la moneda sobre la expresión monetaria del valor económico de un bien inmueble objeto de ejecución. Se trataba de decidir si cabía acordar o negar un segundo avalúo, que condujera a obtener la expresión monetaria de ese valor económico para el tiempo más cercano al momento de la ejecución, puesto que el justiprecio del bien, efectuado diez años antes, no podía ya dar cuenta correcta de ese valor, por haber quedado superado por la progresiva depreciación de la moneda que se produjo a lo largo de tan considerable lapso.

---

<sup>1</sup> Según afirma el doctor Leopoldo Márquez Añez (en *El nuevo Código de Procedimiento Civil*, Caracas, 1987, pp. 62 y 63): “Como resulta de un examen detenido de la doctrina en este punto, la opinión favorable a la casacionabilidad de aquellas sentencias que violen una máxima de experiencia, se basa en la circunstancia de que la máxima de experiencia, al ser utilizada por el juez en la sentencia, da lugar a un problema de derecho y de aplicación de la ley, que justifica la concesión en el caso del recurso de casación”.

Era necesario tener presente, a ese respecto, que la influencia de la depreciación monetaria no se manifiesta del mismo modo sobre los diversos elementos del patrimonio. La naturaleza jurídica de los derechos integrantes de éste explica que el valor de ciertos bienes marche a la par de las depreciaciones de la moneda, o incluso obtenga provecho de ellas, “mientras que otros derechos se pulverizan por efecto de las depreciaciones, a veces hasta el punto de no ser más que elementos virtuales del patrimonio”. Concretamente, a propósito de la depreciación monetaria -se ha dicho- el valor económico de los inmuebles conserva todo su prestigio; la depreciación monetaria lo ha incluso acrecentado. Diversamente, la depreciación de la moneda trae consigo también la desvalorización de los derechos de crédito. “Ella altera el derecho del acreedor, es decir, que altera la obligación, y subraya la fragilidad de la obligación (derecho personal) por contraste con el derecho real. Lo que ha hecho decir a un autor alemán que la naturaleza del derecho real es la fuerza; la del derecho de crédito, la impotencia”.<sup>2</sup>

En el caso de la sentencia de la cual se viene tratando, el problema planteado era de revaluación de un inmueble considerado en tanto que **objeto de un derecho real de propiedad** del ejecutado, y respecto del cual la moneda entraba en juego sólo como medio o instrumento de evaluación: como medida común del valor de bienes y servicios. No estaba en juego obligación pecuniaria alguna, obligación que tuviera por **objeto** una suma de dinero, en la cual la moneda misma estuviera **in obligatione**, y a cuyo respecto el deudor estuviera incurso en mora y se tratara de determinar las posibles consecuencias de ésta.

La sentencia pasó a ocuparse de este último tema, sin que ni los alegatos de las partes ni las exigencias del problema judicial que se trataba de resolver lo exigieran. No obstante esto, lo hizo, y se extendió a exponer una peculiar interpretación de los artículos 1737 y 1277 del Código Civil, con arreglo a la cual la mora de una obligación pecuniaria acarrea el efecto de que el importe de la misma quede sujeto, por el solo hecho de no haber sido pagada a tiempo, a un mecanismo automático de indexación, a la par del crecimiento de la

---

<sup>2</sup> Cfr. PIERRE-FRANCOIS, George L., *La notion de dette de valeur en droit civil. Essai d'une théorie*, París, 1975, p. 5.

inflación. Y -consecuencia más extraordinaria aún- sin que aquellas sumas que el acreedor tenga derecho a recibir por sobre el monto original de su acreencia se le deban a título de reparación de un daño, noción que según la doctrina acogida en la sentencia nada tiene que hacer allí.

Tales aseveraciones se hallan en extremo alejadas de las normas y los principios jurídicos aplicables en materia de cumplimiento de las obligaciones pecuniarias y de las sanciones que puede comportar, para el deudor, el retardo culposo en cumplirlas. Y a pesar de que carecen de correcto fundamento, seguramente estimularán un sinnúmero de demandas de acreedores titulares de acreencias demoradas, quienes habrán hallado así el medio de formular y obtener satisfacción de sus pretensiones de pago, "corregidas" al ritmo de la indexación.

5. No creemos correcta la interpretación que se hace de los artículos 1737 y 1277 del Código Civil según la opinión acogida en la señalada decisión judicial.

La finalidad del presente trabajo no es simplemente hacer una crítica de ella, sino, con ocasión de la misma, exponer, en primer término, cuál es, conforme al criterio que estimamos correcto, la verdadera significación del principio aplicado en el artículo 1737 del Código Civil, el cual está muy lejos del propósito de establecer una sanción de la mora del deudor de obligaciones pecuniarias; el determinar su significación permitirá acotar el campo de aplicación de dicho artículo y limitar el alcance de éste a la consecuencia que en realidad comporta.

Se pasará entonces a examinar el artículo 1277 del Código Civil, el cual sí es una disposición legal sancionadora de la mora del deudor de una suma de dinero. Tal examen conducirá necesariamente a plantearse si la norma de liquidación del daño moratorio presunto contenida en dicho artículo excluye o no la posibilidad de que el acreedor obtenga una indemnización adicional, destinada a cubrir el daño ulterior que pueda haber sufrido como derivado del retardo culposo de su deudor. Antes de plantear las opiniones respectivamente adversas y favorables a tal posible solución y llegar a una conclusión sobre el tema, nos ha parecido útil e interesante detenernos a exponer cuál ha sido el



tratamiento que el tema ha recibido en Francia y en Italia, puesto que la legislación civil de estos dos países ha servido de modelo en la elaboración de la legislación civil venezolana, y es bien conocida, además, la influencia que sus elaboraciones doctrinarias han ejercido y continúan ejerciendo en la reconstrucción sistemática de nuestras instituciones.

De seguida, se tratará de la resarcibilidad del daño mayor causado por el retardo en el cumplimiento de obligaciones pecuniarias mercantiles, a la luz del artículo 108 del Código de Comercio, cuya interpretación proyecta sobre el asunto un carácter de cierta singularidad.

Seguirá entonces una exposición sobre el resarcimiento del daño por depreciación monetaria y sobre el presupuesto necesario de procedencia del mismo: la prueba del daño.

Finalmente, nos ocuparemos del tema del resarcimiento del daño por depreciación monetaria derivado del retardo en pagar los créditos por prestaciones sociales, en razón del trato especial que a éstos se ha querido dar recientemente según lo declarado en otra sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia, el 17 de marzo de 1993.

Cerraremos con nuestras conclusiones.

## II. EL PRINCIPIO NOMINALISTA EN EL ARTICULO 1737 DEL CODIGO CIVIL

### 1. Significación y alcance de la norma

El artículo 1737 del Código Civil dispone que:

*“La obligación que resulta del préstamo de una cantidad de dinero, es siempre la de restituir la cantidad numéricamente expresada en el contrato”.*

*“En caso de aumento o disminución en el valor de la moneda, antes de que esté vencido el término del pago, el deudor debe devolver la cantidad dada*

*en préstamo, y no está obligado a devolverla sino en las monedas que tengan curso legal al tiempo del pago”.*<sup>3</sup>

La doctrina afirma unánimemente que, aunque está ubicada entre las normas referentes al contrato de mutuo, dicha disposición expresa una regla general que se aplica a todas las obligaciones pecuniarias. Consagra así dicha norma, en nuestro ordenamiento jurídico, la aplicación del principio nominalista, con arreglo al cual, para el propósito del poder liberatorio de la moneda en los pagos, no cuenta el valor económico de la materia de la cual la especie monetaria está hecha (su valor metálico o intrínseco), ni su valor de cotización en relación con monedas extranjeras (valor externo), ni su poder adquisitivo en el país (valor interno), habida cuenta del nivel de precios de los bienes y servicios que se ofrecen en el mercado (valor en curso o de cambio), sino el que cuenta, legalmente, si las partes no han determinado contractualmente otra cosa, es el valor nominal o extrínseco, atribuido a la moneda por el Estado como valor proclamado, independientemente de su valor como instrumento de cambio. Las fluctuaciones del valor real de la moneda, correspondiente a su poder adquisitivo, son, por lo tanto, legalmente irrelevantes desde el punto de vista de la eficacia extintiva del pago de la suma debida, con arreglo al valor nominal que la misma representa; no se trata de que la ley ignore tales fluctuaciones, sino de que, aun a sabiendas de ellas (como se advierte con sólo leer el transcrito artículo 1737), las considera indiferentes para el efecto de la liberación del deudor de dinero.

Lo que está en juego, a ese respecto, no es, como con frecuencia se dice, la ficción jurídica de un valor constante, sino solamente la idea de la continuidad

<sup>3</sup> El antecedente inmediato del artículo 1737 del Código Civil venezolano se encuentra en el artículo 1821 del Código Civil italiano de 1865, del cual constituye una traducción fiel, salvo que el venezolano puntualiza que las oscilaciones que contempla se refieren al valor de la moneda y que la obligación de restituir del mutuario versará sobre moneda de curso legal. He aquí el texto del artículo 1821 del Código Civil italiano derogado: “L’obbligazione risultante da un prestito in danari è sempre della medesima somma numerica espressa nel contratto”. “Accadendo aumento o diminuzione nelle monete prima che scada il termine del pagamento, il debitore deve restituire la somma numerica prestata, e non è obbligato a restituire questa somma che nella specie in corso al tempo di pagamento”. Esta disposición italiana era semejante, a su vez, al artículo 1895 del Código Civil francés, según el cual: “L’obligation qui résulte d’un prêt en argent, n’est toujours que de la somme numérique énoncée au contrat”. “S’il y a eu augmentation ou diminution d’espèces avant l’époque du payement, le débiteur doit rendre la somme numérique prêtée, et ne doit rendre que cette somme dans les espèces ayant cours au moment du payement”.

en la representación de una determinada unidad monetaria ideal, según la cual la moneda permanece siendo igual a sí misma: un bolívar es igual a otro bolívar, en las distintas épocas, aunque su valor real haya oscilado a lo largo de ellas<sup>4</sup>. Por esto, la cantidad de especies monetarias (“que tengan curso legal en el momento del pago”) apta para determinar la liberación del deudor mediante el pago, es la correspondiente al múltiplo o submúltiplo de la unidad de medida legal del ordenamiento monetario indicado al tiempo de la constitución de la obligación, con lo cual, al hacer referencia a especies monetarias de un cierto ordenamiento, sin otra especificación, la cantidad de especies monetarias debida será siempre la correspondiente al múltiplo o fracción de la unidad de medida a la cual correspondía, en aquel momento, la cantidad de especies monetarias indicada.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> Cfr. NUSSBAUM, Arthur, *Teoría Jurídica del dinero*, Madrid, 1929, pp. 38 y 39. Como afirma este autor, de tomar en serio la idea de la constancia legal del valor, se llegaría a la conclusión de que el verdadero valor del dinero está excluido de la consideración jurídica (cuando en realidad no es así). “La realidad de este peligro se pone de manifiesto especialmente en la doctrina de los perjuicios determinados por la mora. La idea de la constancia legal del valor ha llevado muchas veces a eximir al deudor moroso de las consecuencias de la depreciación del dinero en perjuicio del acreedor, considerando que éste recibe siempre, con el importe nominal debido, todo el valor a que tiene derecho”. Otro tema es el de si en un ordenamiento jurídico como el venezolano el acreedor de una suma de dinero puede o no tener derecho a reclamar, a título de reparación de daños, algo más que los simples intereses legales calculados sobre el importe nominal de su acreencia. De esto se tratará más adelante, pero lo cierto es que la aplicación del principio nominalista antes y después de encontrarse el deudor en situación de mora y hasta el momento del pago de la obligación en su importe originario, ciertamente y por sí sola no excluye el derecho a la indemnización de daños distintos del que contempla el artículo 1277 del Código Civil.

<sup>5</sup> ASCARELLI, Tullio, “Obbligazioni pecuniarie”, en *Commentario del Codice Civile*, al cuidado de A. Scialoja y G. Branca, 2a. ed., 1963, pp. 509 y 510. Una definición muy descriptiva del principio nominalista es la de Mann, quien la expresa así: “El principio nominalístico significa que una obligación monetaria comporta el pago de tantas especies dotadas de curso legal al tiempo del pago, cuantas, sumadas conforme al valor nominal indicado en ellas, produzcan una suma igual al monto de la deuda” (cfr. Mann, F.A., *The legal aspect of money*, 4a. ed., Oxford, 1982, p. 84). Esta y otras definiciones se hallan impregnadas del concepto tradicional de la obligación pecuniaria como aquella que se cumple mediante la entrega, por el deudor al acreedor, de un número de especies monetarias igual al determinado en el momento de la constitución de la obligación. El acelerado desarrollo de medios de pago por los cuales la obligación se cumple “sobre el papel”, con el auxilio de medios contables y otros instrumentos técnicos (sobre todo electrónicos, en el presente) ha traído consigo la aparición de la moneda escritural y el reemplazo de la entrega material por formas de “tradición simbólica” de aquella (véase Savatier, René, *La théorie des obligations. Vision juridique et économique*, París, 1974, p. 220). Se asiste así a un fenómeno de “descosificación” de la moneda (v. Melich Orsini, José, “El cumplimiento de las obligaciones pecuniarias en el derecho venezolano”, en *Revista de Derecho Mercantil*, No. 4, Caracas, 1987, p. 97), y se habla de que la obligación pecuniaria es, ahora, obligación de “transferir el valor” que la moneda representa, mediante los actos necesarios para que ese valor entre en el patrimonio del acreedor (v. Rodner S., James-Otis, “Nueva definición del dinero y de la obligación pecuniaria”, en *Revista de Derecho Mercantil*, No. 5,

En armonía con lo que antecede, el artículo 1737 del Código Civil está dirigido a expresar, con arreglo al nominalismo en el cual se inspira, con qué debe cumplir su obligación el deudor de una suma de dinero: con una cantidad de especies monetarias iguales en número a las expresadas al contratar. El deudor cumple y se libera cuando paga en la magnitud así enunciada, atendiendo al valor nominal y no al poder adquisitivo de la moneda de curso legal. Simétricamente, el acreedor debe aceptar la suma que se le ofrece, para evitar incurrir él mismo en la **mora accipiendi**.

La referencia al “término del pago” (vencimiento del término de la obligación) que se hace en la misma disposición se explica por qué normalmente, y según cuanto se dirá más adelante, marca el momento en el cual el débito se hace exigible y ha de ser satisfecho. La norma señala al deudor qué debe pagar: la cantidad numéricamente expresada en el contrato (la “dada en préstamo”): lo que cuenta siempre es el número de especies monetarias de recepción obligatoria (curso legal), no el valor real que ellas tengan: las fluctuaciones habidas en éste son, como se ha dicho, legalmente irrelevantes en cuanto toca a la identidad entre la suma debida (depreciada o no) y la suma pagada, si el valor nominal de una y otra sigue siendo el mismo.

Se entiende así que la disposición legal contemplada, aparte de expresar qué debe pagar el deudor, no tiene por objeto regular cuál es la sanción de la mora de éste: ello es tarea de una norma legal que se halla en íntima relación con aquella otra: la del artículo 1277 del Código Civil, que será examinada después para determinar su justo alcance.

La circunstancia de que el artículo 1737 del Código Civil se refiera textualmente, en su segundo párrafo, al “término del pago” (tal como con idéntica expresión

---

Caracas, 1988, pp. 126 y 127). La intensificación del desarrollo de nuevas formas monetarias, que hacen que el pago se convierta en una operación compleja “que desvincula la salida de unidades de pago de un patrimonio, de su entrada en otro”, tiende a desplazar la moneda a la esfera del crédito (mediante el empleo de los cada vez más abundantes “productos” financieros). Sin embargo, tal proceso de desmaterialización de la moneda afecta la organización, la presentación y la gestión de las unidades de pago, pero, de todos modos, dejará sobrevivir “lo que es el fondo primitivo de la moneda, su esencia insuperable, fuera de la cual las relaciones sociales no serían ya posibles: la unidad de valor” (Libhaber, Rémy, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, París, 1992, p. 391).

lo hacía su modelo italiano; no autoriza a inferir nada distinto de lo explicado. Además de precisar cuál es el objeto de la obligación del deudor de una suma de dinero, no contiene referencia alguna a una posible mora o retardo en el cumplimiento atribuible al deudor, ni entiende, en consecuencia, determinar cuáles son las sanciones que podría acarrear la falta de oportuno pago de la obligación en que el deudor pudiera llegar a incurrir.<sup>6</sup>

## 2. Observaciones en torno a la expresión legal "término del pago"

El punto principal de la interpretación que la comentada sentencia acoge y preconiza, radica en la coincidencia que se ha querido encontrar entre el momento del vencimiento del "término del pago" que contempla la disposición legal y aquel en que el deudor incurre en situación de mora y a partir del cual -según la misma interpretación- el cumplimiento (tardío) de la obligación pecuniaria cesaría de regirse por el principio nominalista.

La opinión recogida en la decisión judicial sobre este punto había sido expuesta por el doctor Luis Angel Gramcko,<sup>7</sup> quien al respecto ha escrito que: "Este principio nominalístico cede en su rigidez cuando el deudor entra en mora, es decir, no cumple con el pago de la suma de dinero adeudada en el término establecido en la convención. El propio artículo 1737 del Código Civil admite esta hipótesis en una forma muy clara, al disponer en su único párrafo que

---

<sup>6</sup> En el orden de ideas expuesto, es oportuno transcribir lo escrito por un conocido jurista respecto a la disposición contenida en el artículo 1277 del Código Civil italiano actualmente en vigor, el cual aplica el principio nominalista, y es el primero de la sección que el mismo dedica a las obligaciones pecuniarias: "Dice el artículo 1277 que los débitos pecuniarios se extinguen con moneda de curso legal en el Estado al tiempo del pago y por su valor nominal. Ciertamente, el principio nominalístico, en ésta, que es su sede propia, no comporta distinción acerca de la moneda legal entre el tiempo del vencimiento y el del pago, pero no es menos cierto, de todos modos, que aquello que causa estado, en este segundo y absorbente tiempo, literalmente comprensivo incluso del eventual peligro de mora, es siempre y sólo el valor nominal. Y sería contrario a la lógica y a la letra de la disposición el leerla como si tuviese agregada la frase: salvo, en caso de mora, el daño de la devaluación, esto es, de las variaciones negativas del poder de adquisición con respecto al valor nominal" (cfr. Greco, Paolo, "Debito pecuniario, debito di valore e svalutazione monetaria", en *Rivista del diritto commerciale*, abril-junio de 1997, N° 4-6, Milán, pp. 107 y 108). Esa hipotética añadidura que el citado autor rechaza debe descartarse también respecto a la disposición legal venezolana, en cuanto se pretenda ver en ésta una aplicación del principio nominalista restringida al tiempo anterior al de la mora del deudor.

<sup>7</sup> En su libro *Inflación y sentencia. Una tesis sobre la corrección monetaria en la sentencia*, Valencia, 1992, pp. 41, 99 y 100.

Añádase que, aun en el caso de una obligación a término cierto, si el plazo para cumplir vence después de la muerte del deudor, el heredero no quedará constituido en mora sino por un requerimiento u otro acto equivalente, y únicamente ocho días después del requerimiento (artículo 1269 del Código Civil, 2° párrafo).

Por tanto, así como no existe correlación necesaria entre vencimiento del término y exigibilidad de la obligación, tampoco la hay entre exigibilidad de la obligación y morosidad del deudor, y por ende no puede admitirse que el vencimiento del “término del pago” que contempla el artículo 1737 del Código Civil coincida, en todo caso, con el momento a partir del cual el deudor quede constituido en mora y cese -según la comentada opinión- de ser aplicable el principio nominalista a la obligación pecuniaria vencida.

Pero aun admitiendo -para el solo propósito del argumento- que el vencimiento del término para pagar coincida siempre con el de la entrada del deudor en mora, hay que rechazar categóricamente que -tal como se lo quiere hacer ver según la tesis acogida en la comentada sentencia de 30 de septiembre de 1992- una depreciación monetaria ocurrida con posterioridad a la incursión en mora determinaría la alteración del importe de la obligación pecuniaria, de manera tal que el deudor debiere entonces a su acreedor una suma mayor de dinero en correspondencia a la magnitud de la depreciación ocurrida. No es así. Antes y después de la mora el deudor debe lo mismo que originariamente debía: una cierta suma de dinero numéricamente igual a la determinada en el momento de la constitución de la obligación; si el deudor paga ese importe, se libera de la

---

En cuanto a nuestro Código y por el rechazo de la señalada distinción, v. MELICH ORSINI, José, obra citada, pp. 207, 208, 209 y 210. Observa este autor que: “Si se tiene en cuenta que en razón de lo dispuesto en el art. 1295 CC venez., salvo expresa disposición en contrario, el pago debe hacerse en el domicilio del deudor, lo que implica que la mayoría de las deudas resultan “quérables”, se comprende la amplia excepción que semejante doctrina abre al principio *dies interpellat pro homine*”. Y concluye con que: “Lo que la regla *interpellat pro homine* significa es que en las obligaciones a término cierto la fijación del día hace superflua la *interpellatio*, lo cual no implica que para la mora del deudor no deban concurrir además otros presupuestos sin los cuales la llegada del día resultaría ineficaz por sí sola para producir la mora; igual que resultaría ineficaz aun la *interpellatio* sin otros presupuestos que condicionan la posibilidad de cumplir, tales como hacerse efectivamente presente el acreedor en el lugar del pago el día del pago, otorgar el debido recibo, etc. Ahora bien, cuando todos estos demás presupuestos concurren en el caso de una deuda a término cierto, no existe ninguna razón valedera para otorgar un tratamiento diferente a dicha deuda por ser ella *quéritable* del que se otorgaría a la misma de ser ella *portable*”.

originaria obligación, porque ha pagado a su acreedor el único valor correspondiente a su propio débito, el cual se limita "siempre" al valor nominal debido, incluso en la situación de mora.<sup>12</sup>

### 3. *El argumento a contrario aplicado en la interpretación del mismo artículo*

Unos comentarios más merece el mecanismo interpretativo utilizado para sostener la tesis que se viene comentando. Según la tesis del doctor Gramcko, acogida en la sentencia, "por interpretación a contrario (del artículo 1737 del Código Civil) si la variación en el valor de la moneda en que se va a pagar ocurre después de la fecha o tiempo establecido, es posible el ajuste que establezca el equilibrio roto por el aumento o disminución en el poder adquisitivo de la misma", lo cual "abre la posibilidad de aplicar el método indexatorio, aun en aquellos casos de deudas dinerarias, siempre que el deudor haya entrado en mora".

Aparte de la incorrección -ya puesta de relieve- que consiste en el querer hacer coincidir el vencimiento del término de cumplimiento con el momento inicial de la morosidad del deudor, se destaca ahora cómo se pretende, mediante el uso del argumento a contrario (formulado en los aforismos **qui dicit de uno negat de altero e incluso unius, exclusio alterius**), extraer de una norma expresa otra norma contraria, no expresa sino implícitamente contenida en el sistema legislativo.<sup>13</sup>

Se observa por la generalidad de los autores que el argumento a contrario, ya se lo entienda, según algunos, como instrumento de interpretación extensiva, ya, según otros, como medio de desenvolver el contenido de las disposiciones legales en todas sus posibles direcciones y relaciones, extrayendo de ellas todas las consecuencias que constituyan su contenido virtual, no debe ser utilizado

<sup>12</sup> Dicho sea esto sin anticipar aquí opinión sobre si el acreedor podría o no tener derecho a exigir a su deudor una indemnización por el daño derivado de la depreciación monetaria habida durante el tiempo de la mora, y, en la afirmativa, con arreglo a cuáles requisitos podría hacer valer la obligación de resarcimiento que habría nacido a su favor y que sería distinta de la obligación pecuniaria no pagada a tiempo.

<sup>13</sup> Así se entiende la virtud del *argumentum a contrario* según COVIELLO, Nicola, *Doctrina general del derecho civil*, México, 1938, p. 89.

sino con gran circunspección y extremada cautela,<sup>14</sup> sólo con respecto a algunas disposiciones y dentro de límites rigurosos: de otra suerte el resultado sería que nada quedase del significado claro de la ley. “Por eso sobre todo, no es lícito usar del argumento a contrario en las disposiciones de derecho común, porque impediría no sólo la interpretación extensiva, sino también la analogía, a la que el intérprete está también obligado a recurrir para llenar las lagunas de la ley. En cambio, es lícito y justo cuando se trate de disposiciones de índole excepcional; porque entonces se encuentra su fundamento lógico en el principio “*exceptio firmat regulam in casibus non exceptis*”: fuera de los límites en que está colocada la excepción, no puede hallarse más que la regla, la cual, por fuerza de las cosas, es contraria a la excepción. Por lo cual antes de recurrir a tal argumento, es necesario indagar la índole de la norma que se quiere interpretar: sólo cuando ésta resulte excepcional frente a un principio de derecho, expreso o implícito, en el sistema legislativo, pero siempre diverso del que quiere inferirse, el argumento a contrario puede dar resultados satisfactorios...”<sup>15</sup>

Esto no ocurre respecto del artículo 1737 del Código Civil y su pretendida interpretación a contrario. Este artículo no establece ninguna disposición legal de excepción, sino al contrario, según opinión doctrinaria unánime, es la expresión de un principio general, orgánico, de derecho monetario, para cuya justificación tradicionalmente se ha aducido que atiende, no tanto a la razón de proteger a los deudores de sumas de dinero del hecho (**no imputable a éstos**) de la depreciación de la moneda, cuanto a la de satisfacer una exigencia de estabilidad y constancia del sistema monetario. Incluso, según se ha expresado también, atiende a un propósito de defensa de la moneda de curso legal, aunque sólo sea en cuanto concierne a las deudas pecuniarias, respecto a las cuales, como se expuso anteriormente, las oscilaciones del valor real de la moneda no acarrear modificación de la cuantía del débito originario, por ser legalmente irrelevantes en cuanto concierne a la plena eficacia liberatoria del pago efectuado con suma idéntica, en su valor nominal, a la originariamente debida.

<sup>14</sup> V. CASTANTOBEÑAS, José, *Teoría de la aplicación e investigación del Derecho*, Madrid, 1947, p. 263.

<sup>15</sup> V. COVIELLO, Nicola, obra y página citadas. Y SALVAT -citado por Castán Tobeñas, José, obra citada, p. 255, apunta, escépticamente, que “el argumento a contrario sensu difícilmente probará nada, pues el hecho de que el legislador mencione un caso y no otro, no quiere decir que haya querido excluir de la disposición legal este último”.



Así se explica que el principio nominalista no se aplique respecto de las deudas de valor, puesto que, en éstas, el objeto de la prestación debida ha de ser determinado en relación con un cierto poder adquisitivo, y no en función de aplicar una unidad ideal de medida de valores, que es lo propio del principio nominalista; sólo después de que la prestación constitutiva del objeto de la deuda de valor, mediante su definitiva liquidación (convencional o judicial) se "cristalice" -como suele decirse en esta materia- hallando expresión monetaria, se aplicará el principio nominalista al cumplimiento del débito así liquidado.

Justo o no, pues, el principio nominalista se halla acogido en el artículo 1737 del Código Civil, y se aplica a las obligaciones pecuniarias en defecto de que las partes en los contratos se aparten de él o eviten preventivamente su rígida aplicación mediante cláusulas de estabilización aptas para evitarla. Por esto, interpretar a contrario el artículo 1737 del Código Civil, como si el mismo contuviera un precepto excepcional, para extraer de él una consecuencia diametralmente opuesta al principio en él instituido, es un error, que conduce a un resultado que la doctrina repudia para todo caso en el cual se haga del argumento a contrario una utilización inadecuada: al resultado de que nada quede del significado claro de la ley.

Se reitera aquí que dicho artículo 1737 no está dirigido a regular -como se pretende hacer ver mediante una confusión de conceptos que no se puede admitir-, ni siquiera indirectamente, la hipótesis de la mora del deudor de una obligación pecuniaria, ni además, aun en el caso de que aquélla se produzca, la mora misma acarrea cambio alguno del objeto ni de la naturaleza de la obligación originaria, los cuales siguen siendo los que son antes de que el deudor incurra en mora. Afirmar -como se lo hace en la sentencia al remitirse a doctrina extranjera no citada específicamente <sup>16</sup> "que una vez que el deudor

---

<sup>16</sup> La sentencia utiliza, en verdad, una afirmación del doctor Gramcko, quien asevera que "la doctrina extranjera, tanto la argentina como la colombiana, coincide en considerar que una vez entrado en mora el deudor de una obligación de dinero, ésta se convierte en una obligación de valor". Y transcribe, seguidamente, en su obra citada (pp. 41 y 42) el siguiente párrafo de una obra de Eduardo A. Zannoni, *Revaluación de obligaciones dinerarias ("indexación")*, Buenos Aires, 1977, pp. 10 y 11: "Distinto sería el caso en que ese deudor no pagase en tiempo propio la suma de dinero adeudada, porque entonces sí, la mora acarrea al deudor un perjuicio derivado de la depreciación monetaria imputable a aquél, que el derecho no puede razonablemente desconocer. Si aceptamos que en holocausto al valor seguridad y sin perjuicio de los reajustes convencionales, la obligación dineraria no coloque al deudor ante la zozobra o ante la incertidumbre

la mora del deudor transforma la deuda pecuniaria en deuda de valor. Y sin embargo, el autor reitera que: "El débito pecuniario es el mismo, lo que se trata es de hacer descansar sobre el deudor moroso el riesgo de la desvalorización monetaria y en consecuencia permitir al juez compensar el patrimonio del acreedor con un numerario equivalente en su poder adquisitivo, a aquel que fue estipulado en el contrato de préstamo".<sup>18</sup>

Todo esto denota una gran confusión. Se dice que la mora del deudor convierte a la obligación pecuniaria en obligación de valor, y a la vez que, "la depreciación de la moneda es y forma parte de la misma obligación y por lo tanto no es un daño diferente". Pero, inmediatamente después, se afirma que los daños generados por la merma que sufre el patrimonio del acreedor por la depreciación de la moneda, si son daños totalmente distintos de los compensados por el interés legal, y, sin embargo, también se dice que "el débito pecuniario es el mismo", cuando para guardar cierta coherencia con lo anteriormente expresado, sobre la conversión de la deuda pecuniaria en deuda de valor, se debería sostener que la deuda pecuniaria ha desaparecido, para ser sustituida por otra deuda de naturaleza distinta (lo cual, por cierto, también sería errado).

Esa confusión y esas contradicciones no son sino el resultado de una interpretación ("por razonamiento en contrario") que trastoca, sin lógica alguna, el verdadero sentido del artículo 1737 del Código Civil. No se trata de repetir aquí las consideraciones hechas con anterioridad sobre el alcance del principio nominalista en el cual dicho artículo se inspira. Valga reiterar, tan sólo, que el citado precepto es una norma sobre cumplimiento de obligaciones pecuniarias. No entiende injerirse en la determinación de las consecuencias resarcitorias de una posible mora del deudor. Estas últimas son materia compleja, a la cual está dedicado el desarrollo ulterior del presente trabajo. Se tendrá ocasión de razonar que la depreciación monetaria sobrevenida durante el retardo culposo del deudor de una obligación pecuniaria no constituye por sí misma un daño resarcible, ni que lo sea mediante la revaluación de su importe originario, es decir, mediante lo que se ha dado en llamar en otros países latinoamericanos, y ahora en Venezuela, "corrección monetaria".

<sup>18</sup> Cfr. GRAMCKO, Luis Angel, obra citada, pp. 43 y 44.

### III. EL ARTICULO 1277 DEL CODIGO CIVIL Y EL PROBLEMA DEL RESARCIMIENTO DEL DAÑO MAYOR DERIVADO DEL RETARDO CULPOSO EN PAGAR OBLIGACIONES PECUNIARIAS

#### 1. Observaciones sobre la especialidad de la norma

El artículo 1277 del Código Civil dispone que:

*“A falta de convenio en las obligaciones que tengan por objeto una cantidad de dinero, los daños y perjuicios resultantes del retardo en el cumplimiento consistirán siempre en el pago del interés legal, salvo disposiciones especiales.”*

*“Se deben estos daños desde el día de la mora sin que el acreedor esté obligado a comprobar ninguna pérdida”.*

A. La disposición legal así concebida tiene su antecedente en el artículo 1231 del Código Civil italiano de 1865, y éste, a su vez, en el artículo 1153 del Código Civil francés.<sup>19</sup> La norma en él contenida expresa una regla de

---

<sup>19</sup> Los antecedentes del vigente artículo 1277 del Código Civil, a lo largo de la evolución de la codificación civil venezolana, son los siguientes:

El primer Código Civil, de 1862, que entró en vigor el 19 de abril de 1863 y estuvo en vigencia menos de cuatro meses, pues fue derogado el 8 de agosto de ese mismo año, dispuso lo siguiente, en su art. 13, Ley I, Título IV, Libro 4°: “Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes: 1°. Se siguen debiendo los intereses convencionales o empiezan a deberse los intereses legales en el caso de no haberse estipulado interés; quedando, sin embargo, en su fuerza las disposiciones especiales que autorizan el cobro de los intereses corrientes en ciertos casos. 2°. El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando sólo cobra intereses; basta el hecho del retardo”. Este artículo era una copia casi literal del artículo 1559 del Código Civil chileno, del cual omitió reproducir los ordinales 3° y 4°. A nuestro modo de ver, los términos del ordinal 2° del transcrito artículo 13 habrían autorizado al acreedor a reclamar la reparación de los daños que el retardo de su deudor le hubiere ocasionado en exceso de los simples intereses, a condición de que los probara.

El artículo 921 del Código Civil de 1867 disponía que “cuando la obligación fuere de pagar una cantidad de dinero y se hubieren pactado intereses, el deudor que se constituya en mora, deberá abonar por vía de indemnización de perjuicios un interés mayor que el pactado”. “No habiéndose pactado intereses, deberá abonar un interés mayor que el corriente en el mercado”. Este artículo guardaba semejanza con el artículo 1017 del Proyecto García Goyena de Código Civil español (cfr. GARCIA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, tomo III, Madrid, 1852, p. 52).

El Código Civil de 1873, en su artículo 1.166, adoptó una norma parecida a la del Código Civil italiano de 1865, con el siguiente texto: “A falta de convención expresa, en las obligaciones que tienen por objeto una

responsabilidad civil relativa, exclusivamente, al incumplimiento de las obligaciones que tienen por objeto una "cantidad de dinero", es decir, al que por tal se tiene como instrumento dotado de poder general de cambio, apto para obtener la liberación de las obligaciones que tienen por objeto una cierta cantidad de especies correspondientes a un múltiplo o fracción de la unidad legal de medida de un determinado sistema monetario.

El transcrito artículo contiene una regla de liquidación de un daño moratorio del cual se entiende indemnizar al acreedor, sin que a éste incumba carga alguna de prueba, como correspondiente a un porcentaje fijo de la suma debida: el del interés legal.

Históricamente, está latente en esa regla, o más bien en la mente de algunos de sus analistas o exégetas, una cierta idea, de clara inspiración en el principio

---

cantidad de dinero, los daños y perjuicios resultantes del retardo en el cumplimiento, se satisfacen con el pago del interés legal; salvo disposiciones especiales". "Estos daños son debidos desde el día de la mora, sin que el acreedor esté obligado a comprobar ninguna pérdida". El Código de 1880 sustituyó, en su artículo 1176, la expresión "convención expresa" del Código precedente, por la palabra "convenio", y la disposición, con este pequeño cambio, se repitió en los Códigos de 1896 (art. 1196) y 1904 (art. 1202). Con la reforma de 1916 se aproximó aún más la redacción de la norma (art. 1297) a la del modelo italiano, de donde resultó el texto que se repitió en la reforma de 1922 (art. 1297) y en la de 1942 (actual art. 1277).

Llama la atención el hecho de que en las actas de las sesiones de la Comisión Codificadora que preparó la reforma del Código Civil culminada en 1942, y cuyos miembros tuvieron tan presentes las normas del Proyecto franco-italiano de Código de las Obligaciones y Contratos de 1927, no se halle alusión alguna a las razones por las cuales resolvieron dejar intacto el antiguo precepto legal sobre los efectos del retardo en el pago de obligaciones pecuniarias. En el acta de la sesión del 23 de abril de 1940 consta que se acordó conservar inalterado el artículo 1297 del Código de 1922, sin consignar explicación alguna de ello (véase *Boletín de la Comisión Codificadora Nacional*, Año IV, N.º 28, marzo-abril de 1940, p. 70). Se desaprovechó así la ocasión de añadir al precepto en su forma tradicional un aparte similar al último del artículo 102 del Proyecto franco-italiano, mediante el cual se concedía al juez la facultad de atribuir "un resarcimiento ulterior al acreedor que demuestre haber sufrido un daño mayor", "sin que para ello se requiera, como actualmente exige la doctrina francesa, la mala fe del deudor", según se explicaba en la exposición de motivos de dicho Proyecto (cfr. la edición bilingüe de éste, publicada en Roma, en 1928, pp. XCII, XCIII, 45 y 46).

Pero es más llamativo aún que en el Anteproyecto de Ley de reforma parcial del Código Civil relativa a la unificación de las obligaciones y contratos civiles y mercantiles, incluido como parte del primer volumen de la "Reforma Mercantil. Ante-Proyectos", preparada por el Ministerio de Justicia (y publicada en dos ediciones, en 1962 y 1963), anteproyecto ése que reprodujo, en materia de obligaciones pecuniarias, las disposiciones del Código Civil italiano de 1942, se omitiera la norma del último párrafo del art. 1224 de este Código, sobre la resarcibilidad del daño mayor derivado del retardo en el pago de sumas de dinero. Así se procedió, sin que mediara justificación alguna, como observa Kummerow (en *La dimensión del débito pecuniario en el Anteproyecto de Ley sobre unificación de las obligaciones y contratos civiles y mercantiles*, Caracas, 1968, p. 91).

nominalista, que considera como único valor relevante de la moneda al valor legal de ésta (y no a su valor real), y estima que la no disponibilidad de la suma debida al acreedor, en caso de falta de pago, equivale a privarlo de un poder de cambio abstracto y absoluto, por lo que el daño indemnizable como consecuencia del retardo ha de ser, tan sólo, el consistente en la privación del goce del dinero. Deducción falsa, desde luego, puesto que los daños derivados del retardo en pagar una deuda pecuniaria pueden ser de una gran variedad y posiblemente, también, mucho más graves que el consistente en la simple privación de ese goce.

Entre tales daños puede estar el derivado de la faltante posibilidad de sustraerse a la depreciación de la moneda como consecuencia de no haber recibido puntualmente la suma debida. La posible consideración de esta depreciación, en el sistema de la responsabilidad civil, no puede quedar excluida por la sola vigencia del principio nominalista, porque no se trata de negar la precisa identidad numérica de la suma debida con la que ha de pagarse, sino de saber cuándo y con arreglo a cuáles requisitos es resarcible el daño derivado de una depreciación de la moneda ocurrida durante el retardo en pagar imputable al deudor.

B. El mismo artículo prevé dos órdenes de excepciones a la regla especial que consagra: la primera, en su alusión a la posibilidad de que las partes convengan que la indemnización de los daños derivados del retardo en pagar se rija en medida o por reglas distintas de la simple aplicación del interés legal: ya remitiéndose a una tasa superior a la de éste (que es la del 3% anual: artículo 1746 del Código Civil), ya por la estipulación de una cláusula penal (artículo 1257 del Código Civil), ya regulando de algún otro modo esa responsabilidad. Y la segunda, en la imprecisa locución que utiliza al referirse a lo previsto en “disposiciones especiales”; con ella, el Código Civil venezolano -a diferencia de su modelo italiano- omite referirse a “las reglas particulares del comercio, de la fianza y de la sociedad”, en las cuales la opinión prevaleciente ha visto excepciones que confirman la regla de exclusión de la posibilidad de obtener el resarcimiento del daño mayor derivado del retardo culposo en pagar una suma de dinero.

Interesa, pues, referirse a los antecedentes francés e italiano del artículo 1277 del Código Civil, para hacer ver cuál ha sido la evolución del tratamiento que

ha recibido en Francia y en Italia el tema de si cabe o no el resarcimiento de ese mayor daño, antes de exponer cómo ha sido tratado y cómo debería serlo en Venezuela.

## *2. Antecedentes históricos y tratamiento del problema en los derechos francés e italiano*

### A. Derecho francés

a.- Situación durante la vigencia del texto originario del artículo 1153 del Código Civil francés

En Francia, el artículo 1153 del Código Civil tuvo, en su origen, el siguiente texto:

*“En las obligaciones que se limitan al pago de una cierta suma, los daños y perjuicios resultantes del retardo en la ejecución no consisten nunca (“jamais”) sino en la condena a los intereses fijados por la ley; salvo las reglas particulares del comercio y de la fianza.”*

*“Estos daños y perjuicios se deben sin que el acreedor esté obligado a justificar ninguna pérdida.”*

*“No se deben sino desde el día de la demanda, excepto en los casos en que la ley los hace correr de pleno derecho”.*

Los términos absolutamente cerrados y categóricos en los cuales fue concebido y quedó redactado ese artículo hallaron su inspiración en las enseñanzas de Pothier: “Como los diferentes daños e intereses que pueden resultar del retardo en el cumplimiento de esta especie de obligación (la de pagar una suma de dinero) varían al infinito y es tan difícil preverlos como justificarlos, ha sido necesario reglarlos como por una especie de **forfait**, a un tanto fijo. Es lo que se ha hecho fijando los intereses de la suma debida a la tasa de la ordenanza”. “Esos intereses comienzan a correr contra el deudor desde el día en que ha sido constituido en mora hasta el día en que paga, por cuanto son el precio común del provecho legítimo que el acreedor habría podido retirar de la suma que le ha sido debida, si le hubiese sido pagada”.

Tal indemnización a tasa fija sería invariable, con independencia de la magnitud del perjuicio realmente sufrido por el acreedor y aun del carácter intencional o simplemente culposo del comportamiento del deudor: "... por grande que sea el retardo que el deudor haya llevado al pago de la suma debida, ya sea que el retardo proceda de una simple negligencia, ya que proceda de dolo o contumacia afectada, el acreedor no puede pedir otra indemnización que esos intereses"<sup>20</sup>

En este mismo orden de ideas, al comenzar su comentario sobre dicho artículo 1153, Marcadé anotaba que "... en las obligaciones de sumas de dinero no hay lugar jamás a daños-intereses por inexecución propiamente dicha, sino solamente por retardo en la ejecución. En efecto, es claro que la obligación no puede convertirse en deuda de daños y perjuicios, es decir, en deuda de suma de dinero, cuando ella es deuda de dinero primitivamente y por sí misma...". Y algo más adelante, al referirse a la magnitud del resarcimiento debido al acreedor conforme al mismo artículo, el nombrado autor se expresaba así: "¿Pero cómo se determinan estos daños-intereses, cómo se apreciarán los perjuicios que el acreedor ha sufrido al no obtener el dinero en la época en que debía pagársele? 'Como estos daños varían infinitamente, decía Pothier, y es tan difícil preverlos como justificarlos, ha sido necesario reglarlos por una especie de forfait y como algo fijo. Es lo que se ha hecho fijándolos en los intereses de la suma, a tasa de ordenanza'". Al continuar su propio comentario añadía Marcadé que: "Tal es todavía la regla de nuestro artículo, el cual declara que los daños-intereses no podrán consistir sino en los intereses fijados por la ley..."<sup>21</sup>

<sup>20</sup> POTHIER, R.J., "Traité des obligations", en *Oeuvres de Pothier*, por M. Bugnet, Tomo II, París, 1861, No. 170, pp. 82 y 83. "Tales son las reglas para el fuero externo -aclaraba el autor algo más adelante (No. 172, pp. 83 y 84)-; pero en el fuero de la conciencia, si el deudor no ha sufrido daño alguno por el retardo en el pago de la suma que le era debida, es decir, si este retardo no le ha causado ninguna pérdida, y no lo ha privado de ganancia alguna, él no debe exigir esos intereses; porque esos intereses se acuerdan como indemnización, y no pueden deberse a quien no ha sufrido daño alguno". "Vice versa, si el daño que el retardo ha causado al acreedores mayor que los intereses, según las reglas del fuero de la conciencia, cuando el deudor, por dolo o por contumacia afectada, ha estado en mora de pagar lo que podía pagar fácilmente, debe indemnizar al acreedor, enteramente, de todos los daños que sabe que le ha causado por su injusta demora; y no basta con que pague los intereses desde el día de la mora".

<sup>21</sup> MARCADE, V., *Explication théorique et pratique du Code Civil*, tomo IV, París, 1873, pp. 447 y 448. Es interesante consultar igualmente a DEMOLOMBE, C., *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, tomo 1, 2a. ed., París, 1870, pp. 608 y ss.

La opinión de Marcadé puede considerarse como muy representativa de la doctrina francesa anterior a la Ley de 1900 que se citará dentro de poco. Atenidos a las enseñanzas apoyadas en una antigua tradición y en la férrea letra del transcrito artículo 1153, los autores franceses de aquel tiempo excluyeron que el acreedor de sumas de dinero, víctima de la mora de su deudor, tuviera derecho a obtener un resarcimiento mayor que el representado por la liquidación à forfait de la cual habló en su tiempo Pothier.

Por consiguiente, de acuerdo con la distinción formulada por la doctrina francesa, entre “daños y perjuicios moratorios” y “daños y perjuicios compensatorios”, refiriendo los primeros a la hipótesis del retardo y los otros a la hipótesis del incumplimiento definitivo y a la del cumplimiento inexacto (diferente del retardo en pagar la obligación), los daños y perjuicios resultantes del retardo en pagar una suma de dinero no podrían dar lugar sino al pago de intereses, a tasa fija, legalmente establecida, como representativa, a la vez, de un mínimo y un máximo de la reparación debida al acreedor: ni éste podría pretender exigir algo más, ni el deudor pretender pagar algo menos.

Pero a pesar del texto legal y de las opiniones doctrinarias excluyentes de la posibilidad de acordar al acreedor una indemnización superior a la indicada, la jurisprudencia francesa, aún fuera de los casos legales señalados como de excepción a la regla del artículo 1153 decidió, en una reacción contra la rígida aplicación de esta severa norma, que el acreedor tendría derecho a una indemnización **suplementaria** cada vez que, por culpa de su deudor, hubiera sufrido un perjuicio distinto del que resultara del sólo retardo en pagar. Habría entonces lugar a distinguir dos posibles especies de perjuicios indemnizables: una, que daría lugar a la aplicación del artículo 1153, dirigido, según la jurisprudencia, a sancionar el simple retardo en el cumplimiento; y la otra, correspondiente a una **culpa** en la cual hubiere incurrido el deudor, por la cual hubiere irrogado al acreedor un daño mayor que el consistente en la sola privación de los intereses y la cual daría derecho al acreedor a obtener una indemnización suplementaria, mediante la aplicación del artículo 1382 del Código Civil francés (equivalente al artículo 1185, 1er. párrafo, del Código Civil venezolano). La indemnización del segundo daño se lograría, pues, mediante la inserción, en materia contractual, de la regla suprema de la responsabilidad civil extracontractual, con arreglo a la cual quien con intención



advierte que difieren por la circunstancia de que el interés contemplado en este último es el corriente en el mercado, hasta el límite del doce por ciento anual, mientras que el interés al cual se refería la norma italiana era el interés legal en materia comercial, fijado en la tasa del cinco por ciento anual.<sup>60</sup> Pero esta diferencia es en absoluto irrelevante desde el punto de vista de la argumentación que comenzamos a exponer: lo sustancial de la norma, y en lo que uno y otro artículo coinciden, es que las obligaciones mercantiles de sumas de dinero líquidas y exigibles, devengan de pleno derecho intereses, sin que ni el precepto italiano estuviera específicamente dirigido en su tiempo, ni el venezolano esté específicamente dirigido en el presente, a sancionar la situación del deudor en mora de cumplir una obligación mercantil, aunque también obligaciones morosas devenguen esos intereses.

El artículo 108 del Código de Comercio se refiere a obligaciones mercantiles, ya por provenir de un acto objetivamente mercantil (conforme al artículo 2° de dicho Código), ya porque el deudor de ellas las haya contraído como comerciante (arg. artículo 3° del Código de Comercio). Ni la letra ni el propósito de tal artículo permiten restringir la norma que él contiene a la sola hipótesis de la mora, ni en consecuencia puede tampoco entenderse que el mismo artículo contenga una simple aplicación de la regla "**dies interpellat pro homine**", que sancione cómo los intereses comiencen a correr desde el vencimiento de una obligación pecuniaria pagadera a término cierto, desde que éste llegue y sin necesidad de requerimiento.<sup>61</sup> Como decía Ascarelli,<sup>62</sup> hallándose establecida esta regla en el Código Civil, carecería de sentido entenderla repetida en el

<sup>60</sup> Cfr. BOLAFFIO, Leone, obra citada, p. 261.

<sup>61</sup> Sin embargo, en sentido radicalmente diverso de lo que exponemos, el profesor Maduro Luyando escribió que: "En las obligaciones mercantiles que tienen por objeto sumas de dinero líquidas y exigibles, la mora opera de pleno derecho, sin necesidad de interpelación. Muchas deudas devengan de pleno derecho el interés corriente en el mercado, siempre que no exceda del doce por ciento (12%) anual (art. 108 del Código de Comercio)". "Ello se debe a que el legislador presume en materia mercantil que los comerciantes tienen siempre la decisión de cobrar el día fijo que ha sido previsto para el pago. Se considera vigente en esta clase de obligaciones la máxima **dies interpellat pro homine**" (Cfr. MADURO LUYANDO, Eloy, obra citada, p. 122). Según cuanto exponemos arriba, no compartimos esta opinión, ni en cuanto al fundamento atribuido en ella al artículo 108 del Código de Comercio, ni en cuanto a que el mismo sea una norma específica sobre intereses moratorios que devenguen obligaciones pecuniarias mercantiles, líquidas y exigibles, ni en cuanto a que dicho artículo contenga una aplicación de la regla "**dies interpellat pro homine**".

<sup>62</sup> ASCARELLI, Tullio, "Limiti di applicabilità dell'art 1231 Cod. Civ.", en *Rivista del diritto commerciale*, vol. XXVIII, primera parte, Milán, 1930, p. 390.

Una interpretación del artículo 108 del Código de Comercio más atenta al origen, a la significación y al alcance del precepto en él establecido, conduce a un resultado diverso del que, según lo que se acaba de señalar, ha sido visto tradicionalmente en aquél. Esta más amplia interpretación del citado precepto debería conducir a aceptar la tesis de la resarcibilidad del daño mayor en lo que concierne a las obligaciones pecuniarias mercantiles, líquidas y exigibles, aun por aquellos que rechazan el posible resarcimiento de tales daños en cuanto concierne al retardo en el cumplimiento de obligaciones pecuniarias civiles, porque entienden que tal posibilidad se encuentra categóricamente descartada por el artículo 1277 del Código Civil, considerado -según la misma opinión negadora- como un obstáculo infranqueable para alcanzarla.

Según lo que se expondrá dentro de poco, fue mérito del tratadista italiano Leone Bolaffio abrir el cauce a la aludida interpretación, por el examen al cual sometió a la norma del artículo 41 del Código de Comercio italiano de 1882, de la cual deriva el artículo 108 del Código de Comercio venezolano.

La disposición legal italiana tenía el siguiente texto: "Las deudas comerciales líquidas y exigibles de sumas de dinero producen intereses de pleno derecho".<sup>59</sup> Si se la compara con el artículo 108 del Código de Comercio venezolano, se

---

<sup>59</sup> Dicho artículo se hallaba inspirado, a su vez, en el artículo 289 de Código de Comercio alemán de 1861, en el cual se acogió, por primera vez, la regla que consagró (la cual pasó luego al Código de Comercio alemán de 1897), impulsada por las exigencias de una nueva economía de tipo industrial: su acogida en la ley está vinculada al progreso de este tipo de economía (cfr. GIORGIANNI, Michele, *L'Inadempimento*, Milán, 1970, p. 136). El citado artículo del Código de Comercio alemán disponía que: "Los comerciantes pueden, entre ellos, en los actos que son de comercio para ambas partes, exigir, incluso en defecto de pacto o interpelación, intereses sobre todo crédito, desde el día de su vencimiento". Ahora bien, como observó Bolaffio, había notables diferencias entre el artículo 41 italiano y su modelo alemán: este último sancionaba una norma aplicable al caso en el cual ambas partes fueran comerciantes y el acto fuese comercial para cada una de ellas, mientras que según el italiano bastaba con que el deudor fuese comerciante o el acto del cual derivara la obligación fuese objetivamente comercial; el precepto alemán **autorizaba** a los comerciantes a obtener que corrieran los intereses desde el vencimiento del crédito, por actos bilateralmente mercantiles, en sus relaciones con otros comerciantes, mientras que el artículo italiano era expresivo de una regla legal general y absoluta; la regla alemana aludía a deudas contractuales, la italiana a deudas mercantiles derivadas de cualesquiera fuentes; la primera contemplaba que los intereses corrieran desde el día del vencimiento del crédito, la italiana exigía que el débito fuese líquido y exigible; y finalmente, según el Código italiano, siendo también el débito de intereses líquido y exigible, el mismo podría devengar, a su vez, otros intereses, consecuencia que no podía deducirse del artículo 289 del Código de Comercio alemán de 1861 (V. BOLAFFIO, Leone, "Delle obbligazioni commerciali in generale", en *Il Codice di Commercio commentato*, obra coordinada por L. Bolaffio, A. Rocco y C. Vivante, Turín, 1937, pp. 257 y 258).

#### IV. EL ARTICULO 108 DEL CODIGO DE COMERCIO Y LA RESARCIBILIDAD DEL DAÑO MAYOR DERIVADO DEL RETARDO CULPOSO EN PAGAR OBLIGACIONES PECUNIARIAS MERCANTILES, LIQUIDAS Y EXIGIBLES

##### 1. Sentido y alcance del precepto de dicho artículo. Opiniones de Leone Bolaffio y Tullio Ascarelli

El artículo 1277 del Código Civil, a continuación de la regla ya examinada, de liquidación *à forfait* del daño moratorio causado por el deudor de una obligación pecuniaria, deja a “salvo disposiciones especiales”. Dada la especialidad de las leyes mercantiles, respecto de la legislación civil, en la doctrina tradicionalmente aceptada no parece haber dudas sobre que entre tales disposiciones especiales se encuentran las del Código de Comercio aplicables a las obligaciones que según éste tienen carácter mercantil.

Pues bien, el artículo 108 del Código de Comercio establece, en materia de obligaciones pecuniarias mercantiles una regla sin equivalente en el Código Civil. Dicho artículo dispone que “las deudas mercantiles, de sumas de dinero devengan de pleno derecho el interés corriente en el mercado, siempre que éste no exceda del doce por ciento anual”.

La doctrina contraria a la resarcibilidad del daño mayor derivado del retardo culposo en pagar obligaciones pecuniarias, al vincular el artículo 1277 del Código Civil, con el transcrito artículo del Código de Comercio, reduce el alcance de éste a la consecuencia que se deriva de entender que, mientras en materia de obligaciones pecuniarias civiles el interés moratorio aplicable es el interés legal (del tres por ciento anual), el interés moratorio aplicable a las obligaciones pecuniarias mercantiles es el corriente en el mercado, sujeto al límite del doce por ciento anual.<sup>58</sup>

---

<sup>58</sup> “En este sentido -ha sido escrito- la mora viene a producir, en el supuesto en estudio (el de la mora de una obligación mercantil), el establecimiento de una relación entre el artículo 1277 del Código Civil y el 108 del Código de Comercio. En virtud de ella, en lugar de colidir ambas normas en el señalado supuesto, colaboran”: véase PULIDO-MENDEZ, Víctor, *obra citada*, pp. 184 y 185. Véase, también, entre otros autores que pudieran citarse, ZAMBRANO VELASCO, José A., *obra citada*, p. 330, quien afirma que: “De conformidad con la redacción del artículo 1277 CC, sobre “disposiciones especiales”, debe mencionarse que la ley, excepcionalmente, accede en algunos casos al resarcimiento de mayores daños causados por la mora: el de los aportes de dinero que los socios deben hacer a la sociedad (art. 1655 CC y 209 CCo); el de la fianza (art. 1821, 2º aparte del CC y eventualmente, si resultare más favorable el interés corriente, el artículo 108 CCo”.

Venezian y Polacco en su tiempo, como excepciones más aparentes que reales a la regla de la cual hablamos, habrá de entenderse, en coherencia con nuestras afirmaciones anteriores, como referente a aquellos casos en que la ley disponga que la indemnización por daño moratorio *stricto sensu*, debida por el deudor de una obligación pecuniaria, deba ser pagada en medida diferente o con arreglo a un criterio distinto del de la liquidación del daño mínimo consagrada en dicha disposición legal.

De este modo, se habrá logrado la deseable aproximación de la materia relativa a la indemnización del daño derivado del retardo culposo en cumplir una obligación pecuniaria a los principios generales que rigen la responsabilidad civil consiguiente al incumplimiento de obligaciones, y estará abierta la posibilidad de obtener el resarcimiento del daño mayor concreto, alegado y probado por el acreedor víctima del retardo injustificado de su deudor, y en particular del sufrido por él con ocasión de una depreciación de la moneda.<sup>57</sup>

---

<sup>57</sup> Es oportuno señalar aquí que en varios laudos arbitrales que se han producido en los últimos años, ha sido acogida y aplicada la tesis de la resarcibilidad del daño mayor causado por el retardo culposo en pagar obligaciones pecuniarias. Así, en el caso CADAFE-CONINTUR, decidido por el tribunal arbitral, de árbitros arbitradores, integrado por los doctores Jesús Ramón Carmona Borjas, Gonzalo Parra Aranguren y José Melich Orsini; dicho laudo, dictado el 19 de febrero de 1987, fue publicado como parte del libro *Los intereses y la usura. Estudios Jurídicos*, Caracas, 1988, pp. 391 y ss. También fue aplicada la misma tesis en el caso CADAFE-CONSORCIO IMPREGILO-SURAMERICANA DE OBRAS PUBLICAS, CA, decidido, el 20 de diciembre de 1989, por el tribunal arbitral, de árbitros de Derecho, integrado por los doctores Ney Himiob M., Gonzalo Pérez Luciani y el autor del presente trabajo; este último tuvo a su cargo la redacción de la parte del laudo relativa a los puntos "a" a "f" de lo reclamado, y en consecuencia le correspondió argumentar, entre otros temas, el relativo a la indemnización del daño mayor: los otros dos árbitros honraron al autor al aceptar tal argumentación; así se explica que parte de la exposición allí expuesta se vea reflejada en este trabajo; dicho laudo ha sido publicado en la *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica "Andrés Bello"*, N° 47, Caracas, 1993, pp. 225 y ss. Un tercer laudo arbitral fue dictado, en el mismo sentido, por un tribunal de árbitros arbitradores constituido por los doctores Alfredo Morles Hernández, Víctor Pulido Méndez y Alberto Baumeister Toledo, en el caso CANTV-MAPLATEX, el 13 de diciembre de 1991; este laudo fue consignado ante el Juzgado Cuarto de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda. En fecha reciente, el 11 de febrero de 1993, fue dictado un cuarto laudo, apoyado también en la doctrina de la resarcibilidad del daño mayor, en el caso CADAFE-MAPLATEX, por el tribunal arbitral de árbitros de Derecho constituido por los doctores Alfredo Morles Hernández, Luis Alberto Sánchez y José Muci-Abraham, con voto salvado del segundo de los nombrados; este laudo ha sido publicado en la *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, N° 87, Caracas, 1993, pp. 231 y ss.

distinguir allí dos distintos aspectos: “el acreedor -afirma sobre este punto Carbonnier- sufre un perjuicio abstracto y constante, porque no ha podido volver a colocar sus fondos a interés inmediatamente (este perjuicio es reparado, de una vez por todas, por los intereses legales); pero puede, además, sufrir un perjuicio concreto y variable, porque no ha podido aplicar sus fondos, en el momento deseado, para un uso determinado”.<sup>56</sup> La liquidación legal à **forfait** cubrirá entonces el “perjuicio abstracto y constante” de que habla el jurista francés y que los antiguos prácticos designaban, como se ha podido constatar, con la expresión “daños comunes”, cuya ocurrencia presume la ley y respecto de los cuales releva al acreedor de la carga de producir prueba alguna; el “perjuicio concreto y variable” (“daños propios”, en la antigua terminología) no habrá de ser resarcido sino a condición de que el acreedor lo pruebe, tanto en su existencia como en su cuantía, como daño directo y previsible, según las reglas generales de la responsabilidad civil contractual.

En el orden de ideas expuesto, el adverbio “siempre”, utilizado en el artículo 1277 del Código Civil -y en el cual la doctrina tradicional, acaso sugestionada por el influjo de viejas ideas, ha creído encontrar un argumento decisivo a su favor- habrá de ser entendido, simplemente, como significativo de “en todo caso” y no de “en todo caso y tan sólo”; por consiguiente, no como expresivo de la exclusión de una reparación ulterior, como lo hacen los partidarios de la tesis negadora de la resarcibilidad del daño mayor, sino como dando a entender que, en todo caso, la constitución en mora del deudor (mora en sentido estricto: “**ex persona**” o “**ex re**”, y no simple retardo no calificado, tal como propone Melich Orsini) de una obligación pecuniaria acarrea para él un deber de reparar conforme al mínimo legal pautado, sin descartar que la reparación debida pueda llegar a ser mayor, como obligación de resarcimiento no sujeta al principio nominalista, si el acreedor prueba haber sufrido un daño concreto y resarcible, mayor que el legalmente presunto.

La expresión “salvo disposiciones especiales” que contiene el mismo artículo 1277, en vez de ser comprendida, también por el peso de la tradición, como referente a casos tales como los de la fianza y la sociedad, ya calificados por

<sup>56</sup> V. CARBONNIER, Jean, obra y tomo citados, pp. 537 y 538.

tienen por objeto una "cantidad de dinero" (según la expresión de la ley), el cual constituye el objeto de las obligaciones precisamente llamadas pecuniarias. El mismo artículo contiene una regla especial de liquidación de un daño moratorio, determinado con relación a un cierto porcentaje de la cantidad debida: el del interés legal; se trata así de una liquidación fija o *à forfait*, como se ha dado en llamarla, inspirada en el principio nominalista de acuerdo con el cual ha de pagarse la cantidad originalmente debida, con independencia de que el poder adquisitivo correspondiente a esa cantidad de dinero sea el mismo o sea inferior o superior al que tenía para el momento del nacimiento de la deuda. La norma está orientada así por una sola idea: la de servir de reparación del solo perjuicio causado por la privación del goce del dinero que el acreedor no ha recibido a tiempo. Y aun este objetivo no se alcanza a lograr: nos parece que en la práctica es tan improbable que el daño efectivamente sufrido por el acreedor sea inferior a la tasa del interés legal, como que, en los hechos, éste sea suficiente para resarcirlo del mismo daño.<sup>54</sup> En razón de estas circunstancias no nos parece en absoluto repugnante a la lógica, ni al derecho, que aquella liquidación, que según la ya vista opinión negadora constituye a la vez un mínimo y un máximo, sea considerada sólo como un mínimo de la indemnización a que pueda tener derecho el acreedor, a quien, en vista de la obtención de ese mínimo valor debido, la ley lo releva de la carga de probar que ha sufrido efectivamente algún daño.

En efecto, como con gran tino y oportunidad ha observado Barassi, "si se admite que el interés legal de mora es el precio del uso del dinero, se debería lógicamente admitir que el acreedor probará que existen otros daños, además de los comprendidos en el interés legal", y que, en coherencia con el señalado punto de partida, la tasa del interés legal no representa un máximo insuperable.<sup>55</sup>

Y es que analizando con amplio criterio lo relativo a los daños que pueden derivarse de la falta de oportuno pago de una obligación pecuniaria, se podrán

<sup>54</sup> Como ha expuesto Barassi al referirse a la liquidación legal del daño moratorio mediante aquel "forfait" de tan reiterada evocación y en el cual se hallaría, según lo que decía Pothier, una suerte de equitativo equilibrio entre las adversas pretensiones del acreedor y el deudor, tratase -observa- "de una equidad más bien cerebral, de recíproca compensación, que perdía valor al pensar en la inverosimilitud de un daño inferior a la tasa legal, y al contrario, en la posibilidad de un daño que lo superase: no son, en suma, dos magnitudes que se equilibren" (v. BARASSI, Lodovico, *Teoria generale delle obbligazioni*, vol. III, L'attuazione, Milán, 1964, p. 495).

<sup>55</sup> v. BARASSI, Lodovico, *obra citada*, p. 494.

segundo, porque el acreedor no resultaría suficientemente compensado en razón del perjuicio sufrido. Cuando se dice, pues, que con el resarcimiento se indemniza al acreedor, no se entiende decir que el daño cesa de ser un hecho cumplido, y tampoco, necesariamente, que se lo repara en su materialidad, sino sólo que se lo repara económicamente, mediante la sustitución por equivalente del interés lesionado.<sup>52</sup>

Lo dicho es aplicable tanto en la materia de la responsabilidad contractual (la derivada del incumplimiento de una obligación en sentido propio) como en el campo de la responsabilidad extracontractual (la derivada de la violación del deber genérico del *neminem laedere*: v. artículos 1185, 1er. ap., y 1196, 1er. ap., del Código Civil). En lo que concierne a la primera de estas responsabilidades, el artículo 1264 del Código Civil dispone categóricamente que las obligaciones deben cumplirse exactamente como han sido contraídas, y de seguida se refiere a la responsabilidad civil consiguiente al incumplimiento dañoso, al declarar que: “El deudor es responsable de daños y perjuicios en caso de contravención”, lo cual reafirma el artículo 1271 al decir que: “El deudor será condenado al pago de los daños y perjuicios, tanto por inexecución de la obligación como por retardo en la ejecución, si no prueba que la inexecución o el retardo provienen de una causa extraña que no le sea imputable, aunque de su parte no haya habido mala fe”. En virtud del principio de la integridad del resarcimiento, la responsabilidad del deudor ha de extenderse tanto al daño patrimonial como al extrapatrimonial;<sup>53</sup> tanto al daño presente como al futuro, siempre que sean ciertos; tanto a la pérdida sufrida (daño emergente) como a la ganancia frustrada (lucro cesante) (artículo 1273 del Código Civil); a condición de que los daños hayan sido previstos o fueron previsibles, cuando el incumplimiento no haya sido doloso (artículo 1274 del Código Civil), y ellos sean consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación (artículo 1275 del Código Civil).

Pues bien, el artículo 1277 del Código Civil consagra una regla de responsabilidad civil referida exclusivamente, no a las deudas de valor, sino a las deudas que

<sup>52</sup> V. DE CUPIS, Adriano, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, vol. II, Milán, 1970, p. 212.

<sup>53</sup> Sin embargo, en nuestro medio, por razones que no cabe exponer aquí, pero que no compartimos, existe resistencia a admitir la resarcibilidad del daño no patrimonial derivado del incumplimiento de una obligación.

idéntico para todos los acreedores de obligaciones pecuniarias, en consonancia con una interpretación del artículo 1.277 CC que halla sus antecedentes en Pothier. Si se desea, sin embargo, dar satisfacción a los reclamos de la justicia en aquellos casos en que el deudor maliciosamente o con grave imprudencia causa daños a su acreedor, se podría lograr estos fines con la expresada distinción entre “mora” y “retardo culposo” no cualificado. En este último caso quedaría sobre los hombros del acreedor el pesado fardo de la prueba no sólo de los daños en su exacta consistencia, sino también del retardo y del nexo causal de este retardo culposo con los daños por él reclamados (Art. 1.271 CC). La regla del artículo 1.277 CC venez. se entendería restringida así al solo caso de la “mora” *stricto sensu*, y siempre dentro de los estrechos cánones de la interpretación tradicional”<sup>51</sup>

#### b.- Nuestra apreciación

Por nuestra parte, no vacilamos en afirmar que la posición más cónsona con la lógica y la justicia es la que admite la resarcibilidad del daño ulterior derivado del retardo culposo en pagar obligaciones pecuniarias.

A las consideraciones aducidas por el profesor Melich Orsini, sobre que la opinión generalmente aceptada carece de base racional valedera, estimamos oportuno agregar las reflexiones que siguen.

Principio fundamental en materia de responsabilidad civil es el de la integridad del resarcimiento: la suma pecuniaria que debe pagar el deudor al acreedor para restablecer el equilibrio patrimonial alterado por el acto dañoso debe ser exactamente proporcionada a la medida del correspondiente daño. Por esto se afirma que el resarcimiento consiste en la prestación del *id quod interest*: él debe conmensurarse precisamente a la medida del interés del acreedor; por ello hay que decir que la expresión francesa *dommages-interêts*: daños-intereses, se emplea con toda exactitud en esta materia. Porque si la suma de dinero acordada a título de resarcimiento sobrepasare la medida indicada o no llegare a alcanzarla, se obtendría un resultado injusto: en el primer caso porque el acreedor resultaría injustamente enriquecido a expensas del deudor, y en el

<sup>51</sup> Cfr. MELICH ORSINI, José, *obra citada*, pp. 249, 250 y 251.



deba limitarse a los “intereses moratorios”. Cuando una obligación de cualquier otra naturaleza se cumple en especie de manera tardía, los daños y perjuicios moratorios se calculan de modo que se repare al acreedor todo el daño emergente y el lucro cesante (artículo 1.273) que sea consecuencia directa o inmediata del incumplimiento temporal (artículo 1.275) y que hayan sido previsibles para el obligado en el momento de la celebración del contrato, o que si entonces le hubieran sido imprevisibles hayan derivado de su dolo o malicia (Art. 1.274). ¿Por qué no hacer lo mismo cuando se cumple en especie -como ocurrirá siempre- de manera tardía una obligación pecuniaria?”.

“En vano se argumenta, además, que el deudor pecuniario no podría prever los perjuicios que sería susceptible de ocasionar su incumplimiento a causa del indefinido uso que cabe dar al dinero, y que por fundarse la regla de la necesaria previsibilidad del daño derivado del incumplimiento contractual (Art. 1.274 CC venez.) en la voluntad presunta de las partes sería necesario aceptar que el deudor no habría consentido jamás en obligarse en tales condiciones, esto es, sin límite alguno. Aparte de que los posibles usos múltiples de bienes que no consisten en dinero y que forman objeto de otro género de obligaciones no permite al deudor excluir en esos otros casos su responsabilidad alegando la imprevisibilidad de tales usos, si ellos no resultaren excluidos por circunstancias extrínsecas a la naturaleza de la prestación en sí misma, no es cierto tampoco que por las circunstancias que rodean al contrato de donde surge una obligación pecuniaria determinada no puedan resultar igualmente excluidos ciertos pretendidos daños que se pretendan imputar al incumplimiento del débito pecuniario. Piénsese, por ejemplo, en la diferencia que hay entre los daños que resulta razonable prever que engendraría el retardo en satisfacer la deuda derivada de un seguro en previsión de enfermedades y los que parece normalmente previsible que se derivan del incumplimiento de un préstamo bancario. El requisito de la “certeza” del daño, que operaría en este caso como en cualquier otra hipótesis de acción por daños y perjuicios, basta por sí solo para permitir al juez un freno eficaz contra los alegatos abusivos del acreedor que pretenda inflar falsamente la verdadera cuantía de los daños sufridos por él”.

“La verdad es, pues, que la única razón valedera que encuentra la tesis tradicional es el deseo de reforzar los principios nominalísticos que son garantía de nuestro sistema monetario mediante el otorgamiento de un trato

pecuniario puede acarrear a su acreedor daños mucho más graves que la simple frustración del rédito que le produciría la eventual colocación de su capital. Ello sin contar con la amplia vía que se abre a los deudores inescrupulosos para jugar maliciosamente con la rígida aplicación del principio nominalístico en épocas de frecuentes y abruptas devaluaciones monetarias”.<sup>50</sup>

En otro lugar de su mismo escrito el citado autor propone la que, en su criterio, es la distinción que permite superar los inconvenientes de la opinión tradicional negativa: la distinción entre la “mora” **stricto sensu** y el retardo culposo no cualificado especialmente como “mora”. Partiendo de ello afirma que:

“El sentido del artículo 1277 CC venez. quedaría así reducido a proveer una solución para el caso de mora **stricto sensu** en el cumplimiento de obligaciones pecuniarias, en tanto que, al presumirlos, excluiría en ese caso la necesidad para el acreedor de probar la extensión y consistencia de los daños que ordinariamente suele acarrearle el retardo del deudor; pero nada prejuzgaría dicho texto legal fuera de la hipótesis de la “mora”, por lo que si el acreedor probare directamente el retardo culposo del deudor (sin mora ex art. 1.269 CC venez.) y la consistencia de esos daños en el caso concreto vendría a colocarse directamente bajo el amparo del art. 1.271 CC venez., aun si se tratase en el caso de obligaciones puramente pecuniarias”.

“Ninguno de los argumentos esgrimidos para reducir al supuesto de los “intereses moratorios” toda la problemática de los daños que es susceptible de causar el retardo en el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias -si se exceptúan, por supuesto, los de carácter histórico- resiste realmente una crítica seria”.

“Decir, en efecto, que el incumplimiento de la obligación pecuniaria no es susceptible de reparación por equivalente, pues el dinero es precisamente el equivalente para satisfacer el incumplimiento de obligaciones de cualquier otra naturaleza, por lo que sólo cabría hablar en las obligaciones pecuniarias de daños y perjuicios moratorios y jamás de daños y perjuicios compensatorios, no es realmente ningún argumento válido para establecer que el resarcimiento

---

<sup>50</sup> MELICH ORSINI, José, *La mora del deudor en el Derecho venezolano*, p. 246.

También la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 28 de julio de 1983 <sup>49</sup> se declaró a favor de la tesis de la irresarcibilidad del daño mayor, al referirse al artículo 1277 del Código Civil: “Esta norma -señaló entonces la Corte- es limitativa de la contenida en el artículo 1167 *eiusdem* que consagra el principio general de la reclamabilidad de todos los daños y perjuicios causados por el incumplimiento del contrato bilateral”. “En el caso de especie, como queda dicho, la recurrida condenó a la demandada a pagar la suma asegurada, los intereses a la rata legal y además los daños y perjuicios provenientes del retardo en el pago de dicha suma; la correcta aplicación de las normas reseñadas del Código Civil, conducía a declarar procedente sólo el reclamo de los intereses, única forma de resarcir los perjuicios provenientes del retardo en el pago de la suma de dinero reclamada; por tanto al declarar la recurrida con lugar el pedimento adicional del lucro cesante, infringió por errónea aplicación los artículos 1167 y 1277 del Código Civil, y la denuncia resulta ajustada a derecho”.

B. Tesis favorable a la resarcibilidad del daño mayor.

a. Opinión de José Melich Orsini

Hace unos años -bastante antes de que, por razones bien conocidas, comenzaran a sufrirse en nuestro país los efectos perturbadores de la inflación y la depreciación de la moneda el profesor José Melich Orsini arremetió vigorosamente contra los postulados de la opinión negativa, en términos que reproducimos a continuación:

“El segundo corolario de la interpretación tradicional del artículo 1277 CC venez., consiste en la deducción de que la concesión legal de los “intereses moratorios” al acreedor excluye necesariamente toda pretensión de éste a reclamar cualesquiera otros daños que le hubiera producido el retardo, distintos de la simple privación de intereses”. A lo cual añade, unas líneas más adelante, que: “Es claro que este segundo corolario de la interpretación tradicional del artículo 1277 CC venez. es también fuente de grandes iniquidades, pues, como ya hemos visto, el retardo del deudor en hacer honor a su compromiso

<sup>49</sup> Gaceta Forense, 3ª etapa, 1983, vol. I, N° 121, p. 751.

en dicha situación la cuantía de los daños, al señalar que consisten en el pago del interés legal (3% anual según el artículo 1746 del C C)".<sup>46</sup>

El profesor Víctor Pulido Méndez emitió también, en el pasado, una opinión negativa, en los términos transcritos a continuación: "Ahora bien, en la misma forma que no puede pretender el deudor que el acreedor no ha sufrido daños o que los ha sufrido en medida menor al monto de los intereses, tampoco puede el acreedor, en el estado actual de nuestro derecho, pretender que se le resarzan los mayores daños que la falta de pago puntual de su crédito pueda haberle ocasionado. La propia letra del artículo 1277 del Código Civil da pie a esta interpretación al decir "consisten siempre". El artículo 1277 del Código Civil ha establecido una especie de "forfait", como decía Pothier, una prudente y equitativa estimación de los daños a la que las partes se han sometido al no establecer algo diverso, y que les impide pretender más o pagar menos si los daños exceden o son menores de lo que determina esa fijación legal. En este sentido puede decirse que la presunción legal prevalece sobre los hechos reales".<sup>47</sup>

Más recientemente, el profesor José A. Zambrano Velasco, refiriéndose al artículo 1277 del Código Civil, se ha pronunciado igualmente por la opinión negativa, así: "La citada disposición corresponde al artículo 1153 del Código Civil Francés y al 1231 del Código Civil italiano de 1865, ambos ya reformados según antes se explicó, interpretados unánimemente por la doctrina de ambos países, anterior a la reforma, como hipótesis de intereses moratorios que cumplen una función resarcitoria, pues constituyen la liquidación legal y forfetaria del daño resultante del retardo en el cumplimiento y que "consisten siempre en el pago del interés legal", frase ésta suficientemente contundente como para justificar el rechazo de las tesis que intenten justificar el reconocimiento de un daño mayor añadido al de los intereses moratorios, en el estado actual de nuestra legislación".<sup>48</sup>

<sup>46</sup> MADURO LUYANDO, Eloy, *Curso de Obligaciones. Derecho Civil III*, 3a. ed., Caracas, 1975, p. 148.

<sup>47</sup> PULIDO, Méndez, Víctor, "Los intereses moratorios, correspectivos y compensatorios en el derecho venezolano vigente y en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil", en *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*, No. 133, enero-junio de 1968, Caracas, pp. 178 y 179.

<sup>48</sup> Cfr. ZAMBRANO VELASCO, J.A., *Teoría general de la obligación*, Caracas, 1985, p. 323. Pocas páginas más adelante (p. 330) el autor reitera su opinión, así: "La citada disposición del artículo 1277 C C, tiene carácter especial en todo lo relativo a obligaciones pecuniarias, y especialmente, en relación con los artículos 1274 y 1275 C C, cuya aplicación excluye, razón por la cual puede ratificarse la observación que antes se formuló..., de que al menos en el estado actual de nuestro derecho, no tiene cabida la tesis de la resarcibilidad de los mayores daños ocasionados por la mora, intentada infructuosamente en Italia bajo el imperio del código derogado".

1277...”.<sup>44</sup> Y en específica referencia al daño por depreciación monetaria, este mismo autor afirma, en armonía con sus anteriores afirmaciones, que: “Aun aceptando que la devaluación acaecida en el transcurso de la mora llega a ser un perjuicio con repercusiones patrimoniales adversas al acreedor, los intereses moratorios resumen la liquidación “forfaitaria” de ese daño, ante la cual sucumbiría toda prueba dirigida a demostrar que el daño no se produjo (desde el ángulo del deudor) o fue mayor (en la posición del acreedor)”.<sup>45</sup>

La tesis de la irresarcibilidad del daño mayor ha sido compartida también por el profesor Eloy Maduro Luyando, quien al respecto ha expresado: “Existe un caso en que el legislador presupone mediante una presunción absoluta la existencia de los daños y perjuicios moratorios, y además estipula su cuantía: ocurre en las obligaciones que tienen por objeto sumas de dinero, cuando las partes no hubiesen establecido convenio alguno para regular los daños y perjuicios causados por el retardo en el pago...el legislador presume en forma irrefragable y absoluta la existencia de los daños y perjuicios moratorios, liberando al acreedor de demostrar ninguna pérdida. Además, el legislador fija

---

<sup>44</sup> KUMMEROW, Gerst, *Esquema del daño contractual resarcible según el sistema normativo venezolano*, Caracas, 1964, p. 93.

<sup>45</sup> KUMMEROW, Gert, *obra citada*, pp. 100 y 101. El mismo autor reitera y amplía los mismos conceptos en *La dimensión del débito pecuario...*, pp. 96 y 97, en los siguientes términos: “En ausencia de una norma positiva de sustentación se desvanece, en la actualidad... cualquier intento de dirigir contra el patrimonio del obligado un acto coactivo con miras a satisfacer las pretensiones de resarcir el mayor daño en las obligaciones pecuniarias, dada la premisa de la mora del deudor. Este predicamento es válido inclusive frente a las tendencias inclinadas por la interpretación (en función integradora) de las fórmulas acogidas en los artículos 1271 y 1277 del vigente Código Civil, ya que la liquidación à forfait, practicada en el último de ellos, resiste una distinta consecuencia sancionadora conectada al retardo en las obligaciones de sumas de dinero”. “El artículo 1277, por el contrario, prevé las excepciones susceptibles de poner en juego el mecanismo de tipos legales particularizados que condicionan el resarcimiento de perjuicios mayores. Tales premisas carecen de poder expansivo capaz de transformarlas en normas de validez general. Con el auxilio de esos preceptos particulares se dicta la línea divisoria entre intereses y perjuicios (así, por ejemplo, los artículos 1655 y 1821 par. 3 del CC venezolano). Los antecedentes remotos del artículo 1231 CC italiano de 1865 -de donde es oriundo el Art. 1277 CC venezolano- suelen ubicarse en la doctrina de Pothier: los daños generados por el retardo en el cumplimiento de obligaciones cuyo objeto está constituido por sumas de dinero, pueden variar al infinito; la imposibilidad de determinar su cuantía justifica la fijación de un “forfait”. De otra parte, dos razones suplementarias abonan la comprensión estricta del Art. 1277 C.C. De haberse querido autorizar el resarcimiento de los mayores daños sufridos por el acreedor -para los cuales se reclamaría una prueba idónea- la palabra “siempre” empleada en ese dispositivo técnico habría sido sustituida por una frase más clara. El espíritu del precepto, además, se inclina por dos fines absolutamente definidos, conforme al pensamiento de Pothier: a) La eliminación de la dificultad de un acervo probatorio que influiría en la obtención del resarcimiento; b) la necesidad de evitar que contra el deudor se apunte un pacto coactivo encaminado a recabar el resarcimiento de daños no previsibles”.

dejado de ganar, con arreglo al artículo 1162. Cuando la deuda es de una cantidad de dinero, si las partes no han fijado la indemnización que se haya de satisfacer, como pueden hacerlo libremente, por tal respecto se abonará únicamente el interés legal, que el artículo 1676 fija a la renta del 3 por 100 anual. Por el derecho común la falta de cumplimiento o el retardo produce indemnización, cuando se compruebe que el acreedor ha padecido daños y perjuicios, y que el deudor no pruebe que la falta de cumplimiento o retardo ha provenido de caso fortuito o fuerza mayor (artículos 1160 y 1161). Siendo la obligación de dar una cantidad de dinero, el perjuicio se presume, y el deudor no es admitido<sup>43</sup> a probar que el acreedor no lo ha padecido”.

El doctor Aníbal Dominici, en su comentario al artículo 1196 del Código Civil de 1896<sup>43</sup> sostuvo igualmente la opinión negativa, en los términos siguientes: “Disposición especial para el préstamo de dinero y otros contratos en que una de las partes queda obligada a pagar o entregar una cantidad de dinero: procede subsidiariamente cuando no hay en ese punto estipulación alguna, ni existen preceptos legales opuestos, como son los que rigen en materia de comercio, donde el interés que por tales respectos se debe en semejantes circunstancias es el interés corriente en el mercado. La indemnización que aquí acuerda la Ley no puede tampoco ser discutida ni objetada por el deudor, ni aumentada o disminuida por el Juez, so pretexto de que no ha habido daños y perjuicios, o que éstos son mayores o menores que los que resultan del pago de intereses”.

Por su parte, en referencia al Código Civil actualmente en vigor, el profesor Gert Kummerow ha negado también la resarcibilidad de los mayores daños derivados del retardo en pagar obligaciones pecuniarias, y al respecto ha escrito: “El trasplante de las resultantes obligadas más salientes del estudio comparativo de los sistemas extranjeros, no es realizable en nuestro ordenamiento normativo. La liquidación “forfaitaria” del perjuicio causado por el retardo en la obligación de pagar una suma de dinero no puede subordinarse a una maleable interpretación que dé cabida al resarcimiento del daño mayor, por aplicación de los dispositivos técnicos contenidos en los arts. 1271 y 1277 C C. La asunción de una postura de signo distinto equivaldría a erigir un principio con pretensión de validez general, más contradictoria con el texto del artículo

<sup>43</sup> DOMINICI, Aníbal, *Comentarios al Código Civil venezolano*, tomo 2º, 3ª ed., Caracas, 1982, p. 763.

las Obligaciones suizo (artículo 106)<sup>41</sup>, consagran de manera inequívoca la resarcibilidad de los mayores daños derivados del retardo en pagar obligaciones pecuniarias, a condición de que el acreedor los pruebe conforme al derecho común de la responsabilidad civil.

Después de la entrada en vigor del artículo 1224 del nuevo Código Civil italiano, se ha producido doctrina y jurisprudencia copiosísimas sobre el problema del daño mayor sufrido por el acreedor de sumas de dinero, como consecuencia del retardo culposo de su deudor en hacer honor a su compromiso, cuando durante el retardo ha sobrevenido una depreciación de la moneda. Las soluciones obtenidas por tales doctrina y jurisprudencia, consolidadas no sin retrocesos a lo largo del tiempo, son perfectamente compatibles con las normas generales venezolanas en materia de responsabilidad civil por incumplimiento de obligaciones. Haremos referencia a lo principal de dichas soluciones en la parte V de este trabajo.

### *3. Opiniones venezolanas sobre el problema del resarcimiento del daño mayor*

#### **A. Opiniones adversas a la resarcibilidad del daño mayor**

En Venezuela, las opiniones doctrinarias sobre el problema del cual venimos discurriendo se hallan divididas, si bien predominan las contrarias a la resarcibilidad del daño mayor.

El licenciado Luis Sanojo, en su comentario sobre el artículo 1166 del Código Civil de 1873 <sup>42</sup>, adoptó la opinión negativa, que expresó así: “Cuando la obligación consiste en entregar una cantidad de dinero, se siguen reglas distintas en cuanto a indemnización de daños y perjuicios provenientes del retardo en su cumplimiento, de las que se siguen en el mismo punto respecto de las demás obligaciones. Por el derecho común, los daños y perjuicios han de estimarse atendiendo a la pérdida que ha sufrido el acreedor y a lo que ha

---

<sup>41</sup> Código de las Obligaciones suizo, artículo 106: “Cuando el daño sufrido por el acreedor es superior al interés moratorio, el deudor está obligado a reparar igualmente este daño, si no prueba que no le es imputable ninguna culpa”.

<sup>42</sup> SANOJO Luis, *Instituciones de Derecho Civil venezolano*, tomo 3°, reimpresión de la edición de 1873, p. 112.

por iguales argumentos, la tesis de la resarcibilidad del daño mayor, en el ámbito propio del artículo 41 del derogado Código de Comercio italiano (artículo éste correspondiente al 108 del Código de Comercio venezolano, con la diferencia que se anotará). A las opiniones de estos autores nos referiremos con amplitud en la parte IV del presente trabajo.

Debe anotarse también que durante la vigencia del Código Civil de 1865, se produjeron en Italia, en materia de obligaciones pecuniarias, algunas decisiones de casación que acordaron el resarcimiento de daños mayores en casos de incumplimiento doloso.<sup>39</sup>

#### b. El artículo 1224 del vigente Código Civil

Lo cierto es que al producirse la derogación de los Códigos Civil y de Comercio italianos, y la unificación de las instituciones de uno y otro de ellos en un solo cuerpo de normas, prevaleció la opinión favorable al resarcimiento de los mayores daños, y así, el antiguo artículo 1231 del Código Civil de 1865, fue sustituido, en el Código Civil italiano de 1942, por un nuevo texto, que es el del actual artículo 1224, redactado así:

*“Daños en las obligaciones pecuniarias: En las obligaciones que tienen por objeto una suma de dinero, se deben desde el día de la mora los intereses legales; aun cuando no se debieran anteriormente y aun cuando el acreedor no pruebe haber sufrido algún daño. Si antes de la mora se debían intereses en medida superior a la legal, los intereses moratorios se deben en la misma medida”.*

*“Al acreedor que demuestra haber sufrido un daño mayor le corresponde el ulterior resarcimiento. Este no se debe si se ha convenido la medida de los intereses moratorios”.*

Con esto, el Código Civil italiano ha venido a figurar en el grupo de códigos modernos que, como el Código Civil alemán (artículo 288)<sup>40</sup> y el Código de

<sup>39</sup> Véase la referencia a estas decisiones judiciales en KUMMEROW, Gert, obra citada, p. 93.

<sup>40</sup> Código Civil alemán, artículo 288: “Una deuda dineraria produce durante la mora un interés del cuatro por ciento anual. Si el acreedor puede exigir por otra causa jurídica intereses más altos, éstos han de continuar pagándose”. “No está excluida -la posibilidad- de hacer valer un daño mayor”.



Dos autores célebres manifestaron, sin embargo, opiniones discrepantes de la prevaleciente: Giorgio Giorgi y Francesco Ricci.

El primero de éstos, después de plantearse la pregunta de si “puede el acreedor pretender alguna cosa más que los intereses, probando haber sufrido mayor daño”, se respondía que en este “aspecto, es oportuno recurrir a la distinción de los antiguos prácticos entre daños **comunes** y daños **propios**. Dicha distinción, que ya vimos fue censurada sin razón por Dumoulin y por los modernos escritores franceses, vuelve por segunda vez a reivindicar su puesto en la Ciencia del Derecho. En verdad, la presunción de la ley considera sólo los daños comunes; y quiere decir que estos daños se presumen siempre y consisten en los intereses. Pero si el acreedor sufrió tales daños propios, **ipsi damnificato**, y resultan probados, también de estos daños deberá resarcirsele”.<sup>37</sup>

Y Ricci, al formularse, como Giorgi, el interrogante de si “...¿podrá el acreedor demostrar que los daños por él sufridos son superiores a la medida de los intereses legales, a fin de pretender una indemnización mayor que la establecida en el artículo 1231?”, respondió: “...la Corte de Apelación de Florencia ha tenido la ocasión de decidir que si el deudor ha asumido el mandato de pagar la suma a un tercero y por la mora de él el acreedor ha sido constreñido a pagar a éste directamente, tomando en mutuo el dinero a una tasa superior a la legal, el deudor debe indemnizarlo por la diferencia. Generalizando nosotros este justo concepto consideraremos que el legislador, en el artículo en examen, no ha previsto sino los daños ordinarios y comunes, no ya aquellos que pueden ser propios del acreedor por la especialidad del caso en el cual él se encuentra. Y en esta interpretación nos apoya la reflexión de que el legislador, si ha querido con el artículo 1231 proceder a una liquidación de daños, no ha, sin embargo, entendido en modo alguno alterar el principio fundamental que obliga al deudor incumplidor o retardado al resarcimiento de los daños; de donde, en fuerza del mismo principio, puede el acreedor exigir una mayor indemnización correspondiente a la mayor entidad de los daños sufridos”.<sup>38</sup>

Por otra parte, en referencia a las obligaciones mercantiles de sumas de dinero líquidas y exigibles, Leone Bolaffio y Tullio Ascarelli sostuvieron, aunque no

---

<sup>37</sup> GIORGI, Giorgio, *Teoría de las obligaciones*, vol. II, Madrid, 1928, p. 187.

<sup>38</sup> RICCI, Francesco, *Corso teórico-práctico di diritto civile*, vol. 6º, Turín, 1929, p. 278.

Por lo que respecta a la afirmación de quienes, contra la opinión dominante, sostuvieron que la presunción (*iuris et de iure*) concernía tan sólo a los llamados daños comunes, “es de observar -apuntaba Montel-, en primer lugar, que contrasta con la *ratio legis*, y además que, puesto que el resarcimiento mira a reintegrar el estado patrimonial del damnificado, no puede ser abstracto e impersonal, sino personal y propio, *ipsi damnificato*; ni esta característica sustancial viene a menos por el hecho de que la ley, presumiendo que aquél consista en los intereses legales, lo tasa en medida fija e invariable, debiéndose más bien considerar que esta medida está representada siempre por presunción de ley”.<sup>35</sup>

En cuanto a la iniquidad del resultado de no admitir la resarcibilidad del daño mayor, limitando la indemnización por el retardo al interés legal, sostuvo Montel que si bien no podría acogerse la opinión de que la norma fuese equitativa por la posibilidad de temperar su rigor mediante pacto contrario, aquella iniquidad podría ser invocada de *iure condendo*, pero que resultaba irrelevante a los fines de interpretar una disposición legal en un sentido diferente del que tradicionalmente se le atribuía. Y respecto de la opinión según la cual la regla del artículo 1231 cesaría de hallar aplicación en todo caso en que el incumplimiento fuese doloso, replicó que introducía un criterio fundado sobre la conducta del obligado, extraído, quizás, “por inadmisibles analogía”, de lo dispuesto en el artículo 1225 del Código Civil (correspondiente al artículo 1274 del Código Civil venezolano), pero que no podría hallar lugar en la legislación italiana.<sup>36</sup>

<sup>35</sup> MONTEL, Alberto, obra citada, p. 746.

<sup>36</sup> MONTEL, Alberto, obra y página citadas. La opinión criticada por Montel fue expuesta, particularmente, por VENEZIAN (“Sugli interessi moratorii”, en *Opere giuridiche*, Tomo I, “Studi sulle obbligazioni”, Roma, 1919, pp. 600 a 607), quien aunque partidario de la tesis que descartaba la resarcibilidad del daño mayor, opinó que el punto de partida para sostenerla debía verse en la norma legal limitadora de la responsabilidad contractual del deudor al daño previsible: dada la infinita variedad de los posibles empleos del dinero por el acreedor, la ley habría intervenido para fijar en la tasa legal el límite previsible; y portanto, según el mismo autor, la aplicación del artículo 1225 del Código Civil italiano de 1865 (correspondiente al artículo 1274 del Código Civil venezolano) conduciría a admitir la extensión de la responsabilidad del deudor a daños mayores (“propios”, no previsibles) sólo en los casos de incumplimiento doloso. Para la crítica de esta opinión de Venezian véase también BARASSI, Lodovico (“La teoria generale delle obbligazioni”, vol. III, *L’attuazione*, Milán, 1964, pp. 494 y 495), quien la consideraba “poco decisiva” “porque la previsibilidad de un hecho normal no excluye la posibilidad de que en algún caso este hecho normal sea superado por la tan variada realidad de la vida”.

Debe anotarse como singular, sin embargo, que al referirse a los casos de la fianza y de la sociedad, mencionados expresamente como de excepción en la disposición legal italiana y citados por él mismo como reafirmadores de la regla establecida en ésta, el propio Polacco los desvalorizará, en el desarrollo de sus ideas, al calificarlos como no constitutivos de verdaderas excepciones. En cuanto al caso de la fianza, después de rechazar que la obligación del deudor principal, de indemnizar integralmente al fiador, hallare su razón de ser en la gratuidad de la garantía (lo cual justamente rechazaba), distinguía, por una parte, la hipótesis de que la fianza hubiere sido dada con el conocimiento del deudor, a propósito de la cual -anotaba- “se puede decir que él asume tácitamente frente al fiador la obligación de no exponerlo a daño alguno...”, y “por tanto no se puede afirmar que el débito que existe en las relaciones entre deudor y fiador sea un débito de suma (de dinero) y precisamente de la suma deducida en la obligación principal, de modo que se deba aplicar el artículo 1231”. Y por otra parte, en caso de que la fianza hubiere sido dada sin el conocimiento del deudor principal, observaba, de acuerdo con enseñanzas que la doctrina contemporánea pone en duda, “que el fiador que ha pagado... asume el carácter de un **negotiorum gestor**, quien, según la regla, debe ser completamente indemnizado, dado el extremo del **utiliter gestum**”. Tanto en la primera hipótesis como en la segunda -concluía- “creo impropriamente indicado como excepción al artículo 1231, el caso de la fianza, porque no se trata de una obligación pecuniaria cuyo cumplimiento retarde el obligado (deudor principal) frente a su acreedor (el fiador), sino que entran en este campo figuras jurídicas bien distintas, las cuales importan un débito de indemnización plena, esto es, no restringida al simple monto de los intereses” (véase artículo 1821 del Código Civil venezolano). En análogos términos se refería luego el autor al caso de la sociedad -también contemplado como excepcional respecto de la regla del mismo artículo 1231-, y a la obligación impuesta al socio que no ha pagado oportunamente su aporte en dinero o que ha tomado para su utilidad personal alguna cantidad perteneciente a la sociedad, de indemnizar plenamente a ésta (v. artículo 1655 del Código Civil y artículo 209 del Código de Comercio venezolano). Esta otra excepción -señalaba con razón Polacco es, como la de la fianza, “más aparente que real”, porque, según decía Venezian -textualmente citado por él- “la prestación de la suma no es el fin al cual tienden los contratantes, sino el medio para alcanzar otro fin, sobre el cual se ha formado el consenso de ellos, y el cual, por esto, se hace objeto del contrato”.<sup>34</sup>

<sup>34</sup> V. POLACCO, Vittorio, obra citada, pp. 651 y ss.

atribución del interés legal. Así por ejemplo, Pacifici-Mazzoni afirmaba, categóricamente, que: “Los daños debidos por el deudor que esté en retardo de cumplir obligaciones que tienen por objeto una suma de dinero, consisten siempre, pero solamente, en el pago de los intereses legales, aunque el acreedor los haya sufrido mayores, salvo pacto especial”.<sup>31</sup>

“Si en efecto -escribió Montel en una sintética y muy representativa exposición de la opinión prevaleciente- con el art. 1231 se hubiese querido decir solamente que en las obligaciones que tienen por objeto una suma de dinero el deudor debe los intereses legales sin que sea necesaria la prueba del daño por parte del acreedor, y no se hubiese entendido excluir que en caso de pérdidas mayores encontrasen aplicación las otras normas de indemnización, no se habría utilizado el adverbio **siempre**, el cual, en su absolutez, indica el concepto de una presunción **iuris et de iure**. Hablar de excepciones no es posible, porque las que se admiten están explícitamente mencionadas, mientras que sobre aquéllas se calla. Y por otro lado, como bien anota Chironi, del hecho de que las disposiciones concernientes a la fianza y a la sociedad declaren debidos, en ciertos casos, no sólo los intereses, sino también el resarcimiento de los ulteriores daños ... se debe inducir que la distinción entre intereses y daños en el campo de aplicación del art. 1231 es rechazada, puesto que si en las hipótesis excepcionales la ley declara debidos, además de los intereses, los daños, esto significa que según la regla se deben solamente los intereses. Tal interpretación está confirmada por la historia de la norma...”, a propósito de la cual se acogía el citado autor a la doctrina de Pothier.<sup>32</sup>

En el sentido de ese último argumento había escrito también Polacco que: “Además, si es cierto que **exceptio confirmat regulam in casibus non exceptis**, no tiene poca importancia el notar que el art. 1231 exceptúa, entre otros, los casos de la sociedad y la fianza, y para éstos encontramos dicho que, a veces, se deben **intereses y daños**. La excepción está, por tanto, en este añadido de daños conseguibles además de los intereses, lo que reafirma la regla de que se pueden obtener los intereses de mora y no más”.<sup>33</sup>

<sup>31</sup> PACIFICI-MAZZONI, Emidio, *Istituzioni di diritto civile italiano*, vol IV, 3ª ed., Florencia, 1886, p. 195.

<sup>32</sup> MONTEL, Alberto, *obra citada*, p. 746.

<sup>33</sup> POLACCO, Vittorio, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, tomo I, Roma, 1915, p. 647.

una indemnización superior a la de los simples intereses moratorios a la tasa legal, siempre que el perjuicio fuera distinto del resultante del simple retardo y se debiere a culpa del deudor. Después de la Ley de 1900, la indemnización de mayores daños (ya no “moratorios”, sino “compensatorios”) procede siempre que el acreedor produzca la prueba de tal daño y la de que éste se debe a la mala fe del deudor, no identificada con la intención de dañar. Entre tales daños suplementarios que habrían de ser indemnizados, puede figurar el consiguiente a una devaluación monetaria ocurrida durante el retardo culposo del deudor.

## B. Derecho italiano

### a. El artículo 1231 del Código Civil de 1865

En Italia, la norma correspondiente a los efectos del retardo en el cumplimiento de obligaciones de dinero, bajo la vigencia del Código Civil de 1865, fue la del artículo 1231 de éste, redactada así:

*“A falta de pacto especial, en las obligaciones que tienen por objeto una suma de dinero, los daños derivados del retardo en cumplirlas consisten siempre en el pago de los intereses legales, salvo las reglas particulares del comercio, de la fianza y de la sociedad”. “Estos daños se deben desde el día de la mora, sin que el acreedor esté sujeto a justificar ninguna pérdida”.*

En relación al punto que nos interesa, el de la resarcibilidad o irresarcibilidad del daño mayor derivado del retardo culposo en pagar obligaciones pecuniarias, la doctrina que se formó durante la vigencia del citado Código se dividió, aunque con indudable predominio de la opinión negativa.

Efectivamente, atenta a la tradición histórica, a conceptos doctrinarios fuertemente aferrados a las enseñanzas de Pothier, y al texto mismo del transcrito artículo 1231, la doctrina abrumadoramente prevaleciente bajo la vigencia del derogado Código Civil italiano limitó la resarcibilidad del daño mayor a los solos casos de excepción contemplados en dicha norma y en los cuales el acreedor, perjudicado por el retardo en pagar de su deudor, pudiese producir la prueba del daño excedente del legalmente resarcible mediante la

valor en el dominio propio de las obligaciones pecuniarias y como surgida en razón del retardo culposo del deudor en satisfacerlas. “Tratándose de una deuda de valor los daños-intereses no pueden ser forfetarios (“forfaitaires”), puesto que, por definición, la deuda no tiene expresión monetaria”. “Ahora bien, estos daños-intereses deben compensar, es decir, representar enteramente el objeto del crédito, que es una prestación en especie (“en nature”) indeterminada. Sustitutos monetarios de la prestación en especie, los daños-intereses compensatorios poseen la misma variabilidad económica de ella”.<sup>27</sup>

Progresando en el mismo orden de ideas, se han producido en Francia algunas decisiones de tribunales de instancia que han acordado la reparación de perjuicios irrogados con ocasión de depreciaciones monetarias habidas durante el retardo en el pago de obligaciones pecuniarias.<sup>28</sup> Carbonnier anota que puede hacerseles el reproche de que se aíslan “del conjunto de nuestro sistema monetario, dominado por el principio nominalista”. Pero de seguida observa que: “Lo que es cierto es que el negar daños-intereses en semejante caso, conduce a una diferencia poco justificable a los ojos de la equidad, entre dos acreedores igualmente víctimas de las dilaciones de un deudor de mala fe: el acreedor de una suma de dinero líquida soportará el riesgo de la depreciación monetaria; el acreedor de una prestación en especie todavía no liquidada, estará exento de este riesgo, gracias a la regla de la evaluación al día de la sentencia definitiva”.<sup>29</sup> Más recientemente, el 29 de octubre de 1962, la Casación francesa, al decidir favorablemente al acreedor en un caso de reclamación de daños por depreciación monetaria, ha dado cabida a la idea de que si bien la falta de pago oportuno de una obligación pecuniaria no produce la metamorfosis de ésta haciéndola cambiar de naturaleza, el retardo en el pago, como forma de incumplimiento, da lugar al nacimiento de una distinta obligación de reparar, calificada como deuda de valor.<sup>30</sup>

Lo expuesto anteriormente, puede sintetizarse así: en Francia, no obstante el artículo 1153 del Código Civil, y las opiniones doctrinarias, la jurisprudencia anterior a la Ley de 7 de abril de 1900, acordó al acreedor de sumas de dinero

<sup>27</sup> PIERRE-FRANÇOIS, G.L., obra citada, pp. 73 y 74.

<sup>28</sup> Estas decisiones judiciales (de 29.7.1948 y 9.11.1948) las cita CARBONNIER, obra y tomo citados, p. 538.

<sup>29</sup> Cfr. CARBONNIER, J., obra, tomo y página citados.

<sup>30</sup> Cfr. PIERRE-FRANÇOIS, G.L., obra citada, p. 75.

con frase oscura, “perjuicio independiente del retardo” y sobre el cual se ha dicho, con razón, que no se trata en verdad de un perjuicio tal, sino de un perjuicio dependiente, sí, del retardo en pagar imputable al deudor, aunque lógicamente diferente del perjuicio abstracto y uniforme consistente en la privación del uso del dinero (presumido fructífero) y que se repara mediante los intereses moratorios.<sup>24</sup> Se tratará, pues, de un daño concreto, y la prueba de sus elementos deberá ser proporcionada por el acreedor exactamente como si estuviera en juego reparar el daño derivado del incumplimiento de una obligación distinta de la de pagar una suma de dinero; así, p. ej., el perjuicio que haya sufrido el acreedor porque no ha podido aplicar los fondos (no pagados) a un cierto propósito específico, o el irrogado al acreedor por no haber podido éste hacer frente, con ellos, a un gasto urgente, por lo cual se ha visto precisado a tomar dinero en préstamo en condiciones onerosas.<sup>25</sup>

Pues bien, al hacer posible la reparación de esa clase de daños derivados del retardo culposo del deudor en pagar una obligación pecuniaria, con independencia, además, de una formal constitución en mora mediante interpelación, y como correspondientes a una obligación traducible, mediante liquidación judicial, en una suma de dinero, se ha abierto en Francia la posibilidad de acordar la reparación de “daños compensatorios” en esas hipótesis de retardo, lo cual es tanto más notable cuanto que, en ese país, una tradición doctrinaria muy antigua no admitía que el retardo en pagar una obligación de dinero pudiera dar lugar a la obtención de una indemnización diferente de la relativa a los “daños y perjuicios moratorios”, reparables mediante intereses de mora<sup>26</sup>. Se ha dado así entrada, a la noción de deuda de

<sup>24</sup> Véase LARROUMET, Christian, *Droit civil*, tomo III, *Les obligations*, 1a. parte, París, 1986, p. 609.

<sup>25</sup> A título de ejemplos ilustrativos de “perjuicios distintos del retardo” que justifican una “asignación suplementaria de daños-intereses”, se citan en la doctrina y la jurisprudencia francesas, en la hipótesis de la fianza (artículo 2028 del Código Civil francés), casos como éstos: el del embargo y remate de bienes del fiador, por demanda del acreedor; el de la quiebra del fiador; el de la condenación del fiador a la reparación de daños por incumplimiento de otra obligación que no ha podido cumplir por haber tenido que pagar en lugar del deudor principal; el del daño causado al fiador que se ha visto forzado a tomar en préstamo en condiciones onerosas, las sumas de dinero reclamadas por el acreedor; el de los perjuicios correspondientes a pérdidas de tiempo y gastos ocasionados por gestiones e inquietudes originadas por el retardo injustificado del deudor en proveer garantías hipotecarias que había ofrecido, o derivados de procedimientos dilatorios del mismo deudor: véase SIMLER, Philippe, *Le cautionnement*, París, 1982, p. 392.

<sup>26</sup> Últimamente se afirma, incluso, que una vez establecida la prueba de un “perjuicio distinto”, “esta prueba se juzga suficiente para justificar el cúmulo de daños e intereses compensatorios e intereses legales, sin que se exija la de la mala fe del deudor”: VINEY, Geneviève, “Les obligations. La responsabilité civile: effets”, en *Traité de droit civil*, bajo la dirección de Jaques Ghestin, V, París, 1988, p. 459.

o por negligencia o imprudencia ha causado un daño a otro, está obligado a repararlo.<sup>22</sup>

b. Situación con posteridad a la reforma introducida por la Ley de 7 de abril de 1900.

Una Ley de 7 de abril de 1900 redujo la tasa del interés legal y eliminó el requisito de la demanda judicial establecido en el texto original del artículo 1153 como necesario para constituir en mora al deudor, al sustituirlo por el de la simple intimación (“*sommation*”), a partir de la cual comenzarían a producirse los intereses moratorios. Pero sobre todo -y según se dijo en el informe, dirigido al Senado, sobre la reforma que en definitiva se sancionó-, dicha ley, con el propósito de consagrar la señalada jurisprudencia, añadió al artículo 1153 del Código Civil, un párrafo redactado así: “El acreedor a quien su deudor en retardo ha causado por su mala fe un perjuicio independiente de este retardo, puede obtener daños-intereses moratorios distintos de los intereses de la acreencia” .

La reforma introducida en la Ley de 1900 vino, pues, a supeditar la obtención de la indemnización suplementaria a dos requisitos: 1°.- el relativo a la mala fe del deudor, punto sobre el cual se ha criticado que la fórmula empleada en la ley de reforma venía a restringir el alcance de la anterior jurisprudencia, la cual se contentaba con una simple culpa, aunque de hecho llegara a constatarse, en las decisiones judiciales, que el deudor en algún caso hubiera incurrido en actuaciones maliciosas o en actos de mala fe. La jurisprudencia contemporánea interpreta que la mala fe, si no comporta la intención de dañar, sí implica, al menos, la conciencia que se tiene de causar a otro un cierto perjuicio, pero vacila en equiparar la culpa grave al dolo.<sup>23</sup> 2°.- El relativo al llamado en la Ley,

<sup>22</sup> Véase la cita de sentencias de la Casación francesa que se produjeron en ese sentido con anterioridad a la reforma del texto original del artículo 1153 del Código Napoleón, en PLANIOL, Marcel, *Traité élémentaire de droit civil*, tomo 2, 7a. ed., París, 1917, p. 33, N° 270.

<sup>23</sup> Véase STARCK, Boris, *Droit Civil. Obligations*, París, 1972, p. 622; MARTY, Gabriel y RAYNAUD, Pierre, *Droit civil*, tomo II, 1° vol., Les obligations, París, 1962, p. 570; WEILL, Alex, *Droit Civil. Les Obligations*, París, 1971, p. 462; y CAPITANT, H.; WEILL, A. y TERRE, F. *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 7a. ed., París, 1976, p. 375. CARBONNIER, Jean, *Droit civil*, tomo 2° París, 1962, p. 537, sugiere que el obstáculo de la exigencia de la mala fe podría evitarse razonando por contraste con la noción de buena fe en la ejecución del contrato, la cual implica un mínimo de espíritu de colaboración en esa ejecución.



citado artículo del Código de Comercio; además, un crédito mercantil líquido y exigible, como, por ejemplo, el correspondiente a un mutuo o a un depósito pagadero mediante simple exigencia del acreedor, no puede considerarse vencido, ni por ende se puede afirmar que el deudor esté en mora de pagarlo, pero tampoco cabe duda de que ese crédito devenga intereses conforme a la norma del artículo 108 del Código de Comercio.

Y es que, en verdad, la idea básica en la cual se inspira este artículo es otra: la de la normal productividad del dinero, con independencia de la mora, idea ésta que Bolaffio, al referirse al artículo 41 del Código de Comercio italiano derogado y señalar la diferencia entre los intereses moratorios y los contemplados en este último artículo (intereses correspectivos) expuso así: "Es interés moratorio el resarcimiento que el deudor debe al acreedor por el injusto retardo, en pagar su propio débito. Si no está establecido el día en el cual el deudor debe pagar -caso en el cual **dies interpellat pro homine**- se necesita una intimación u otro acto equivalente para que el deudor sea constituido en mora (**mora solvendi**) y deba pagar el interés calificado por ello como moratorio...". "El interés moratorio es la liquidación del daño que -normalmente y sin necesidad de justificación- se considera sufrido por el acreedor como consecuencia del retardo culpable del deudor; reservada al acreedor, como veremos más adelante, la facultad de probar, en materia comercial, ... que su daño, consecuencia inmediata y directa del retardo, fue mayor; a efecto de obtener una indemnización específica ulterior (**interés compensatorio**). El **interés correspectivo** se devenga, en cambio, de todo débito comercial líquido y exigible: líquido, esto es, determinado e incontrovertido; exigible, esto es, tal que el acreedor podría pedir legalmente su pago. Y lo calificamos **interés correspectivo** porque, considerándose que el deudor por operación comercial se aproveche del dinero debido, atendida la fecundidad económica potencial del capital monetario, se reconoce legítimo el que corra el interés legal sobre el mismo como compensación, como correspectivo, al uso de aquella fecundidad que, en los negocios comerciales, se considera efectiva, con presunción absoluta, o como dice algún otro, como ficción legal o presupuesto absoluto de ley. Si el deudor quiere liberarse de la carga de ese interés, debe destruir la presunción legal o ficción de que él continúe disponiendo del capital monetario que debe, y esto lo hace depositando la suma en juicio... Por tanto, mientras los comercialistas fundan la legitimidad del interés correspectivo sobre la fecundidad económica del dinero que, atendida su potencia de adquisición de cada bien,

se presume de un modo absoluto fructífero, estando en poder de quien tiene una deuda comercial y prorroga su satisfacción con la tolerancia del acreedor, los civilistas lo justifican como una medida de seguridad para impedir el indebido enriquecimiento del deudor en daño del acreedor a quien correspondería tal interés”.<sup>63</sup>

Ahora bien, según el mismo autor, la remisión que se hacía, a título de normas de excepción, en el artículo 1231 del Código Civil italiano derogado, a “las reglas particulares del comercio”, no podía extenderse restringida a normas específicas del Código de Comercio que encontraran sus correspondientes precisos en otras el Código Civil, sino como dotada de un diverso significado: “¿Cuál? -se preguntaba-. Según nosotros éste. Las exigencias del crédito comercial, la firmeza de los negocios comerciales, la repercusión inevitable que el incumplimiento por parte de un contratante tiene sobre la cadena de los mismos, han encontrado en el comercio la costumbre constante y el consiguiente convencimiento de no circunscribir al interés legal las consecuencias del retardado pago de una suma de dinero, sino de exigir la plena reintegración del derecho lesionado. Así, pues, aunque fuese exacto, en el ámbito de las relaciones civiles, el principio por el cual la indemnización establecida en el interés legal representa una expedita y cómoda transacción entre las pretensiones del acreedor y el sacrificio del deudor, un forfait legal, para usar la expresión de Pothier, entre el máximo y el mínimo de los daños sufridos por el retardo culposo y, por consiguiente, del resarcimiento en realidad debido, este argumento no podría repetirse en el ámbito de las operaciones comerciales. No se puede, en otras palabras, sostener, que en los negocios comerciales, la determinación del resarcimiento en una suma fija, que debería ser el precio corriente del dinero (anotamos: como sí lo es en Venezuela: artículo 108 del Código de Comercio) representa una compensación equitativa de los intereses opuestos de las partes, pudiendo ser en algunos casos superior, en otros inferior al daño efectivamente experimentado...” (destacado nuestro. “Si, por tanto, el débito comercial es líquido y exigible, corre el interés legal, pero éste solamente, sin que el acreedor tenga derecho a pretender aquella mayor compensación que, según la interpretación acogida por nosotros, cuando se trate de deuda comercial para el deudor, le

<sup>63</sup> BOLAFFIO, Leone, obra citada, pp. 262 a 265.

correspondería cuando probase un daño efectivo y el deudor estuviese en mora”.<sup>64</sup>

Por su parte, Ascarelli, tomando como punto de partida la demostración de Bolaffio -“ahora ya generalmente acogida en la doctrina y en la jurisprudencia”- sostuvo la misma tesis preconizada por este tratadista, si bien sobre la base de una argumentación diferente y, a nuestro entender, de mayor solidez.

En primer lugar -acotaba Ascarelli- el fundamento del artículo 41 del Código de Comercio italiano no podía hacerse reposar solamente en la natural fructuosidad del dinero, sino también “en la imposibilidad del deudor de gozar de él gratuitamente” y, por consiguiente, en una presunción de onerosidad de las obligaciones mercantiles de dinero. “Ahora bien, esta presunción, dada la importancia central de las obligaciones de dinero y la confirmación que ella recibe en otras disposiciones, puede justamente ponerse como fundamento de un principio general del derecho comercial, principio conforme con el espíritu capitalista del cual el derecho mercantil es la más característica expresión jurídica”.<sup>65</sup>

Ascarelli objetó, además, a Bolaffio, el tratar -como se lo ha podido ver-, de hallar el fundamento de su argumentación sobre la base de la invocación de una norma consuetudinaria no demostrada: si tal norma existiera -decía-, prevalecería sobre el Código Civil, independientemente del llamado a la aplicación de éste, en virtud de la disposición general del Código de Comercio sobre la aplicación de las costumbres mercantiles (artículo 9º del Código de Comercio venezolano). Por esto, aun considerando exacta la interpretación tradicional del artículo, 1231 del Código Civil italiano derogado, juzgó Ascarelli que éste resultaba inaplicable, en materia mercantil, en todos los casos en que fuese aplicable el artículo 41 del Código de Comercio. “Estas dos disposiciones son inconciliables entre sí -escribió-, y por tanto, independientemente del llamado al art. 1231, éste es inaplicable en todo el campo de aplicación del art. 41 Cod. Co.”<sup>66</sup>

<sup>64</sup> BOLAFFIO, Leone, obra citada, p. 271.

<sup>65</sup> ASCARELLI, Tullio, *Limiti di applicabilità...*, pp. 390 y 391.

<sup>66</sup> V. ASCARELLI, Tullio, *Limiti di applicabilità...*, p. 389.

“Nótese aún -aseveraba este autor- cómo los intereses legales del art. 1231 representan, en el pensamiento del legislador, el resarcimiento del daño medio resultante de la mora, de modo que en el caso concreto ellos pueden venir a ser superiores o inferiores al daño efectivamente experimentado. Pero en el art. 41, la ley, sancionando cómo se deben intereses sobre todas las deudas de dinero independientemente de la mora, obviamente entiende que dichos intereses sean aquel mínimo que está siempre constituido por el fruto del dinero, así que sería incongruente admitir esa misma tasa como liquidación del daño medio”. “La liquidación *à forfait*, en la medida de los intereses legales, es, por tanto, jurídicamente lógica en las obligaciones civiles, pero es jurídicamente inconciliable con la disposición del art. 41, que ya concede al acreedor los mismos intereses legales independientemente de la mora”.

Y algo más adelante, el mismo autor concluía con estas afirmaciones, que según el supuesto del cual partían, resultan plenamente valederas en nuestro medio, dada la actual legislación venezolana: “La norma del art. 41 C de C es, por consiguiente, lógicamente inconciliable con la del art. 1231 C C. Y puesto que las disposiciones, incluso implícitas y argumentables analógicamente, de la ley comercial, se anteponen a las del Código Civil..., el acreedor..., en el ámbito de aplicación del art. 41 Cod. Co., podrá reclamar a su deudor los intereses legales toda vez que tenga un crédito líquido y exigible de suma de dinero, y esto tanto cuando no haya mora como, *a fortiori*, cuando la haya; pero podrá también, sujetándose en esta hipótesis a producir la prueba del mayor daño sufrido, requerir al deudor moroso un resarcimiento ulterior, según las normas de los arts. 1218 y ss. C C” (correspondientes a los artículos 1264 y siguientes del Código Civil venezolano).<sup>67</sup>

## 2. *Apreciación del sentido de las consecuencias del precepto legal*

La señalada argumentación de Ascarelli y la conclusión que mediante ella se obtiene son -en nuestra opinión- plenamente aplicables en el Derecho venezolano. Si se admite -como parece insoslayable- que la norma del artículo 108 del Código de Comercio no está dirigida a establecer cuáles son los intereses de mora en materia mercantil, sino que lo que establece es el interés

<sup>67</sup> ASCARELLI, Tullio, *Limiti di applicabilità...*, pp. 392 y 393.

que en esa materia devenga toda obligación pecuniaria líquida y exigible, independientemente de que el deudor esté o no en mora de pagarla, la consecuencia inmediata es ésta: la de que si se sostiene -en contra de la opinión que estimamos la correcta- la irresarcibilidad del daño mayor derivado del retardo culposo en pagar obligaciones pecuniarias, habrá que convenir que el artículo 1277, 1er. párr., del Código Civil y el artículo 108 del Código de Comercio, no son conciliables entre sí.

En efecto, el reducir la significación del artículo 108 del Código de Comercio, en la hipótesis de la mora, a disponer que la tasa del interés aplicable será la del interés corriente, sin exceder del doce por ciento anual, a título de resarcimiento único e insuperable, conducirá al absurdo de someter al mismo trato al deudor moroso y al deudor no moroso de obligaciones pecuniarias líquidas y exigibles de naturaleza mercantil; uno y otro se encontrarán obligados a pagar intereses a la tasa corriente en el mercado, sin exceder del doce por ciento anual. Y al tratar de sostener que la norma comentada contiene una liquidación que representa el máximo de la indemnización que debería pagar el deudor en mora, se llegará a la ilógica conclusión de que ésta no acarreará, para el que haya incurrido en ella, ninguna consecuencia distinta de la obligación de pagar aquellos intereses, consecuencia ésta derivada, sin embargo, no de su retardo culposo en pagar, sino de la sola circunstancia, constitutiva del supuesto de hecho del artículo 108 del Código de Comercio, de ser deudor de una suma de dinero líquida y exigible.

La mora de pagar obligaciones pecuniarias mercantiles líquidas y exigibles vendría a quedar así exenta de sanción y los daños derivados de la misma se harían irresarcibles, lo cual estaría en contraste con todo el sistema del derecho de las obligaciones, en el cual la mora del deudor tiene la importancia fundamental que la propia ley le da (arg. artículos 1264, 2a. parte, y 1271 del Código Civil).

La fuerza concluyente del anterior argumento ha de conducir, en rigor de lógica, a que, como hemos dicho, aun los partidarios de la interpretación según la cual el artículo 1277 del Código Civil excluye la posibilidad legal de la reparación del llamado daño mayor, convengan en que el artículo 108 del Código de Comercio no expresa sanción alguna específica para el deudor moroso, ni impide la reparación de la totalidad de los daños derivados del

retardo culposo en pagar las obligaciones pecuniarias mercantiles que él contempla. El artículo 108 del Código de Comercio no descarta que el precepto en él contenido se aplique a obligaciones pecuniarias mercantiles, líquidas y exigibles, también en caso de mora del deudor, pero no a título de liquidación legal de la indemnización máxima debida por el deudor en mora. Al contrario, dicho artículo no solamente no excluye sino que implícitamente autoriza al acreedor de la obligación mercantil no pagada a tiempo, para que reclame indemnización del daño mayor que el retardo culposo de su deudor le haya irrogado, con arreglo a la prueba de ese daño concreto, la cual tendrá la carga de producir. Una lógica interpretación de la norma del artículo 108 del Código de Comercio conduce a la inevitable consecuencia de que la específica sanción del retardo culposo en pagar obligaciones pecuniarias de esa naturaleza haya que extraerla de las normas generales sobre la responsabilidad contractual, establecidas en disposiciones ya citadas del Código Civil, las cuales son plenamente aplicables en materia mercantil por no ser incompatibles con ésta las normas de dicho Código sobre la responsabilidad derivada del incumplimiento de obligaciones. Con sujeción a lo que esas normas establecen, el acreedor ha de tener derecho a la reparación de la totalidad de los daños que haya sufrido como consecuencia del retardo culposo de su deudor.

## V. EL RESARCIMIENTO DEL DAÑO POR DEPRECIACION MONETARIA

### 1. *Consideraciones previas*

La reparación del daño sufrido por el acreedor de una obligación pecuniaria no pagada a tiempo, en razón de una depreciación monetaria sobrevenida entre el momento en que el deudor, culpable del retardo, habría debido pagar su deuda, y el momento del efectivo pago de la misma, implica haber resuelto afirmativamente el problema de la resarcibilidad del daño mayor. El daño por depreciación monetaria no es, en efecto, sino una especie del género de los mayores daños que puede acarrear la falta de oportuno pago de una obligación cuyo objeto sea una suma de dinero. Si se sostiene que la liquidación establecida sobre la base del interés legal representa, a la vez, el mínimo y el máximo del resarcimiento a que puede aspirar el acreedor (no protegido, mediante una cláusula contractual adecuada, del riesgo de la depreciación), el

problema de la reparación del daño por depreciación monetaria no se planteará siquiera, salvo desde el punto de vista de una posible reforma legislativa.

La institución del principio nominalista, por otra parte, no implica tampoco - como hemos dicho- que el único daño resarcible al acreedor, víctima del retardo de su deudor, sea el consistente en la privación del uso del dinero, en virtud de la supuesta inalterabilidad del capital monetario. El reconocimiento de ese principio no equivale a admitir una constante y absoluta irrelevancia jurídica de las variaciones del poder adquisitivo de la moneda, sino que significa, tan sólo, que la dación de una suma de dinero nominalmente idéntica a la que es objeto de la obligación, constituye un pago válido.<sup>68</sup>

Cuando la deuda está sujeta al principio del valor nominal, éste excluye la discusión de la identidad entre la suma debida y aquella con la cual se paga, si ambas corresponden al mismo múltiplo o fracción de la misma unidad legal de medida de valores. Pero esa identidad no impide la resarcibilidad del daño causado al acreedor por el retardo culposo de su deudor.<sup>69</sup> El artículo 1271 del Código Civil da a entender con claridad que la obligación de reparar el daño causado por el retardo en cumplir imputable al deudor es una segunda obligación, surgida por contravención de la primera, con la cual no se confunde. Si ésta es una obligación pecuniaria, la segunda, la obligación de reparar, no lo es: toda obligación de resarcir un daño es una obligación de valor.<sup>70</sup>

Además -ha sido exactamente advertido en referencia a la hipótesis del daño por depreciación monetaria- "por efecto del principio nominalista, la devaluación, ni puede modificar automáticamente el objeto de la obligación, ni puede constituir un elemento idóneo para provocar, en sede judicial, una revisión cuantitativa del mismo. Pero cuando concurren los elementos de aquel

<sup>68</sup> Cfr. ASCARELLI, Tullio, "Divisa e divisa estera", en *Studi giuridici sulla moneta*, Milán, 1952, p. 48.

<sup>69</sup> V. ASCARELLI, Tullio, *Obbligazioni pecuniarie*, p. 557.

<sup>70</sup> "La obligación de resarcir el daño constituye, en sustancia -ha escrito ASCARELLI: "I debiti di valore", en *Studi giuridici sulla moneta*, p. 80 -una obligación que puede decirse secundaria, derivada de la violación de una obligación que se puede llamar primaria. Diversa puede ser la naturaleza de la obligación primaria, y por esto se habla exactamente de daños contractuales y extracontractuales. La obligación secundaria, de resarcimiento de daños, por lo demás, halla siempre su fuente en la ley".

caso específico: la existencia de una obligación pecuniaria, la **mora debendi**, la coincidencia temporal entre la devaluación monetaria y el período de mora del deudor, no se necesita nada más para que el problema se plantee en toda su plenitud, bajo el perfil de la obligación de resarcimiento de los daños derivados del retardo”.<sup>71</sup>

Finalmente, cabe anotar aquí que la determinación convencional de intereses moratorios tiene el valor de una cláusula de liquidación anticipada de los daños y perjuicios derivados de la falta de oportuno pago de la suma de dinero debida. Ellos representan una indemnización invariable para una y otra de las partes contratantes: ni el acreedor podría pretender una indemnización mayor ni el deudor una menor que la fijada a título de reparación por el retardo en el cumplimiento. En este sentido, dicha estipulación representa a la vez el mínimo y el máximo de la indemnización pagadera en la hipótesis por ella prevista, y excluye la posibilidad de la indemnización de un daño mayor derivado del mismo retardo, y en particular del daño por depreciación monetaria, salvo que se haya reservado al acreedor la posibilidad de reclamar la reparación del daño ulterior. La estipulación de los intereses moratorios reviste así el carácter de una cláusula penal que descarta toda discusión sobre cuál haya sido la verdadera magnitud del daño inferido al acreedor por el hecho del incumplimiento, pero que limita, a la vez, el resarcimiento debido (arg. artículo 1276 del Código Civil). El carácter doloso del incumplimiento determinaría, sin embargo, la exclusión de la posibilidad de invocar valederamente esa limitación, como en cualquier otra hipótesis en que el deudor, culpable de dolo, pretendiera hacer valer a su favor una cláusula de limitación o de exoneración de responsabilidad (arg. artículo 1202 del Código Civil).

## 2. *El problema de la relación causal*

El problema del resarcimiento del daño por depreciación monetaria se plantea, con toda su agudeza, cuando se trata de resolver si es admisible o no que el hecho de la merma del poder adquisitivo de la moneda tenga, en términos jurídicos, una directa relevancia, al considerarlo como constitutivo en sí

---

<sup>71</sup> NICOLO, Rosario, “Gli effetti della svalutazione della moneta nei rapporti di obbligazione”, en *Foro Italiano*, vol. LXIX, 1944-46, p. 42 y 43.



mismo (“*in re ipsa*”), de un daño del cual deba resarcirse al acreedor, como efecto derivado del retardo culposo del deudor en pagar la suma de dinero originariamente debida. De admitírsele, se llegaría de modo directo a la consecuencia de que el importe del resarcimiento debido sería liquidado mediante la revaluación de la suma de dinero que constituyera el objeto de aquella primera obligación, y el importe de la obligación de resarcimiento consistiría en la diferencia entre el monto de aquélla y el correspondiente a su revaluación, en proporción a la disminución del poder adquisitivo del dinero durante el retardo. Llegándose a este punto, la consideración del fenómeno de la depreciación como perteneciente a la experiencia común, facilitaría la obtención del resarcimiento, sin necesidad de que el acreedor produjere prueba específica alguna de un daño concreto.<sup>72</sup>

Pero cuando se medita que el resarcimiento del daño por depreciación monetaria ha de encauzarse conforme a los presupuestos normales de la responsabilidad civil de derecho común, a saber: daño, culpa y relación causal adecuada entre uno y otro, las ideas al respecto vienen a plantearse en términos muy diferentes, que conducen a consecuencias también distintas. Porque, en efecto, no se trata de considerar a la suma de dinero como automáticamente revaluable a consecuencia del retardo del deudor, sino, muy distintamente, de atribuir al acreedor el resarcimiento del daño mayor, del excedente de los intereses moratorios, que él demuestre que ha sufrido a consecuencia del retardo, daño que podrá ser independiente de la depreciación o derivar de ésta, que podrá o no corresponder a la magnitud de la depreciación, y que no será resarcible sino con arreglo a los principios de la responsabilidad civil por retardo en el cumplimiento.<sup>73</sup>

Se ha razonado, en efecto, que en cuanto se exija, como requisito de la responsabilidad, la existencia de una relación de causalidad entre daño y

---

<sup>72</sup> Cfr. QUADRI, Enrico, *obra citada*, p. 35. Respecto de la opinión según la cual la depreciación, en cuanto que hecho notorio, determinaría de por sí un daño para el acreedor, quien habría podido evitarlo aunque sólo fuera adquiriendo bienes de consumo, se ha observado que resulta inadmisibile: en primer lugar, porque elude una carga de prueba que la ley ha puesto, no por casualidad, sobre el acreedor, precisamente para que se establezca si éste ha sufrido realmente un daño y cuál es, en concreto, la medida del mismo; y, en segundo lugar, porque propone cuantificar el daño sobre la base de presumir la existencia de una propensión del acreedor a expender el dinero en una sola dirección: véase TARTAGLIA, Paolo, *obra citada*, p. 141.

<sup>73</sup> V. ASCARELLI, Tullio, *Obbligazioni pecuniarie*, p. 557.

retardo culposo del deudor (ex artículo 1275 del Código Civil), la depreciación de la moneda no podrá, ciertamente, ser considerada como consecuencia inmediata y directa del comportamiento culposo del deudor,<sup>74</sup> porque se trata de un hecho ocurrido en el desenvolvimiento de la economía del país, inimputable a tal persona: ni antes ni después del retardo del deudor en pagar puede decirse que el hecho de la depreciación de la moneda se deba a culpa suya.

En ese sentido, la depreciación es un hecho objetivo que tiene, respecto del acreedor, sólo una **potencial** eficiencia dañosa. Y puesto que la finalidad del resarcimiento es la de reponer al acreedor en la situación patrimonial en la cual se habría encontrado si el cumplimiento de la obligación se hubiera producido en tiempo oportuno, resulta claro que sólo podrá decirse que el acreedor ha sufrido un **daño en su patrimonio**, como consecuencia de no haber recibido moneda no depreciada, en cuanto que resulte probado que si él hubiese recibido el pago en la debida oportunidad, no habría sufrido, o habría sufrido sólo parcialmente, los efectos de la depreciación. De modo que la consideración de esta última, no como constitutiva en sí misma de un daño, **sino como ocasión de daño**, conduce a la conclusión de que no es el hecho de la depreciación el que constituye una consecuencia inmediata y directa del retardo en el cumplimiento, sino que lo es la imposibilidad en la cual se ha encontrado el acreedor, de evitar, mediante la inversión del dinero en bienes reales o mediante un empleo productivo del mismo, los efectos dañosos de la depreciación de la moneda.<sup>75</sup>

De la devaluación puede, por tanto, derivarse un daño mayor respecto del que la ley entiende resarcir mediante los intereses moratorios, pero, según se viene exponiendo, ese daño no consiste en una resultante automática de la depreciación

<sup>74</sup> QUADRI, Enrico, *obra citada*, p. 408.

<sup>75</sup> V. NICOLO, Rosario, *obra citada*, pp. 45 y 46. "Ni puede decirse -escribe este autor- que la devaluación se configure como una suerte de perecimiento parcial de la cosa debida, de la cual el deudor deba responder por el solo hecho de estaren mora y a pesar de que aquél dependa de una causa no imputable al deudor mismo (artículo 1221 del Código Civil italiano, correspondiente al artículo 1344 del Código Civil venezolano). A una tal configuración se opone, en verdad, el principio nominalístico, el cual, como se ha visto, conduce a considerar que la suma de dinero, cuando no cambie su valor nominal, es siempre jurídicamente la misma, y tiene siempre la misma eficacia extintiva de la obligación entera, por muy profundamente que se haya alterado su poder adquisitivo".

monetaria, sino que se debe identificar con una lesión patrimonial sufrida por el acreedor, por no haber podido emplear la suma de dinero debida en el tiempo en que el deudor habría debido pagarla.

Será necesario, en consecuencia, que en cada caso el acreedor demuestre el perjuicio que ha sufrido por no haber podido disponer oportunamente de aquella suma de dinero. Este perjuicio podrá consistir en un daño emergente, como cuando el acreedor, bajo la presión de una necesidad urgente se haya visto compelido a subvenir a ella mediante enajenaciones ruinosas u obligándose a tomar dinero a crédito en condiciones onerosas; o podrá consistir en un lucro cesante, en una ganancia frustrada por el hecho de no haber podido dar a la suma de dinero un empleo que le habría sido ventajoso.<sup>76</sup>

### 3. *El problema de la previsibilidad del daño*

Otro aspecto que se suscita a propósito de la resarcibilidad del daño mayor ocasionado por depreciación monetaria es el que concierne a la previsibilidad del daño mismo, puesto que conforme a la ley, en materia de responsabilidad civil por incumplimiento de obligaciones, la responsabilidad del deudor se limita a los daños previstos o que han podido preverse al tiempo de la constitución de la obligación, salvo cuando la falta de cumplimiento de ésta provenga de dolo del deudor (artículo 1274 del Código Civil).

Como expresa Ascarelli, la exigencia de la previsibilidad del daño será frecuentemente superable en la práctica, porque será raro que el retardo en pagar en que incurra el deudor de dinero no obedezca a la intención de éste de no cumplir.<sup>77</sup>

Desde otro punto de vista, quien considere -erradamente, a nuestro entender- a la depreciación como daño *in re ipsa*, deberá, en lógica, aceptar que la carga de probar la previsibilidad del hecho mismo de la depreciación incumbirá al acreedor, en caso de retardo no doloso. Razonando sobre la base de esa

---

<sup>76</sup> V. DISTASO, Nicola, *Somma di danaro (Debito di)*, p. 875; y ASCARELLI, Tullio, *Obbligazioni pecuniarie*, p. 564.

<sup>77</sup> ASCARELLI, Tullio, *Obbligazioni pecuniarie*, p. 572.

infundada idea, sería muy difícil que el deudor pudiera defenderse con éxito oponiendo la imprevisibilidad del daño en tiempos de depreciación monetaria continuada.<sup>78</sup>

Ahora bien, según el criterio que estimamos el correcto, la depreciación monetaria no puede invocarse por el acreedor como constitutiva, de por sí, de un daño resarcible, sino como potencial causa u ocasión de daño, el cual, el acreedor debe probar, en su concreta consistencia, como causado por no haber podido hacer del dinero una determinada inversión, apta para sustraerlo a las consecuencias de la depreciación. Así planteado el asunto, la previsibilidad del daño no se referirá genéricamente a la desvalorización de la moneda, sino a la posibilidad, para el acreedor, de hacer aquella determinada inversión, por la cual habría podido escapar, total o parcialmente, a las consecuencias perjudiciales del hecho de la depreciación.<sup>79</sup>

Desde el punto de vista de la **liquidación**, es decir, de la determinación cuantitativa, en una suma de dinero, del valor equivalente al daño por depreciación monetaria, el problema de la previsibilidad de éste se supera al tomar en consideración que la entidad del resarcimiento, como correspondiente a una obligación de valor, no cambia en razón de la necesidad de su cuantificación en un cierto número de unidades de moneda. El resarcimiento tiene lugar, en todo caso, por equivalente, y por consiguiente el colocar al acreedor en una situación patrimonial idéntica a aquella en la cual él se habría encontrado si el daño no se hubiese verificado, conducirá a la consecuencia de que deberá asignársele, a título de reparación, una suma de dinero constante de un valor igual al valor del interés lesionado. Y puesto que la cantidad de dinero que será debida a título de resarcimiento al acreedor, deberá ser proporcionada al valor del daño sufrido, como conmensurada a éste, para asegurar que él resulte jurídica y económicamente indemnizado, el deudor no podrá oponer, con fundamento valedero, la imprevisibilidad de la depreciación monetaria, para frustrar este resultado.<sup>80</sup>

---

<sup>78</sup> QUADRI, Enrico, *obra citada*, p. 416.

<sup>79</sup> ASCARELLI, Tullio, *Obbligazioni pecuniarie*, p. 572.

<sup>80</sup> QUADRI, Enrico, *obra citada*, pp. 392 y 393.

#### 4. La prueba del daño

Según los razonamientos que preceden, incumbirá al acreedor la carga de la prueba de que la depreciación de la moneda, en el caso específico de él, ha desplegado en su perjuicio, durante el retardo culposo del deudor, la potencial eficiencia dañosa que la caracteriza, como consecuencia de no haber podido el acreedor hacer, con la suma de dinero que tenía derecho a recibir puntualmente, un determinado empleo que le habría permitido sustraerse a los efectos perjudiciales de la depreciación.

Tratándose -como puede apreciarse con claridad- de la demostración de un hecho hipotético, tal prueba será, con frecuencia, extremadamente difícil, pero una tal dificultad no puede decirse privativa de la demostración del daño por depreciación monetaria, sino que puede presentarse también, y a los estudiosos del Derecho civil bien les consta, en muchas otras hipótesis de responsabilidad, particularmente en la del resarcimiento del lucro cesante.<sup>81</sup>

La prueba por excelencia será la de presunciones (en este caso **praesumptiones hominis**), lo cual comportará, de acuerdo la regla general que rige esta especie de prueba, la aportación de elementos concretos, dotados de las características de gravedad, precisión y concordancia que exige el artículo 1399 del Código Civil, como aptos para producir la convicción del juez de que, efectivamente, si el deudor hubiera pagado a tiempo, el acreedor hubiera podido dar al dinero un empleo adecuado para sustraerse, en una cierta medida, al daño sufrido por la depreciación de la moneda.

El daño, por tanto, no puede ser genéricamente presunto, y no siendo aplicable en este caso **praesumptio iuris** alguna, es necesaria la demostración de hechos específicos, en cuya realidad pueda apreciarse el concreto daño alegado. De aquí que la prueba no pueda inferirse de la genérica y abstracta posibilidad de que el dinero habría sido invertido en la adquisición de bienes reales.<sup>82</sup>

La prueba podrá ser facilitada mediante elementos presuntivos vinculados a la actividad a la cual esté dedicado el acreedor, tales como la cualidad de

<sup>81</sup> NICOLO, Rosario, obra citada, p. 46.

<sup>82</sup> DISTASO, Nicola, obra citada, p. 676.

comerciante de este último, de la cual podrá llegar a inferirse que de haber recibido oportunamente el dinero el comerciante lo habría invertido en la adquisición de bienes pertenecientes al género de aquellos con los cuales trafique; o la cualidad de empresario industrial del acreedor, que permitiría inferir que él habría invertido el dinero en el mantenimiento del ciclo productivo de su empresa; sin necesidad, por ejemplo, de ocurrir ni en el caso del uno ni en el del otro a procurarse dinero en préstamo en condiciones onerosas. Pero la sola presunción extraída de la actividad económica a la cual esté dedicado el acreedor no será suficiente como prueba del daño, sino que será indispensable que él proporcione la demostración del mayor daño concreto que haya sufrido como consecuencia de la depreciación monetaria ocurrida durante el retardo de su deudor.

Como es evidente, no es posible determinar de antemano y abstractamente sobre la base de cuáles elementos concretos podrá considerarse producida una prueba satisfactoria. Pero de acuerdo con las reglas generales en materia de responsabilidad civil, sí puede afirmarse que los presupuestos de la obligación de resarcimiento no podrán considerarse completos si llegare a faltar **la prueba del daño concreto** sufrido por el acreedor, como consecuencia de la depreciación monetaria ocurrida durante el retardo culposo del deudor en pagar su obligación pecuniaria.

## VI. CREDITO DE PRESTACION SOCIAL DE ANTIGUEDAD Y DEPRECIACION MONETARIA

### *1. La sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, el 17 de marzo de 1993*

Una consideración aparte exigen, para el propósito del presente trabajo, los créditos de prestaciones sociales de antigüedad y auxilio de cesantía -hoy refundidas en la prestación de antigüedad que regula el artículo 108 de la Ley Orgánica del Trabajo-, en vista de la peculiaridad que ha creído encontrar en ellos una reciente sentencia de nuestro Supremo Tribunal, la cual ha declarado que, por razones de orden público, tales créditos deben ser objeto de revaluación automática en caso de depreciación monetaria, y que el juez debe ordenar ese reajuste, incluso de oficio, mediante la aplicación de los índices de inflación determinados por el Banco Central de Venezuela.

La aludida sentencia fue dictada en Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, el 17 de marzo de 1993, apoyada en las siguientes consideraciones:

1ª.- En la semejanza de naturaleza que la Corte halla “entre el fin de sustento vital de las obligaciones de alimentos preceptuadas por nuestro Código Civil -cuya naturaleza de deudas de valor, inmunes a la aplicación del principio nominalista hace resaltar la Corte- y el fin del salario y las prestaciones sociales del trabajador...”, la cual semejanza -prosigue- “está claramente advertida en el artículo 87 de la Constitución Nacional, que ordena al legislador proteger el salario y las prestaciones sociales con la inembargabilidad en la proporción y en los casos que la ley fije y con los demás privilegios que ella misma establezca”. Se afirma en la sentencia que las normas sobre privilegios de los créditos de los trabajadores, sobre exclusión parcial de la compensación e inembargabilidad de los mismos créditos, y sobre salarios mínimos obligatorios, “no hacen otra cosa que predicar la esencia del sustento indispensable a la vida y bienestar del titular del derecho, que es propia de la remuneración, las prestaciones y demás acreencias, o sea, de verdaderos créditos de carácter alimentario”. Y cita, en corroboración de ello y como ejemplos, diversas leyes y decretos dictados para “ajustar los montos del salario mínimo del nivel general de los salarios de la población trabajadora, a las exigencias del cambiante costo de la vida”.

2ª.- En la consideración del trabajo como hecho social, “influido por los factores de orden económico que afectan el rendimiento del esfuerzo humano dentro de una sociedad determinada, como es el caso de la desvalorización del signo monetario nacional por consecuencia de la inflación”, atendido lo cual, “el método de la ‘indexación judicial’ debe restablecer la lesión que realmente sufre el valor adquisitivo de los salarios y prestaciones del trabajador por la contingencia inflacionaria, corrigiendo la injusticia de que el pago impuntual de las prestaciones del trabajador se traduzca en ventaja del moroso, y en daño del sujeto legalmente protegido con derecho a ellas”.

3ª.- En los precedentes constituidos por diversas sentencias “en materia de corrección monetaria”, y en particular la de la misma Sala de Casación Civil de la Corte, de fecha 30 de septiembre de 1992, que ha sido objeto de crítica en este trabajo.

Basada en esas consideraciones, la Corte declaró que la indexación de deudas por prestaciones sociales puede ser solicitada por el acreedor en cualquier momento del proceso, e incluso ser acordada de oficio por el juez, sin incurrir en ultrapetita, “teniendo en cuenta que el trabajador tiene derecho a la prestación social no disminuida por la depreciación cambiaria” (sic).

En consecuencia, declaró “materia relacionada con el orden público social la corrección monetaria en los juicios laborales que tengan por objeto la cancelación de las prestaciones sociales de los trabajadores, la cual ordenará de oficio a partir de la fecha de la publicación de este fallo”.

## 2. *Crítica de la sentencia*

A las consideraciones así expuestas, cabe objetar lo siguiente:

1°.- En lo que se refiere a la obligación legal de alimentos, es cierto que la misma ha sido tradicionalmente calificada como deuda de valor.<sup>83</sup> Esta obligación puede ser satisfecha, como dispone el artículo 288 del Código Civil, mediante el pago de una pensión alimentaria o con el recibir y mantener, en la propia casa del deudor, a la persona con derecho a alimentos (salvo los casos que el mismo artículo señala).

La prestación de alimentos presupone la imposibilidad de proporcionárselos del que los exige, y presupone asimismo recursos suficientes de aquel a quien se piden, y al fijarlos se debe atender a la necesidad del que los reclama y al patrimonio de quien haya de prestarlos (artículo 294 del Código Civil, 1er. párr.). Se tiene en miras la consecución del resultado a que se aspira: el satisfacer las necesidades vitales del acreedor. Así se explica la revisabilidad de la pensión alimentaria: si después de hecha la asignación de ésta sobreviene

---

<sup>83</sup> V., entre otros, SCADUTO, Gioachino, *I debiti pecuniari e il deprezzamento monetario*, Milán, 1924, pp. 192 y ss. y MELICHORSINI, José, “El cumplimiento de las obligaciones pecuniarias en el Derecho venezolano”, en *Revista de Derecho Mercantil*, No. 4, Caracas, 1987, p. 102. Sin embargo, ASCARELLI (*Obbligazioni pecuniarie*, pp. 509 y 510), sin afirmar que el crédito de alimentos sea pecuniario (lo cual excluye), niega a la obligación alimentaria el carácter de deuda de valor, porque la determinación, en una suma de dinero, de la asignación por alimentos debidos, no tiene lugar en función de un poder de adquisición preestablecido con referencia a un momento anterior al de la sentencia, de modo que no se presenta respecto de la obligación alimentaria la problemática de las deudas de valor.



alteración en la condición del que la suministra o del que la recibe, el juez puede acordar la reducción, cesación o aumento de la asignación, según las circunstancias (artículo 294 del Código Civil, 2° párr.).

Resulta claro, por tanto, que en función de tales caracteres y del propósito que ha de cumplir la pensión alimentaria, la magnitud de ésta no pueda quedar sustraída a las oscilaciones del valor de la moneda. Ahora bien, sin negar este hecho evidente, es necesario tener en cuenta, para comprender cuál ha de ser el posible alcance de las variaciones del poder adquisitivo de la moneda sobre la pensión alimentaria, que la fijación, en cada caso, del importe de la pensión, no ha de ser hecha sólo en función del cambio en el valor real del signo monetario -no existe vinculación directa entre una cosa y otra-, sino en atención a la modificación que ese cambio produzca sobre las necesidades del acreedor o la situación económica del deudor de la pensión.<sup>84</sup> Con esto se puntualiza que lo que verdaderamente justificará, como hecho constitutivo, la revisión de la pensión, será la modificación de aquellas necesidades o aquella situación económica, y no tan sólo el cambio habido en el valor adquisitivo de la moneda.<sup>85</sup> No hay, por lo tanto, correlación necesaria entre revisión de la pensión alimentaria y fluctuación del valor real de la moneda.

Ahora bien, aun admitiendo, al menos en parte, la semejanza en cuanto al "fin de sustento" vital entre la obligación alimentaria y la deuda de prestaciones sociales, lo cierto es que, aunque la primera sea calificada como deuda de valor, la segunda ciertamente no lo es, y en consecuencia, aunque fuere correcto afirmar que existe vinculación directa entre modificación de la pensión alimentaria y depreciación de la moneda, no sería posible trasladar este concepto para aplicarlo a la deuda de prestaciones sociales.

Esta última se causa, liquida y paga como obligación que tiene por objeto una cierta cantidad de dinero, cuya determinación se obtiene mediante el cálculo que implica la aplicación del artículo 108 de la Ley Orgánica del Trabajo. Su determinación se hace así en función de unidades de moneda y no de procurar al acreedor un cierto poder de adquisición preestablecido. En efecto, a

<sup>84</sup> V. ASCARELLI, Tullio, *Obbligazioni pecuniarie*, obra y páginas últimamente citadas.

<sup>85</sup> V. QUADRI, Enrico, *obra citada*, p. 386.

diferencia de las obligaciones pecuniarias, cuyo objeto se fija cuantitativamente en función de la unidad legal de medida de un cierto sistema monetario, las deudas de valor se estiman y liquidan en función de un cierto poder de adquisición: por esto, escapan a la aplicación del principio nominalista que rige el cumplimiento de las deudas de dinero, y a la determinación del objeto de la prestación destinada a satisfacerlas sobre la base del cálculo de una suma de unidades de moneda.<sup>86</sup>

Por otra parte, es oportuno recordar, a este respecto, que obligación pecuniaria es tanto aquella cuyo objeto está directa, originaria y exclusivamente representado por una suma de dinero, como aquella cuyo objeto se determina mediante un criterio que no elimina el carácter nominal de la prestación misma; consiguientemente, la obligación de pagar una suma de dinero por determinar sobre la base de un criterio previamente establecido, es siempre una deuda pecuniaria, incluso antes de que la determinación prevista haya tenido lugar; por tanto, la verificación del **quantum** de la obligación, en este segundo supuesto, no altera la naturaleza de la obligación transformándola en deuda de valor.<sup>87</sup>

Tal es el caso de la deuda de prestaciones sociales: deuda pecuniaria cuyo importe se determina mediante un criterio de cálculo establecido en la ley.

2°.- La consideración del trabajo como hecho social y la protección del nivel de vida de los trabajadores son muy apreciables, sin duda, y hasta decimos que de inexcusable aplicación desde el punto de vista ético, como elementos de inspiración de la política económica del Estado y como factores influyentes en política legislativa. En este segundo aspecto se explica que la Constitución ordene al legislador que dicte normas sobre la protección del salario y de las prestaciones sociales por los medios que la ley misma establezca (artículo 87). Pero el método llamado de la indexación judicial, que consiste -tal como la Corte ordenó aplicarlo en el caso de la citada sentencia y anunció que ordenará de oficio en lo sucesivo- es un método extraño al ordenamiento jurídico venezolano. Este no lo conoce y por tanto no le está dado a los jueces el

<sup>86</sup> DISTASO, Nicola, *Somma di danaro*, p. 871.

<sup>87</sup> DISTASO, Nicola, *Somma di danaro*, p. 871.

aplicarlo, puesto que ellos, en sus decisiones, deben atenerse a las normas de derecho, a menos que la ley los faculte para decidir con arreglo a la equidad (artículo 12 del Código de Procedimiento Civil).<sup>88</sup> Aplicar el "método de la indexación" en un caso judicial, sin una norma legal (o una expresa estipulación contractual) que lo autorice, es decidir contra derecho, al solo arbitrio del juez, por lo que él estime justo: esto no es legalmente posible en Venezuela.

Desde otro punto de vista, conviene hacer resaltar que los índices de la economía publicados por el Banco Central de Venezuela y que -según lo decidido en la sentencia- habrían de servir de base para el reajuste cuantitativo de las prestaciones sociales del demandante, carecen de valor jurídico en el campo de la responsabilidad derivada del incumplimiento de obligaciones, puesto que la ley no les ha dado ese valor.

Quien pretende el resarcimiento de un daño -contractual o extracontractual- tiene la carga de demostrar los requisitos de la obligación de reparar, entre los cuales se encuentra el daño a cuyo resarcimiento se aspira: la prueba del mismo en su existencia y en su cuantía le incumbe al acreedor. No está autorizado el juez para relevar al demandante del cumplimiento de este requisito, dando por probado el daño y acordando la reparación del mismo con arreglo a una cierta tasa o tarifa no instituida por la ley.<sup>89</sup> Son muy pocas las situaciones en las que ella interviene para establecer semejantes tasas o tarifas.<sup>90</sup> El crédito de prestaciones sociales no corresponde a ninguna de tales situaciones.

Lo dicho hace comprender que, no estando establecido en la ley el reajuste o revaluación automática del crédito de prestaciones sociales -como el de ningún:

---

<sup>88</sup> Según bien se sabe, son escasísimos los casos en que la ley autoriza la aplicación de la equidad como factor de decisión: p. ej., en los casos de los artículos 571, 1187 y 1188 del Código Civil.

<sup>89</sup> Como ha expuesto un autor -y lo que dice resulta perfectamente aplicable en derecho venezolano- "no está consentido por el derecho positivo vigente atribuir al acreedor automáticamente ... el resarcimiento de un daño -en la especie, del daño por devaluación- sin que esté probada la existencia del mismo, ni tampoco es posible cuantificar tal daño a través del recurso a índices que no son representativos (sino en particulares coyunturas económicas), y que tanto menos pueden traducirse en principios consolidados que en definitiva consagrarían una auténtica violación sistemática de lo que las normas dictan" (cfr. TARTAGLIA, Paolo, obra citada, pp. 141 y 142).

<sup>90</sup> Por ejemplo, en las situaciones previstas en los artículos 567 y 571 de la Ley Orgánica del Trabajo; y en el artículo 33 de la Ley orgánica de prevención, condiciones y medio ambiente del trabajo.

otro crédito- mediante la indexación, ni el acreedor puede pedirlo en el momento de demandar o en algún otro momento del proceso, ni el juez puede ordenarlo: el que éste lo haga de oficio no hará sino poner más de bulto lo incorrecto de la decisión, frente a lo cual la imputación -por demás bien fundada-, del vicio de ultrapetita, no será la más grave.

3°.- Por último, los precedentes que la Corte cita y en particular el constituido por la ya criticada sentencia de 30 de septiembre de 1992, no pueden servir de fundamento para obviar los errores que dejamos anotados.

Ni puede servir para ese propósito la invocación de una noción de orden público que, hasta el presente, no ha llegado a instituir en la ley el llamado método judicial de la indexación. Como tampoco puede servir para esa misma finalidad el principio de la irrenunciabilidad de las disposiciones legales que favorecen a los trabajadores, porque entre éstas no se encuentra ninguna que autorice a los jueces para aplicar en sus decisiones el aludido método de indexación.<sup>91</sup>

### *3. Confirmación de la crítica: una nota de derecho comparado*

La prueba del concreto daño mayor derivado de la depreciación monetaria en detrimento de un cierto acreedor ha de consistir, según se ha razonado, en la demostración de que, de haber recibido a tiempo la suma de dinero debida, esto le habría permitido dar a la misma una inversión o uso productivo tal que lo habría sustraído, al menos en parte, al efecto dañoso de la depreciación. Esa prueba será, sin duda, particularmente ardua para quien, no estando dedicado a otra actividad que la de trabajo prestado y retribuido en situación de

<sup>91</sup> Adviértase, además, que la Corte Suprema de Justicia parece no haberse detenido en la consideración de la norma del parágrafo "primero", parte a), del artículo 108 de la Ley Orgánica del Trabajo, en los términos de la cual la prestación de antigüedad debida al trabajador -aun no siendo exigible por no haber terminado la relación de trabajo- devenga intereses a una tasa no inferior a la fijada por el Banco Central de Venezuela habida cuenta de "los intereses pasivos del mercado de ahorro del país, las condiciones del mercado monetario y la economía en general". Estos intereses, debidos ya durante la relación laboral, continuarán devengándose una vez concluida ésta, mientras la prestación de antigüedad no sea pagada. El texto mismo de la citada norma -igual al del parágrafo "cuarto" del artículo 41 de la derogada Ley del Trabajo- da a entender a las claras que las tasas de interés que fije el Banco Central han de ser determinadas con arreglo a unos criterios a los cuales la depreciación de la moneda no puede quedar ajena. Y, en efecto, hasta el presente dichos intereses han sido superiores a los índices de inflación determinados por el mismo Banco Central.

subordinación, no está normalmente en capacidad de hacer valer elementos de prueba vinculados a una actividad productiva de otra índole. El trabajador no tiene normalmente la condición de inversionista, sino la de adquirente de bienes de consumo y de usuario de servicios necesarios para vivir.

El problema de la influencia de la depreciación de la moneda sobre los créditos laborales, y la señalada dificultad probatoria, condujeron a que en Italia, donde doctrina y jurisprudencia han sido constantes en calificar como pecuniarios los créditos de trabajo, se haya dado a éstos una protección especial mediante una Ley de 11 de agosto de 1973, que modificó el artículo 429 del Código de Procedimiento Civil y el artículo 150 de las disposiciones de actuación del mismo Código. Conforme a una norma introducida en dicho artículo 429, el Juez, al pronunciar la sentencia de condena al pago de créditos laborales, debe determinar, además de los intereses a la tasa legal, el daño mayor eventualmente sufrido por el trabajador por la disminución del valor de su crédito, condenando al pago de la suma respectiva desde el día de la maduración del derecho. El citado artículo 150 dispone que, para el cálculo de ese mayor daño, el juez aplicará el índice de precios calculado por el ISTAT ("Istituto Nazionale di Statistica") para la escala móvil de los trabajadores de la industria. La discrecionalidad del juez queda así reducida al mínimo, como observa Tartaglia,<sup>92</sup> porque la cuantificación del daño ha de hacerse sobre la base de mecanismos automáticos, sin que al demandante incumba carga alguna de prueba: al trabajador vienen así a corresponderle tanto los intereses legales como la revaluación de la suma de dinero debida, y el margen de la discrecionalidad del juez se reduce a la eventualidad de que durante el retardo del deudor en pagar no sobrevenga una disminución del poder adquisitivo de la moneda que repercuta sobre la suma debida al acreedor.

La interpretación que ha querido hallar, en las citadas normas legales, una transformación de la naturaleza de los créditos laborales, de créditos pecuniarios en créditos de valor, ha sido con razón calificada de simplista y reductiva, porque parte de la errada premisa de que no pueda darse el caso de créditos pecuniarios cuando esté garantizada o asegurada, de algún modo, una regla de adecuación de tales créditos a las mutaciones del poder adquisitivo de la

<sup>92</sup> TARTAGLIA, Paolo, obra citada, p. 151.

moneda; esa adecuación podría más bien denotar lo contrario, puesto que si en verdad se estuviera ante créditos de valor aquélla no se plantearía, ni siquiera al principio.<sup>93</sup> Además, la problemática de la indexación resulta extraña y sin sentido respecto de los créditos de valor, que escapan a la aplicación del principio nominalista y en general a la determinación de la prestación con arreglo a una unidad de medida de valor previamente establecida.

Lo que denotan, en verdad, las citadas normas legales italianas es la voluntad de derogar, por obra legislativa, en cuanto toca a los créditos laborales insatisfechos, el principio de la irrelevancia de las oscilaciones del valor real de la moneda sobre los créditos pecuniarios según el alcance que realmente tiene el principio nominalista: como limitado al tiempo comprendido entre el momento de la constitución de la obligación pecuniaria y el del pago de ésta, independientemente del momento de la exigibilidad de la misma y de que entre tanto el deudor haya incurrido en mora. Se ha instituido una forma de revalorización *a posteriori* de tales créditos, por la aplicación de un mecanismo automático, sobre la base de índices prefijados que el juez simplemente aplica a cada caso individual.<sup>94</sup> Ello ha creado una situación privilegiada a los titulares de créditos laborales, por contraste con la de los otros acreedores de sumas de dinero: se ha querido asegurar a los primeros, la obtención, por vía de un juicio, de indemnizaciones por depreciación monetaria, sin que medie la necesidad de aportar prueba alguna del daño.

Se observa, sin embargo, que para alcanzar ese resultado de privilegiar la situación de una determinada categoría de acreedores, por contraste con la de cualesquiera otros, dando a aquéllos derecho a ser automáticamente compensados del daño por depreciación monetaria, mediante la asignación de una suma de dinero para cuya determinación se excluye toda apreciación judicial, se estimó necesaria la expresa reforma legislativa que, en efecto, fue sancionada.

La adopción, en Venezuela, de una solución semejante a la impuesta legalmente en Italia, no podría hacerse tampoco sino mediante adecuada intervención legislativa. El solo arbitrio judicial no constituye medio legítimo para instituirlo.

---

<sup>93</sup> Cfr. DIMAJO, Adolfo, "Obbligazioni pecuniarie", en *Enciclopedia del diritto*, tomo XXIX, Milán, 1979, p. 205.

<sup>94</sup> Cfr. DIMAJO, Adolfo, *obra citada*, p. 297.

## VII. CONCLUSIONES

La exposición que antecede autoriza la formulación de las siguientes conclusiones:

1ª. El principio nominalista, aplicado en el artículo 1737 del Código Civil, predica la continuidad de la representación de la unidad monetaria ideal establecida en la ley, con arreglo a la cual la moneda permanece siendo igual a sí misma. El deudor de una obligación pecuniaria se libera mediante el pago de un número de especies monetarias igual al determinado en el momento de la constitución de la obligación. La identidad entre la suma debida, depreciada o no, y la suma pagada determina esa consecuencia, si el valor nominal de una y otra se ha mantenido inalterado. Las oscilaciones del valor real de la moneda son legalmente irrelevantes en cuanto a la eficacia liberatoria del pago de la suma de dinero, efectuado conforme al principio nominalista.

2ª. El retardo culposo del deudor de una obligación pecuniaria -constatado o no mediante una constitución en mora por interpelación, o la mora "ex re" del obligado en virtud de una obligación a término cierto- no transmuta la naturaleza ni el objeto de la deuda insatisfecha, para convertirla en deuda de valor. La ley no atribuye al retardo del deudor semejante efecto novatorio.

3ª. El retardo culposo del deudor de una obligación pecuniaria en hacer honor a su compromiso, es susceptible de ocasionar al acreedor daños mayores que el perjuicio moratorio contemplado en el artículo 1277 del Código Civil y el cual éste dispone resarcir mediante el pago del interés legal. La interpretación de dicho artículo apreciada en este trabajo como la justa, permite reclamar la indemnización del daño mayor causado por el retardo en pagar cualquier obligación pecuniaria, conforme a las reglas generales de la responsabilidad civil por incumplimiento de obligaciones. La obligación de resarcir ese daño mayor es obligación de valor, no sujeta al principio nominalista, y es una obligación distinta de la obligación pecuniaria originaria, pagada tardíamente o todavía no pagada.

4ª. El artículo 108 del Código de Comercio debería conducir a la admisión de la resarcibilidad del daño mayor derivado del retardo culposo en pagar obligaciones pecuniarias mercantiles, líquidas y exigibles, aun a aquellos que

mantengan la opinión tradicional negadora de la resarcibilidad de ese daño ulterior, sostenida sobre la base del artículo 1277 del Código Civil.

5ª. La depreciación de la moneda no constituye, por sí misma, en derecho, un daño resarcible, pero sí puede ser considerada como ocasión de un daño tal, cuando entre el momento en que la obligación pecuniaria habría debido ser satisfecha y el de su efectivo pago, ha sobrevenido una depreciación de la moneda. El daño concreto por depreciación monetaria no es resarcible sino con sujeción a las reglas generales de la responsabilidad civil por incumplimiento de obligaciones.

6ª. Las obligaciones pecuniarias de naturaleza laboral no constituyen ninguna excepción a lo expuesto en la precedente conclusión.

Caracas, 20 de octubre de 1993.

#### BIBLIOGRAFIA

ASCARELLI, Tullio, "Obbligazioni pecuniarie", en **Commentario del Codice Civile** al cuidado de A. Scialoja y G. Branca, 2ª ed., Bolonia-Roma, 1963.

ASCARELLI, Tullio, "Limiti di applicabilità dell'art. 1231 Cod. Civ." ,en **Rivista del diritto commerciale**, Milán, vol. XXVIII, 1930, 1ª. parte.

ASCARELLI, Tullio, "Divisa e divisa estera", en **Studi giuridici sulla moneta**, Milán, 1952.

ASCARELLI, Tullio, "I debiti di valore", en **Studi giuridici sulla moneta**, Milán, 1952.

BARASSI, Lodovico, "La teoria generale delle obbligazioni", vol. III, **L'attuazione**, Milán, 1964.

BOLAFFIO, Leone, "Delle obbligazioni commerciali in generale", en **Il Codice di Commercio commentato**, Turín, 1937.



CAPITANT, Henri; WEILL, ALEX; y TERRE FRANÇOIS, **Les grands arrêts de la jurisprudence civile**, 7a. ed., París, 1976.

CARBONNIER, Jean, "Droit civil", tomo 2°, **Les biens et les obligations**, París, 1962.

CARDENAL FERNANDEZ, Jesús, **El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones**, Madrid, 1979.

CASTANTOBEÑAS, José, **Teoría de la aplicación e investigación del Derecho**, Madrid, 1947.

COVIELLO, Nicola, **Doctrina general del Derecho civil**, México, 1938.

DE CUPIS, Adriano, **Il danno. Teoria generale della responsabilità civile**, vol. II, Milán, 1970.

DEMOLOMBE, C., **Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général**, tomo 1, 2a. ed. París, 1.870.

DIMAJO, Adolfo, "Obbligazioni pecuniarie", en **Enciclopedia del diritto**, vol. XXIX, 1970.

DISTASO, Nicola, "Somma di danaro (Debito di)", en **Novissimo Digesto Italiano**, tomo XVII, Turín, 1970.

DOMINICI, Aníbal, **Comentarios al Código Civil venezolano**, tomo 2°, 3ª ed., Caracas, 1982.

GARCIA GOYENA, Florencio, **Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español**, tomo III, Madrid, 1852.

GIORGIANNI, Michele, **L'inadempimento**, Milán, 1970.

GIORGI, Giorgio, **Teoría de las obligaciones**, vol. II, Madrid, 1928.

GORLA, Gino, "Sulla regola 'dies interpellat pro homine' nelle obbligazioni 'querables'", en **Rivista di diritto processuale civile**, vol. XII, parte II, 1935.

**GRAMCKO, Luis Angel, Inflación y sentencia. Una tesis sobre la corrección monetaria en la sentencia, Valencia, 1992.**

**GRECO, Paolo, "Debito pecuniario, debito di valore e svalutazione monetaria", en Rivista del diritto commerciale, Milán, abril-junio de 1947, N° 4-6.**

**KUMMEROW, Gert, Esquema del daño contractual resarcible según el sistema normativo venezolano, Caracas, 1964.**

**KUMMEROW, Gert, La dimensión del débito pecuniario en el Anteproyecto de Ley sobre unificación de las obligaciones y contratos civiles y mercantiles, Caracas, 1968.**

**LARROUMET, Christian, "Droit civil", tomo III, Les obligations, 1a. parte, París, 1986.**

**LIBCHABER, Rémy, Recherches sur la monnaie en droit privé, París, 1992.**

**MADURO LUYANDO, Eloy, Curso de obligaciones. Derecho Civil III, 3a. ed., Caracas, 1975.**

**MANN, F. A., The legal aspect of money, 4a. ed., Oxford, 1982.**

**MARCADE, V., Explication théorique et pratique du Code Civil, tomo 4, París, 1873.**

**MARTY, Gabriel y RAYNAUD, Pierre, "Droit civil", tomo II, 1er. vol., Les obligations, París, 1962.**

**MARQUEZ AÑEZ, Leopoldo, El nuevo Código de Procedimiento Civil, Caracas, 1987.**

**MELICH ORSINI, José, "La mora del deudor en el Derecho venezolano, en Estudios de Derecho civil, tomo I, Caracas, 1974.**

**MELICH ORSINI, José, "El cumplimiento de las obligaciones pecuniarias en el Derecho venezolano", en Revista de Derecho Mercantil, N° 4, Caracas, 1987.**

MONTEL, Alberto, "Mora", en **Nuovo Digesto Italiano**, tomo VIII, Turín, 1939.

NICOLO, Rosario, "Gli effetti della svalutazione della moneta nei rapporti di obbligazione", en **Foro Italiano**, vol. LXXIX, 1944-46.

NUSSBAUM. Arthur, **Teoría jurídica del dinero**, Madrid, 1929.

PACIFICI-MAZZONI, Emidio, **Istituzioni di diritto civile italiano**, vol. IV, 3a. ed., Florencia, 1886.

PIERRE-FRANÇOIS, Georges L., **La notion de dette de valeur en droit civil. Essai d'une théorie**, París, 1975.

PLANIOL, Marcel, **Traité élémentaire de droit civil**, tomo 2°, 7a. ed., París, 1917.

POLACCO, Vittorio, **Le obbligazioni nel diritto civile italiano**, Roma, 1915.

POTHIER, R. J., "Traité des obligations", en **Oeuvres de Pothier**, por M. Bugnet, tomo II, París, 1861.

PULIDO MENDEZ, Víctor, "Los intereses moratorios, correspectivos y compensatorios en el Derecho venezolano vigente y en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil", en **Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal**, N° 133, enero-junio de 1968, Caracas, 1968.

QUADRI, Enrico, "Svalutazione monetaria e principio nominalistico", en **Rivista di diritto civile**, año XXI, parte 2ª, 1975.

RICCI, Francesco, **Corso teorico-pratico di diritto civile**, vol. 6°, Turín, 1929.

RODNER S., James-Otis, "Nueva definición del dinero y de la obligación pecuniaria", en **Revista de Derecho Mercantil**, N° 5, Caracas, 1988.

SANOJO, Luis, **Instituciones de Derecho civil venezolano**, tomo 3°, reimpresión de la edición de 1873.

SAVATIER, René, **La théorie des obligations. Vision juridique et économique**, Paris, 1974.

SCADUTO, Gioachino, **I debiti pecuniari e il deprezzamento monetario**, Milán, 1924.

SIMLER, Philippe, **Le cautionnement**, Paris, 1982.

STARCK, Boris, **Droit civil . Obligations**, Paris, 1972.

TARTAGLIA, Paolo, **L'adeguamento del contratto alle oscillazioni monetarie**, Milán, 1987.

VENEZIAN, Giacomo, "Sugli interessi moratorii", en **Opere giuridiche**, vol. 1°, Studi sulle obbligazioni, Roma, 1919.

VINEY, Geneviève, "Les obligations. La responsabilité: effets", en **Traité de droit civil**, bajo la dirección de Jacques Ghestin, V, Paris, 1988.

WEILL, Alex, **Droit civil. Les obligations**, Paris, 1971.

ZAMBRANO VELASCO, José A., **Teoría general de la obligación**, Caracas, 1985.

ZANNONI, Eduardo A., **Revaluación de obligaciones dinerarias ("indexación")**, Buenos Aires, 1977.

## **Colaboraciones del Pregrado**



# **Jurisdicción penal internacional**

José Luis Castillo M.

Revista de la Facultad de Derecho, N° 49  
Universidad Católica Andrés Bello  
Caracas, 1994





## I. PRECISIONES TERMINOLOGICAS

La actual conformación de la comunidad internacional, la trágica comisión de hechos políticos delictivos que conmovieron a la humanidad durante la Segunda Guerra Mundial, el desarrollo del transporte y las comunicaciones y la creciente aparición de organizaciones delictivas que operan a escala internacional, han sido las causas que han llevado al planteamiento de la posibilidad de la consagración de una **Jurisdicción Internacional en Materia Penal** (FIERRO: 1977).

Junto a esta idea surge también la noción de **Derecho Internacional Penal**, entendido éste como un conjunto de normas jurídicas, que contienen delitos internacionales impuestos por un organismo internacional o por convenios interestatales, con la correspondiente sanción, bien para que éste se aplique con uniformidad en los Estados partes de los respectivos órganos o convenios o para que en última instancia lo haga una Jurisdicción Internacional en materia penal. Protege bienes supremos, tanto en tiempos de paz como de guerra. Es, pues, necesario diferenciar los delitos internacionales (de Derecho Internacional), de los llamados delitos contra el Derecho Internacional, éstos últimos son los consagrados en los ordenamientos jurídicos nacionales y se viola con ellos al Derecho nacional. En el Código Penal venezolano éstos están tipificados dentro del título: "**De los delitos contra la independencia y la seguridad de la nación**": Piratería (artículo 160), Actos de Hostilidad (arts. 154 y 157), Actos de Quebrantamiento de Principios Internacionales (artículo 156), atentados a los Jefes de Naciones Extranjeras y al decoro de las mismas (arts. 158 al 160). Como señala LEU, ellos no son delitos de derecho internacional pues lo que se viola es el orden jurídico nacional, aunque estén vinculados al

ordenamiento jurídico internacional a tal punto que en éste se hayan originado algunas normas aplicables a aquellos, bien a nivel convencional, bien a nivel consuetudinario.

Distinto al Derecho Internacional Penal es el denominado Derecho Penal Internacional, definido como el conjunto de principios por los cuales el Estado, como miembro de la Comunidad Internacional, determina el valor territorial de sus leyes en materia penal, respecto a las personas y los bienes jurídicos (FIERRO: 1977). Se trata de un "derecho de aplicación del derecho penal" (MEZGER, citado por LEU: 1982). A esta institución se suele criticar el carácter de "internacional" y se dice que siendo la medida en la que se manifiesta la pretensión de validez del derecho nacional frente al extranjero, no es internacional sino nacional. Igualmente se dice que no es "penal" sino procesal.

Las ideas en torno a la Jurisdicción Penal Internacional implican la existencia de un Tribunal supranacional, para que, en nombre de la comunidad de naciones, sancione penalmente a las personas o grupos responsables de una serie de ofensas (crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad) cuya ejecución afecta a la comunidad toda. Premisas nacidas a raíz de los procesos de Nüremberg y Tokio.

Actualmente no existe tal Jurisdicción Penal Internacional. Sólo existe a nivel internacional (universal) la Corte Internacional de Justicia, cuya competencia no contempla el enjuiciamiento de los delitos de Derecho Internacional cometidos por los individuos; y existen también mecanismos establecidos a nivel regional con la finalidad de garantizar el respeto de los derechos humanos, tales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Europea de Derechos Humanos, pero que no incluyen medios para lograr la responsabilidad penal, jurídico-internacionalmente establecida, de quien haya violado alguno de los derechos consagrados.

Tanto la idea de una Jurisdicción Penal Internacional como del Derecho Internacional Penal han evolucionado en forma casi paralela, de allí que, no divorciadas la una de la otra, en el desarrollo de la presente discusión abarcaremos el estudio de ambas disciplinas, porque una instancia penal supranacional, necesariamente implicaría la existencia previa de una normativa (sustancial y procedimental) que tenga validez en los Estados que sean parte en dicha jurisdicción.

## II. ANTECEDENTES (DEL DERECHO INTERNACIONAL PENAL Y DE LA JURISDICCION PENAL INTERNACIONAL)

Es el conflicto bélico (Guerras Mundiales) con todas las atrocidades en que incurrió el Régimen Nacional-Socialista, antes de iniciarse a gran escala la Segunda Guerra Mundial, y mientras ella se prolongaba, el que acelera el desarrollo y desemboca en el **Acuerdo sobre el establecimiento de un tribunal militar internacional y el Estatuto Constitutivo del mismo** (LEU: 1982).

El 08 de agosto de 1945 (con la presencia de USA, Francia, el Reino Unido y la hoy ex-Unión Soviética) se firmó el acuerdo para el procesamiento y posible castigo de los criminales de guerra de las potencias europeas, cuyos crímenes no tuvieren localización geográfica particular, y que sean acusados individualmente o en su calidad de miembros de organizaciones o grupos. Dicho Tribunal tendría jurisdicción para conocer de las responsabilidades individuales por crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, violaran o no las disposiciones del Derecho interno de los países en que fueron cometidos.

En su sentencia 30 de noviembre de 1946 el Tribunal de Nüremberg justificaría así la noción de la responsabilidad individual: “Que el Derecho Internacional impone deberes y responsabilidades tanto para los individuos como a los Estados... Los crímenes contra el Derecho Internacional son cometidos por personas, no por entidades abstractas, y sólo mediante el castigo de los individuos que cometieron tales crímenes pueden ejecutarse las previsiones del Derecho Internacional...; que se haya ordenado a un soldado matar o torturar en violación del Derecho Internacional de Guerra no puede reconocerse como defensa para tales actos de brutalidad, aunque... la disciplina debe ser tenida en cuenta para mitigar el castigo.”

El 19 de enero de 1946, el Mando Supremo de las Potencias Aliadas del Extremo Oriente, organizó en Tokio el Tribunal Militar Internacional para el Extremo Oriente, con las mismas competencias que el europeo (Rodríguez Carrión: 1988).

A este respecto sintetizaremos algunos comentarios que sobre dichos procesos se han hecho.

Siendo que la estructura del Derecho Internacional Penal y de la Jurisdicción Penal Internacional se fundamentan en los procesos de Nüremberg y Tokio, resulta pertinente señalar las críticas que a tales juicios se hicieron, y que recogen autores como Fierro, Leu y otros:

1. Se impugna severamente la afirmación de que en aquella oportunidad tuvo vigencia una instancia auténticamente internacional (era más bien una institución creada por los Estados interesados en ejercer sus actividades represivas, en una situación de común dependencia).

2. Se vulneraron algunas garantías del Derecho Penal moderno:

a. **nullum crimen sine lege**

b. **nullum poena sine lege**

c. El cumplimiento de la ley constituye una causa de justificación del hecho.

3. Se violó flagrantemente el principio de igualdad ante la ley, pues sólo se enjuiciaron a los criminales de guerra del bando vencido; dichas normas no se aplicaron a los vencedores que cometieron los mismos crímenes.

4. Se impugna el carácter retroactivo de la ley, pues eran leyes sancionadas con el propósito de ser aplicadas exclusivamente a hechos ocurridos con anterioridad a su vigencia.

Debe tenerse en cuenta que los crímenes juzgados en 1946 fueron únicos y excepcionales por su monstruosidad, y el consenso unánime de repudio que suscitaron fue tal, que quitaron sustancia polémica a normas que, aplicadas a otros casos y para otras situaciones no hubieran sido pacíficamente admitidas. Es evidente que a partir de esa fecha se han sucedido muchas otras guerras de agresión y otros actos de deliberada violación de tratados, acuerdos y seguridades otorgadas recíprocamente y, sin embargo, no se ha constituido ningún tribunal para juzgar a los gobernantes de esos crímenes contra la paz.

Basta señalar que en algunas intervenciones armadas de posguerra (Hungría, Corea, Argelia, Medio Oriente, Bangla Desh, Vietnam, etc.) [y más recientemente, Nicaragua (1986), Kuwait (1989) y Panamá (1991)] no se constituyó tribunal alguno de carácter internacional para investigar y juzgar acciones

constitutivas de delitos internacionales, los cuales fueron, sin embargo, denunciados públicamente por las partes combatientes. La absoluta impunidad de tales acciones nos sigue demostrando la inexistencia de esos crímenes, en cuanto sujetos a juzgamiento y castigo. Siguen siendo hechos ligados a la mayor o menor fortuna política o éxito militar, pero desgraciadamente no a normas y principios jurídicos.

Por ello, en este primer acercamiento al tema creemos que, como viene demostrando la historia, siendo el contexto político el que condiciona todo el proceso, desde el punto de vista estrictamente jurídico dudamos que existan bases sólidas que nos lleve a pensar en la posibilidad de una jurisdicción penal internacional, en los términos planteados.

También parece poco cierta la aplicación de un principio de extraterritorialidad absoluta, en virtud del cual cada Estado debería aplicar una Ley común internacional, cualquiera fuere el lugar de la comisión del delito, la nacionalidad del actor o víctima o el bien jurídico agredido.

### III. POSIBILIDADES DE UNA JURISDICCION PENAL INTERNACIONAL

No obstante lo anterior, existen diversas opiniones que han elaborado ensayos hipotéticos sobre estos temas, y que nos presentan las bases sobre las cuales se asientan dichos planteamientos. Vistas dichas hipótesis, de constitución de una Jurisdicción Penal Internacional y sus correlativas normas jurídicas, pensamos en dos posibilidades:

- a. un Derecho Internacional Penal con Jurisdicción Internacional de carácter represivo, y
- b. un Derecho Internacional Penal con Jurisdicción Internacional garantista de los derechos del hombre.

Ambos sistemas implican un conjunto de normas jurídicas sancionatorias de conductas, con la particularidad de que la segunda la planteamos como medio de protección internacional de los derechos humanos, con unos preceptos que los enuncien, instrumentos jurídicos para defenderlos, con la respectiva sanción a su incumplimiento y un órgano que los haga valer.

### *A. Jurisdicción Penal Internacional represiva*

La constitución de una Jurisdicción Penal Internacional concebida para el juzgamiento de personas responsables de delitos de Derecho Internacional ha sido impulsada principalmente por la **Foundation for the establishment of an international criminal court**. Esta nos las presenta con las siguientes bases:

a. Identificación de las conductas punibles (constituyan o no delito con arreglo al Derecho Nacional) <sup>1</sup>:

1. Planificación, preparación, iniciación o realización de un conflicto que entrañe el empleo de la fuerza armada contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado.
2. Violación de leyes o usos de guerra.
3. Violaciones graves de convenios y protocolos adicionales.
4. Actividades terroristas.
5. Tráfico Internacional de Drogas.
6. Los actos de empresas transnacionales o personas que:
  - 6.1 Violan la soberanía de un estado o incumplen sus leyes administrativas.
  - 6.2 Subversión.
  - 6.3 Todas las prácticas corrompidas como el soborno.
  - 6.4 Explotación o destrucción de los recursos naturales de un país o las cosas comunes.
  - 6.5 Competencia desleal.

---

<sup>1</sup> Las que se enuncian son parte de una lista de mayor extensión.

7. Violación de derechos humanos que constituyan delitos.

Se ha llegado a la consideración de que toda violación de derechos humanos debe constituir delito, incluso enjuiciable internacionalmente. Creemos que la amplitud e indeterminación de dicha formulación más que proteger un derecho individual podría llevar a arbitrariedades por parte de los Estados y Tribunales Internacionales al ver de tal forma acrecentada su función punitiva: lo que además, contribuiría al aumento de la crisis del Derecho Penal en general.

En general los delitos de Derecho Internacional se suelen clasificar en tres grupos: Crímenes contra la paz, Crímenes contra la humanidad y Crímenes de guerra.

b. Obligaciones de los Estados

1. Buscar y detener a las personas acusadas de haber cometido cualquier delito de las normas internacionales.
2. Tendrán jurisdicción para juzgar y aplicar sanciones a cualquier persona que haya cometido cualquiera de los delitos señalados.
3. Enjuiciar a todo presunto infractor de las normas internacionales que tenga detenido, o a someterlo a extradición, o a entregarlo al Tribunal Internacional Penal que tenga jurisdicción con respecto a aquellas partes que la hayan aceptado.

*B. Jurisdicción Penal Internacional Garantista*

B.1 Derecho Internacional de los Derechos Humanos

El Derecho Internacional, en su proceso de humanización, ha tenido una preocupación por la delimitación de los derechos de la persona humana y se han elaborado sistemas para su efectiva protección.

“Todo Estado, en cuanto parte de Naciones Unidas, queda “obligado” a tres cosas:

1. Respetar los derechos humanos.
2. Reconocer que éstos escapan de sus jurisdicciones internas.
3. Que la Paz y la Seguridad, tanto en las esferas internas como la internacional, se basan en el respeto de los derechos humanos, esto es, que el Estado que los viola crea un problema interno y también para la comunidad internacional” (HABA: 1986).

En algunos aspectos, pues, la violación de derechos humanos no es sólo una cuestión entre el gobierno que los ataca y la víctima, sino que interesa también a la comunidad internacional.

Dicha legitimación es invocada para fundar el reclamo de que las constituciones recojan una normativa como la formulada por los Instrumentos Internacionales, y que en la práctica de los Estados se adecúen lo mejor posible a ello. Por otro lado, el mismo fundamento de tipo universalista sirve de apoyo para la actuación incluso de una serie de organismos no gubernamentales -Amnistía Internacional, Comité Internacional de Juristas, International League for Human Rights, Comité Internacional de la Cruz Roja, etc., que procuran alcanzar una mejor defensa de los derechos humanos ante los Estados.

#### B.1.1. Los controles en el Derecho Internacional

Los medios jurídicos que el derecho internacional otorgan en su propia esfera para prevenir o reparar violaciones de derechos humanos, son de trámite engorroso y, sobre todo, de alcances prácticos débiles, frente a la autoridades estatales.

Los principales “controles” previstos en los instrumentos son:

1. Informes por parte de los respectivos Estados sobre su propia situación interna (arts. 40 del Pacto y 48-a de la Convención Americana).
2. Informes de Comisiones Internacionales (arts. 40.4 del Pacto y 50 de la Convención Americana).



### 3. Resoluciones de los Tribunales Internacionales (arts. 62 y 63 de la Convención Americana).

Cuando se les encarga la misión de proteger los derechos humanos, las instituciones internacionales utilizan diversas técnicas:

#### a. Control Político

Mecanismos que, aunque no hayan sido instituidos específicamente para controlar el respeto de los derechos humanos, pueden ser usados para este fin. Por ejemplo: en las Naciones Unidas, la Asamblea General puede intervenir por medio de recomendaciones para facilitar el disfrute de los derechos y las libertades fundamentales.

Las organizaciones regionales generalmente incluyen el respeto de los derechos humanos, lo cual tiene como consecuencia que un Estado que violara los derechos humanos y las libertades fundamentales, podría ser excluido de dicha organización.

#### b. La técnica de control por medio de informes

Por regla general, los informes son objeto de exámenes que habitualmente están a cargo de órganos especializados compuestos de expertos. El procedimiento del examen, que a menudo es muy complejo y con recurso a varios órganos, desemboca en la confección de observaciones o recomendaciones, que son dirigidas a todos los Estados miembros o a un Estado específico designado.

#### c. Técnica de control por medio de demanda o de reclamación

El órgano ante el cual se desenvuelve el procedimiento puede ser de naturaleza administrativa, política, cuasi judicial o judicial. Podrá terminar en la elaboración de un informe la adopción de una recomendación o en el pronunciamiento de una decisión o una sentencia.

Respecto a todas esas vías, en última instancia "queda en manos de cada Estado cumplir o no los fallos y recomendaciones emitidas. Por lo demás, el lenguaje en que los instrumentos formulan sus normas sustanciales es, en la mayoría de

los renglones, lo bastante holgado como para no “obligar” de manera muy ceñida a los gobiernos.” (HABA: 1986).

#### B.1.2 Alcance de las “Obligaciones” Internacionales

Así las cosas aunque en el plano **semántico** se puede decir que el Estado queda obligado a:

- respetar y garantizar a los individuos los derechos humanos reconocidos internacionalmente; y

- adoptar medidas para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, la plena efectividad de los derechos reconocidos;

no es menos cierto, que en el plano **pragmático** de tal discurso, él significará lo que las autoridades de cada Estado dispongan que signifique, dentro de su propio país.

Si además está aquello de que los propios Estados informan sobre sí mismos, parecería que todos ellos, prácticamente respetan al máximo los derechos humanos.

Así, muchos Estados han informado al Comité de Derechos Humanos del Pacto que en sus países no son necesarias medidas adicionales, que todos los derechos están bien garantizados y para ello se apoyan en sus textos constitucionales y legislativos y explicaciones sobre los procedimientos judiciales y administrativos.

Por otro lado, los mecanismos de Convenciones Internacionales padecen de un vicio, pues sólo pueden funcionar por iniciativa de los Estados, pocos deseosos de erigirse en acusadores, por temor de ver un día invertidos los papeles (verse acusados). Lo que los gobiernos obtienen al adherirse a los convenios sobre derechos humanos es muy efímero: el derecho a ejercer una intersección humanitaria, quejarse a través de canales diplomáticos, contra una violación.

En el área de derechos humanos hay suficiente legislación en sentido formal: no hace falta más que mirar el gran número de tratados vigentes ratificado por muchísimos Estados; lo que hace falta es cumplimiento. Pero ésta es la misma situación que existe en el área de los derechos humanos a nivel interno: la

mayor parte de los países tienen constituciones y leyes al respecto, lo que hace falta en muchos de ellos es el cumplimiento de sus propias leyes.

### B.1.3 El sistema interamericano

Las insuficiencias generales del Derecho Internacional encuentran aquí una versión particularmente agudizada.

1. En el derecho material de la Convención Americana (contenido material de la regulación): la discrecionalidad de los Estados queda bien apoyada por la letra de los preceptos aplicables: conceptos indeterminados restrictivos, o con virtualidades para ser interpretados así, aparecen incluidas en casi todas las disposiciones que reconocen derechos.

2. Trabas procesales para la protección de los derechos: no pueden acceder a la jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sino aquellos casos que, en forma previa, hayan obtenido el visto bueno, no menos lento que fortuito, en los engorrosos trámites ante la comisión, quien tiene plenas facultades de censura previa respecto a la Corte (ver artículos 61 y 62 de la Convención Americana).

Hasta un Juez de esa Corte señaló:

*“... al promulgarlo (el Sistema de la Convención) los Estados Americanos no quisieron aceptar el establecimiento de un sistema jurisdiccional expedito y eficaz, sino que lo mediatizaron interponiéndole la... Comisión a través de una verdadera carrera de obstáculos que casi siempre devienen en insuperable en el largo y penoso camino que de por sí están obligados a recorrer los derechos fundamentales en la persona humana...”*  
(Rodolfo E. PIZA E. Resolución de 13 de noviembre de 1981, Corte Interamericana de Derechos Humanos, citado por HABA, Enrique P.: 1986).

Así parece ser la “suerte” que correrá el ya polémico caso venezolano, conocido periodísticamente como “La masacre del Amparo”, y sus dos sobrevivientes, que, a no dudarlo, no llegará nunca a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, porque seguro habrá quienes se encarguen de frenarlo en el seno de la Comisión. Los órganos creados por la Convención Americana de Derechos

Humanos parecen más bien cuerpos políticos y no judiciales; siguen las líneas dictadas a los miembros por sus gobiernos. Por ello es que hasta el presente la Corte no ha recibido sino escasos asuntos, que por lo demás son de poca importancia política (HABA: 1986).

## B.2. Las posibilidades de una jurisdicción penal internacional garantista

Teniendo por cierta existencia de un conjunto de normas internacionales protectoras de los derechos humanos, y viendo que son los mecanismos que éstas preven con la finalidad de garantizar su respeto, los que no son efectivos en la realidad, es que nos planteamos la posibilidad de una instancia internacional con medios que permitan lograr la responsabilidad penal, jurídica-internacional de quien haya violado los derechos ampliamente consagrados y reconocidos por una gran cantidad de Estados.

Al respecto podríamos pensar en una hipótesis como la que nos plantea Enrique Haba: "Teniendo en cuenta que la dogmática jushumanista se asienta fundamentalmente en resoluciones de los Tribunales Internacionales, y que son éstos quienes a su vez la acogen de forma regular, cabe pensar que, en principio, para la protección de los derechos humanos, son más confiables las instancias internacionales que las internas."

Para hacer más comprensible dicha hipótesis hay que aclarar que:

- No es lo mismo los **tribunales internacionales** que el **texto** de los instrumentos (no es que éstos, con fórmulas semánticas, sean documentos magníficos).

- No se está afirmando:

a. que tales instancias son **todas** igualmente confiables,

b. y que cada una de ellas es igualmente confiable para **todos** los casos que allí puedan ventilarse.

- Lo que se quiere decir es distinto:

a. que en general, tendencialmente, se ha acreditado que hay lugar para depositar allí esa confianza relativa, y

b. que la imparcialidad de dichas instancias suele ser **mayor** (¡no absoluta!) -o si se quiere que su presionabilidad es **menor** (¡no inexistente!)- que la de los jueces internos.

Desde el punto de vista **empírico** -no en el plano de la dogmática- ese principio (hipótesis) podría estar siempre sujeto a falsación. Pero para llegar a su confirmación o falsación habría que ver cada caso o tipo de situaciones. Así, con el paso del tiempo, podríamos confirmarla para todos o sólo para determinados casos que se plantearan en una instancia internacional que sancionara, imponiendo diversos tipos de penas, de acuerdo a la gravedad de la situación y el bien jurídico lesionado, a los responsables de desconocimiento de los derechos humanos.

Un Tribunal Internacional Penal también contribuiría a garantizar la efectividad de la protección de los derechos humanos a través de las consecuencias no jurisdiccionales sobrevenidas que puedan tener de que ciertas violaciones de derechos humanos constituyan delitos de derecho internacional, tales como el Apartheid, y otras discriminaciones raciales, el uso de mercenarios contra los movimientos de liberación nacional, la tortura, el genocidio y actos inhumanos (esclavitud, persecuciones por razones políticas, sociales, culturales...) etc. De un lado, permite una poderosa resonancia transnacional de las violaciones de derechos humanos, y por otra puede conducir a la aplicación de sanciones económicas y políticas a los gobiernos que hayan desconocido activamente los derechos humanos. Ambas consecuencias serán tanto más acentuadas y sentidas, cuanto más grave es la violación de que se trate, y la gravedad será percibida a nivel extraterritorial en forma más intensa si la violación de un derecho humano constituye a la vez un delito de derecho internacional.

#### IV. OBSTACULOS QUE IMPIDEN EL ESTABLECIMIENTO, CUALQUIERA SEA LA FORMA QUE TOME, DE UNA JURISDICCION PENAL INTERNACIONAL

Planteadas las dos posibilidades en que, pensamos, podría configurarse un Derecho Internacional Penal que conlleve igualmente una Jurisdicción Internacional, haremos un breve recorrido por las causas que ha impedido que ideas como las desarrolladas no existan actualmente, o que las existentes no tengan un asidero efectivo en la realidad por la cual se puede seguir un camino. A tal efecto comentaremos las ideas básicas señaladas por Leu, Hans.

Dichos obstáculos se resumen en:

1. La estructura internacional, compuesta por Estados que insisten en el mantenimiento de los atributos de su soberanía. Recordemos que la administración de justicia es una de las formas más puras mediante la cual se expresa la soberanía de un Estado. Es a raíz de este concepto que se explican principios penales como los de territorialidad y personalidad de la ley penal, así como también el de la no extradición de nacionales.

2. La ausencia de un poder coactivo centralizado, a nivel universal, al que correspondería:

- a. facilitar la función del tribunal
- b. cooperar en la ejecución de la sentencia

3. La resistencia al cambio estructural del Derecho Internacional Público. Los Estados, sobre todo los hegemónicos económica y políticamente, continúan valiéndose del mismo orden jurídico internacional existente para lograr, en su virtud, fines ajenos a los que le son inherentes como orden de conciliación.

Todavía entre el derecho internacional y los derechos internos no hay armonía preestablecida y a menudo tampoco la hay postestablecida, por lo que los desfases entre una y otra esfera son corrientes, sobre todo en materia de derechos humanos. Un desfase entre semántica y pragmática del Derecho Internacional puede darse no sólo por falta de efectos de éste en el Derecho nacional, sino incluso dentro de la esfera misma del discurso jurídico internacional, el de sus propios órganos. También hay casos en que aún éstos, para no contrariar posiciones de tales o cuales gobiernos, adoptan resoluciones destinadas a que respecto a determinadas situaciones no se apliquen, o se apliquen en forma mitigada, las normas internacionales pertinentes. Es natural que así sea, pues también las instancias internacionales, no menos que los jueces internos, están sujetos a redes de presiones que pueden llevarles, en su caso, a resolver **contra legem**.

Todo ello obedece, en definitiva, a lo que se ha dado en llamar el "tribalismo" de los estados que componen la Sociedad Internacional. Tal expresión quiere hacer gráfico el hecho de que dicha sociedad no constituye realmente una

“comunidad”, sino que más bien es un conjunto de “tribus” - Estados. Cada país pone sus propios intereses (de tribu) -mejor dicho, los de sus sectores dominantes- por encima de cualquier otra cosa.

De ahí que, para conocer la dinámica efectiva de un sistema como el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sea indispensable descender de la exegética de los instrumentos al examen de los factores -intereses económicos, geopolíticos, etc.- que presiden realmente las relaciones “intertribales” (HABA: 1986).

4. La insistencia de un Orden Jurídico Internacional en materia penal pondría en peligro la adopción de las Convenciones Internacionales sobre protección de Derechos Humanos. Se ha señalado que estas convenciones no iban a ser ratificadas si tanto a los Estados como a los individuos se permitiera el acceso al Tribunal Internacional.

5. Sería innecesario un Tribunal Internacional puesto que cabría la posibilidad de trabajar en la obtención de sentencias en materia de Derechos Humanos mediante la ampliación de la competencia de la Corte Internacional de Justicia. (Sin embargo, creemos que esta posibilidad tampoco es muy viable; para hacer tal aseveración nos apoyamos en un dato histórico: recordemos que entre las posibilidades analizadas por la Comisión de Derecho Internacional (1949-50) se estudió la de crear una sala criminal en ella, la cual fue desestimada en virtud de que eso sólo se podría concretar mediante una reforma de la Carta de Naciones Unidas, procedimiento que permitiría el veto de las grandes potencias y la aceptación y posterior ratificación de la reforma por parte de las dos terceras partes de los Estados miembros).

6. La diversidad de los órdenes jurídicos nacionales, la cual se reflejaría necesariamente en la estructuración de la Jurisdicción Internacional.

7. La ausencia de una fuerte opinión pública internacional que favorezca la viabilidad de tal proyecto.

El más importante obstáculo que enfrenta la idea de crear un Tribunal Internacional Penal es “... la terca indisposición de los gobiernos de someterse ellos mismos, su política y su poder, a criterios morales, al bienestar general

de la humanidad y a las necesidades del futuro (J.Y. Dautricourt, citado por Leu, H: 1982).

A los gobiernos de los países pequeños hegemonícamente les preocupa la integración del "Tribunal", pues por la calidad de los delitos, regularmente han sido los países hegemonícos, especialmente si las infracciones provienen de conflictos bélicos, los que han constituido tribunales específicos, substrayendo en dicha integración a los Estados neutrales en el conflicto, que serían los más indicados para asegurar el respeto de defensa de los acusados (así el Gobierno de Guatemala, 11 de marzo de 1980), (LEU: 1982).

Los anteriores argumentos, algunos discursivos y otros reales, confirman nuestras dudas sobre las dos posibilidades anteriormente señaladas.

No negamos que la semántica planteada y los fines que persigan sean válidos, humanitarios, y de justicia en general. En eso creemos. En lo que dudamos es que, actualmente, esos principios, que teóricamente pueden estar perfectamente formulados, consigan una aplicación fáctica tan ideal como la idea misma. De allí las intenciones frustradas y los intentos fracasados.

#### V. A MODO DE PROPUESTA

Como podemos apreciar (supra: Derecho Internacional de los Derechos Humanos) existe una afirmación internacional de los derechos, que no significa una Reglamentación Internacional, ni una acción directa a favor de ellos, ni una coacción que pese sobre los Estados, sino sólo una incitación al Poder de que se observen esos derechos (HABA: 1986).

Si bien parece poco factible la constitución de una jurisdicción internacional en materia penal, tanto represiva como garantista de todos los derechos humanos una propuesta más concreta de concebir y que tiene incidencia directa en el ámbito penal, dada la existencia de normas concretas de carácter internacional en derechos humanos, es la **Reglamentación de la Protección Internacional de los Derechos Humanos en los Procesos Penales** (Derecho a un buen proceso penal o Juicio Justo).

No obstante la diversidad de sistemas jurídicos, se ha podido formular un conjunto de principios y normas de validez universal, consagrados recientemente



en distintos instrumentos internacionales de derechos humanos, pero que han cambiado muy poco a lo largo de la historia, para asegurar el derecho a un juicio justo. Derecho éste que puede servir de garantía para el ejercicio y disfrute de otros derechos. Efectivamente, una sentencia injusta, además de ser en sí misma una violación de un derecho humano, puede constituir la herramienta adecuada para justificar, legitimar o amparar, la privación previa de otros derechos (la vida, la libertad personal, la libertad de expresión, el derecho al trabajo...), o la lesión de otros intereses jurídicamente protegidos, distintos de los derechos humanos. Así en materia de drogas tanto la legislación en sí como su aplicación práctica ha demostrado una abierta violación de derechos humanos, como consecuencia de que la propia Ley infringe principios penales garantistas.

Tomemos como ejemplo el artículo 33 de la Ley Orgánica Sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas (Tenencia de Drogas). Este es un tipo de peligro desprovisto de voluntariedad dañosa que ha llevado a la cárcel a muchos poseedores de cantidades insignificantes, que resulta insuficiente para que pueda considerarse de peligrosidad social. Se viola así el principio de que en el campo penal la responsabilidad parte del presupuesto de la existencia de una voluntad culpable, con intención dolosa (ROSALES: 1990). Este solo tipo (artículo 33) ha repercutido además en el sistema judicial, policial y penitenciario, con las graves consecuencias, ya conocidas, que a este último ha traído.

#### *V.I. Regulación internacional*

**Art. 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.**

**Art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos.**

**Art. 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos.**

Las dos primeras fueron ratificadas por Venezuela en los años 76 y 77 respectivamente.

#### *V.II. Ambito de aplicación*

Es un derecho concebido no sólo para asegurar los derechos de una persona acusada de la comisión de un delito, sino también en la determinación de derechos y obligaciones de toda persona.

En materia penal, este derecho no sólo debe amparar al reo, sino también a la víctima de un delito y a la sociedad en su conjunto-impidiendo la impunidad del crimen y garantizando que el culpable será debidamente sancionado, sin complacencia, pero tampoco con mayor severidad que la permitida por la ley y requerida por las circunstancias.

### *V.III. Los tipos de garantía que contempla*

#### **A. Condiciones previas al proceso mismo**

La siguiente enunciación está basada en estudios realizados por el profesor Héctor Faúndez: "Derecho a un Juicio Justo".

1. Un Tribunal "competente" (Pacto Sobre Derechos Civiles y Políticos y Convención Americana Sobre derechos Humanos): lo que desea evitar con esta garantía es la creación y operación de "comisiones" o "tribunales especiales" que no tengan asignada la competencia sobre el caso concreto con anterioridad a los hechos que van a juzgar.

2. Un Tribunal "independiente": en relación al Poder Judicial en su conjunto, al igual que de un Tribunal en particular y en relación a los otros poderes del Estado.

3. Un Tribunal "imparcial": que el Tribunal no tenga ningún interés personal en la controversia. Una Sentencia que no explique cómo y por qué llega a esa decisión puede -legítimamente- ser atacada de arbitraria.

4. Un Tribunal "establecido por la Ley": con anterioridad al hecho que va a conocer.

#### **B. El derecho a un proceso penal justo debe estar basado en ciertos principios básicos**

Para que un proceso pueda ser calificado de justo y regular debe cumplir con las siguientes condiciones:

1. Igualdad ante la Ley y ante los tribunales: (Art. 14 del Pacto y artículo 24 de la Convención Americana): nadie puede esperar un trato privilegiado o preferente de los tribunales. La ley debe ser la misma para todos. Todos son

“enjuiciables”; nadie puede pretender que por su posición social, económica u otra, cuente con un certificado de honorabilidad permanente, cuya conducta no pueda ser investigada; a la inversa, tampoco un individuo, por su sola condición social, económica u otra, puede resultar sospechoso ante los ojos de los tribunales o de la Ley, y deba ser tratado en forma prejuiciada y discriminatoria.

2. Presunción de inocencia (Art. 14, párrafo 2 del Pacto y artículo 8, párrafo 2 de la Convención Americana).

De la vigencia de este principio se derivan otras consecuencias fundamentales:

a. La carga de la prueba: el acusado no tiene el deber de demostrar su inocencia ni de probar absolutamente nada.

b. La calidad de la prueba: que sea lo suficientemente sólida como para dar por establecida la culpabilidad del acusado; en caso de duda razonable: **in dubio pro reo**.

c. La actitud del tribunal: que éste no asuma la culpabilidad del acusado y no adopte una actitud que obstaculice al acusado el derecho a la defensa y condenándolo de antemano.

d. La exclusión de las consecuencias negativas antes de que se dicte la sentencia definitiva: del proceso no se pueden derivar consecuencias negativas o perjudiciales para el reo (distintas de las naturales o incidentes al proceso mismo) como una excesiva publicidad que desacredite al acusado; o un proceso muy largo que pueda dañar sus negocios.

3. Derecho a defenderse (artículo 14 del Pacto y 8 de la Convención Americana): derecho a la defensa personalmente o a ser asistido por un defensor y a disfrutar del tiempo y de los medios necesarios para su preparación (de la defensa). Nadie puede ser condenado sin ser previamente escuchado.

4. Igualdad de armas (no está regulada en Instrumento Internacional): se deduce de todas aquellas reglas que en el caso de una acusación penal reconocen al acusado los mismos derechos que se les confieren la parte acusadora, especialmente en cuanto a la confrontación de testigos, presentar testigos, etc.

### C. Garantías relativas al proceso mismo

Para garantizar la justicia y rectitud del proceso, los instrumentos internacionales destacan la necesidad de que éste cumpla con dos condiciones básicas: que sea público y que sea rápido.

1. La publicidad del proceso: en la sustanciación de cualquier acusación criminal, o en la determinación de sus derechos y obligaciones, toda persona tiene derecho a ser oída "públicamente". No basta con hacer justicia si al mismo tiempo no se ve que se haga justicia. Es una garantía en cuanto permite un control directo de la ciudadanía sobre la rectitud del procesos, restringiendo la posibilidad de procesos a puertas cerradas.

Sin embargo, esta regla general no está exenta de excepciones: una publicidad excesiva y prejuiciada puede debilitar la presunción de inocencia. También habrá casos en que algún interés prevaleciente o el mismo interés de la justicia requerirá limitaciones a la publicidad (por ejemplo casos en interés de la moral, de la seguridad nacional, orden público, menores...)

2. La rapidez del proceso: (Párrafo 3 del artículo 14 del Pacto, letra "c" y artículo 7 de la Convención Americana): es de la esencia de la administración de justicia el que para ser justa ésta tiene que ser rápida. De nada sirve que después de un largo tiempo se acepten los alegatos de una u otra parte y se reconozcan sus derechos, si el mero transcurso del tiempo le ha ocasionado un daño irreparable.

Los instrumentos internacionales coinciden en que toda persona detenida por causa de un delito tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable, o a ser puesta en libertad mientras dure el proceso. Ese término "razonable" debe entenderse tanto en cuanto no resulte excesivamente prolongada como en cuanto permita el tiempo necesario para preparar la defensa.

### D. Las garantías de la defensa

1. Derecho a ser informado de la acusación (artículo 8, párrafo 2, letra "b", de la Convención Americana y artículo 14, párrafo 3, letra "a" del Pacto): debe ser informado sin demora en un idioma que el encausado comprenda y en forma detallada de la naturaleza y causas de la acusación formulada en su contra.

2. Derecho al tiempo y a las facilidades necesarias para la defensa: comprende varios aspectos del derecho de defensa:

a. derecho a ser informado de la naturaleza de la acusación;

b. derecho a contar con los servicios de un intérprete;

c. derecho a tener asistencia legal;

d. derecho a tener acceso a los documentos necesarios para la preparación de la defensa.

e. garantías relativas a la prueba o evidencia:

e.1 derecho a confrontar las pruebas de la parte acusadora

e.2 derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo: la confesión es la mejor evidencia posible de la culpabilidad del acusado. Por ello se ha ocurrido a cualquier medio, incluso la tortura, para obtenerla. Es por ello que esta garantía requiere someter a un estricto cuidado la validez de toda confesión, permitiendo examinar si ella es admisible y si ha sido otorgada en forma voluntaria. Su propósito es proteger la integridad física y mental de la persona acusada, evitando que ésta sea objeto de tortura u otras medidas coercitivas con las que pretenda forzarla a declararse culpable. Este derecho incluye tres aspectos:

- derecho del acusado a permanecer callado;

- derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo;

- derecho a que de su silencio se infieran conclusiones negativas (no culpabilidad) por parte del Tribunal.

e.3 derecho a presentar evidencia a su favor: si bien no tiene que probar nada, tiene derecho a ser oída y a contar con todos los medios adecuados para la preparación de la defensa.

E. Garantías subsecuentes al proceso

Después de concluido el proceso en primera instancia:

1. Derecho a apelar del fallo condenatorio de la pena (por las razones por las que se admite la doble instancia).

2. Derecho a no ser procesado más de una vez por un mismo hecho (**no bis in idem**); con la internacionalización de la criminalidad, esta prohibición adquiere especial relevancia en el caso de hechos que sean constitutivos de delito en más de un estado y que, habiendo ya sido juzgado en uno, vayan a ser conocidos por la justicia penal de otro país. El principio tiene vigencia ya sea que el acusado haya sido inicialmente absuelto o condenado.

#### F. Derecho a indemnización en caso de error

Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia debe ser indemnizada conforme a la ley (artículo 14, párrafo 6 del Pacto y artículo 10 de la Convención Americana).

#### *V.IV Conclusión sobre el derecho a un buen juicio*

La significación del derecho a un juicio justo es indiscutible. Una administración de Justicia recta importa tanto a las partes como a la sociedad en su conjunto, pues los Tribunales de Justicia no se pueden constituir en instrumentos de opresión o en elementos de corrupción (FAUNDEZ: 1991).

La idea es que se haga una reglamentación de estas garantías a fin de evitar al máximo la discrecionalidad de los gobiernos de los Estados en su interpretación, y una vez consagrados y reglamentados este derecho y sus garantías en instrumentos de carácter internacional, se establezcan mecanismos que prevean una acción directa de acudir a una instancia supranacional, para que ésta, si lo estima necesario, disponga una "justa indemnización" para la parte afectada por cualquier violación de las garantías que deben existir en proceso penal; tales como, la restitución, si fuere aún posible, del derecho violado; indemnización al afectado por parte del Estado; cambio de legislación a los países, si existiera una norma contraria a los derechos; y si el hecho que constituye violación al derecho al proceso justo constituye a la vez un delito, que éste sea investigado y el funcionario que en él incurrió sea sancionado.

Una de las razones por la que creemos que el derecho a un juicio justo pueda estar mejor protegido a nivel internacional que a nivel interno, es que partimos del hecho de que si los encargados de velar por él internamente son los Tribunales (jurisdicción nacional) son precisamente ellos quienes pueden incurrir en violación de las garantías que existen para garantizar un proceso regular y válido (justo).

Esta propuesta de Reglamentación Internacional del derecho a un Juicio Justo no escapa de los obstáculos anteriormente señalados para la Jurisdicción y Derecho Internacional en materia penal, en general, por lo cual ella quiere significar la necesidad de profundizar en su estudio y reflexión de manera de lograr un amplio apoyo a esta formulación, porque, si bien es cierto que las deficiencias de la coacción a nivel internacional no permiten actualmente la perfección de los controles en la protección de los derechos humanos, es, como señala Fernández Carrasquilla, "un gran paso que pueda utilizarse la presión y tal vez hasta ciertas represalias internacionales para forzar el cumplimiento de dicha obligación y que en muchos casos el incumplimiento pueda deshacerse por ciertas jurisdicciones internacionales que, por desgracia no rigen todavía en América (FERNANDEZ CARRASQUILLA: 1987).

## VI. MEDIOS ALTERNATIVOS DE PROTECCION

Por ahora, y dada la imposibilidad inmediata de que a través de vías formales se cumplan los postulados de un juicio justo, nos encontramos con que por medio de mecanismos alternativos como Amnistía Internacional, se puede lograr mucho de lo que se desearía por vías formales. Amnistía basa su labor consciente de que miles de personas están en prisión a causa de sus convicciones, que muchas están recluidas sin ser acusadas ni llevadas a juicio, que la tortura y la pena de muerte están muy extendidas. Dichos abusos exigen una respuesta a nivel internacional; Amnistía recoge y analiza las informaciones provenientes de diversas fuentes: periódicos, revistas, boletines, informes de abogados y organizaciones con fines humanitarios, entre otras.

Amnistía Internacional juega un papel específico en la protección de los derechos humanos a nivel mundial. Los presos constituyen el aspecto central de sus actividades. Esta:

a. Busca la liberación de los presos de conciencia, o sea, de personas encarceladas en cualquier parte del mundo a causa de sus convicciones, color, sexo, raza, idioma o religión.

b. Propugna la realización de juicios expeditos e imparciales para todos los presos políticos y trabaja en defensa de aquellas personas recluidas sin cargos o juicio previo.

c. Se opone sin excepciones a la imposición de la pena de muerte y a la tortura, y a toda pena o trato cruel, inhumano o degradante impuesto a cualquier categoría de presos (Folleto: En qué consiste Amnistía Internacional? Amnesty International Publications, Gran Bretaña, 1985).

## VII. CONCLUSIONES

Es cierto, y así lo creemos, que los juicios de Nüremberg y Tokio no fueron episodios vanos e inútiles, pues sentaron las premisas y fue el punto de partida de un desarrollo teórico de una disciplina y de un conjunto de principios hacia los cuales se inclina el derecho internacional. Pero, visto ese desarrollo teórico y el fracaso de los pocos intentos de llevarlo a la práctica, por las razones anteriormente expuestas, no nos queda sino señalar que esos estudios teóricos y su existencia desmienten más que confirman sus postulados.

Sin embargo, haciendo abstracción de los obstáculos, pensamos en dos posibilidades hipotéticas hacia donde apuntan estas disciplinas: una jurisdicción internacional penal represiva y una jurisdicción internacional pena garantista.

El Derecho Internacional (y por ende el funcionamiento de sus protecciones) no posee otra fuerza (real) que la derivada del apoyo fáctico que estén dispuestos a otorgar las autoridades de cada Estado y sectores de peso de la sociedad civil. En la medida que este apoyo falte, dicho derecho internacional no pasará del discurso semántico: hermenéutica de juristas profesionales, retórica política, etc. Si en el interior de cada país no existe una voluntad política dominante dirigida a asegurar el respeto de los derechos humanos, sería iluso pensar que esos países le otorgarán a las instancias internacionales (normativa [Derecho Penal Internacional], organismos [Jurisdicción Internacional]) los medios y el acatamiento indispensables para que éstas puedan



ayudar a mejorar sensiblemente la situación real de tales derechos (HABA: 1986).

Es bastante fijar una propuesta, aunque sea a mediano plazo de Reglamentación de los derechos humanos en un proceso penal, el deber del respeto mínimo del derecho a un juicio justo, a fin de que su protección se haga cada vez más viable y menos engorrosos los procedimientos para lograr la responsabilidad de quienes incurran en sus violaciones.

#### BIBLIOGRAFIA

FAUNDEZ LEDESMA, Héctor: "El derecho a un juicio justo", Caracas, en **Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas** N° 89, Universidad Central de Venezuela, 1991.

FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan: "Los derechos humanos como barrera de contención y criterio autoregulador del poder punitivo", Caracas, en **Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas** N° 68, Universidad Central de Venezuela, 1987.

FIERRO, Guillermo: **La ley penal y el derecho intencional**, Buenos Aires, Edic. Depalma, 1977.

HABA, Enrique P.: **Tratado básico de derechos humanos**, 2 tomos, San José, Costa Rica, Editorial Juricentro, 1ª edición, 1986.

LEU, Hans-Hoachim: **Introducción al Derecho Internacional Penal**, Caracas, Ministerio de Relaciones Exteriores, 1982.

ROSALES, Elsie: **Hacia una interpretación del artículo 33: tenencia ilícita de sustancias psicotrópicas y estupefacientes**, Caracas, Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, Universidad Central de Venezuela (inédito), 1990.



**Derecho Penal Mínimo,  
reduccionismo  
y despenalización**

Enrique Javier Marín A.

Revista de la Facultad de Derecho, N° 49  
Universidad Católica Andrés Bello  
Caracas, 1994



## INTRODUCCION

En las sociedades modernas existen dos polos. Por una parte está el Estado y por la otra el individuo. Uno de estos dos polos, el Estado es susceptible de adquirir un poder enorme dentro de la sociedad. Generalmente, el proceso mediante el cual el Estado aglutina cada vez más poder, genera, correlativamente, una gradual pérdida de relevancia de la persona, del individuo. El Estado está, entonces, en condiciones de cometer arbitrariedades. Luego, se plantea la necesidad de controlar la actividad del Estado.

Ahora bien, el Estado está regulado por un ordenamiento jurídico. Dentro de este ordenamiento, resaltan las normas de naturaleza penal por ser éstas, normas destinadas a salvaguardar los bienes jurídicos más importantes de la sociedad. Pero esta normativa puede en vez de solucionar problemas, aportar otros. En efecto, si ella es elaborada y ejecutada por un Estado arbitrario, es más probable que produzca resultados arbitrarios. En consecuencia, dada la importancia que reviste, parece elemental que en beneficio del individuo, deba el Estado ser controlado con especial cuidado.

Es por esta necesidad de control de la actividad legislativa y judicial del Estado que nace el Derecho Penal Mínimo. Esta corriente de pensamiento tiene como meta principal la de reducir la injerencia del sistema penal en la regulación de la conducta humana. Una de las formas de reducir la intervención del sistema penal es mediante el análisis del bien jurídico tutelado y de la sanción que le corresponde.

Por otra parte, el derecho penal mínimo también tiene entre sus metas la despenalización de una conducta cuando juzga que ella no requiere de aplicación una sanción penal.

Este trabajo consta de tres partes. Una primera parte relativa a las nociones generales del Derecho Penal Mínimo. Una segunda parte referida a la reducción del derecho penal mediante la aplicación de dos de los principios que toma en cuenta el Derecho Penal Mínimo. En fin, una tercera parte relativa a la despenalización y su relación con la transformación de las sanciones penales en administrativas.

## I. EL DERECHO PENAL MINIMO

### *1. Concepto*

Derecho Penal Mínimo es la denominación que se da a aquellas corrientes que buscan la máxima reducción de la intervención penal; la mayor ampliación de los límites de los derechos y garantías; y la rígida exclusión de otros medios represivos y punitivos que se adoptan por fuera de las regulaciones oficiales <sup>1</sup>.

Como lo acabamos de ver, el Derecho Penal Mínimo tiene entre sus intenciones la de minimizar la interferencia del derecho penal en la sociedad. Por esta razón, el Derecho Penal Mínimo es también denominado reduccionismo penal <sup>2</sup>.

La minimización que se pretende llevar a cabo implica tanto una disminución cuantitativa, como cualitativa de los hechos punibles, suprimiendo aquellas descripciones que no sean gravemente lesivas para la sociedad y tipificando sólo los comportamientos que en verdad causan hondo daño social.

Otro de los fundamentos del Derecho Penal Mínimo es el de propiciar la ampliación de los derechos y garantías, y lo que es más importante, propiciar su efectiva materialización dentro del proceso penal.

Pero, aparte de los planteamientos anteriores a los cuales se suscribe el Derecho Penal Mínimo, hay otro que se entiende que es también de suma importancia.

---

<sup>1</sup> PEREZ PINZON, Alvaro: *Derecho Penal Mínimo y Derecho Penal de Garantías*, 1991, p. 138.

<sup>2</sup> *Idem*.

No pocos son los atropellos que llevan a cabo los entes punitivos del Estado, por una parte, y por otro lado, tampoco pueden soslayarse debido a su magnitud las reacciones violentas que tiene a veces una comunidad para con un pretendido delincuente. En relación con esto último, es normal observar cada cierto tiempo que una comunidad toma la justicia en sus manos y enfrenta a un presunto delincuente. Como ejemplo de ello encontramos en la prensa titulares como éste **Linchado después que mató a la mujercita** (Crónica Policial, año XXIV, N. 1191, p. 7).

Por éstas y otras razones, el Derecho Penal Mínimo sostiene que deben evitarse aquellos mecanismos represivos y punitivos que se adoptan social y culturalmente, por fuera de las regulaciones oficiales.

Estos objetivos del Derecho Penal Mínimo que venimos de enunciar provienen de varias fuentes. Surgen de los tratados internacionales, de los postulados de la “perspectiva abolicionista” y de la concepción de un Estado social, democrático y liberal.

## 2. ESTADO SOCIAL DEMOCRATICO Y LIBERAL

El Estado, ente que monopoliza el uso de la fuerza en las relaciones sociales, es concebido modernamente como un Estado que debe ser social, liberal y democrático.

Se entiende por Estado “social”, aquel Estado que vela por el progreso y bienestar de la comunidad. Por Estado “democrático”, se hace referencia a un Estado que finca su legitimación en el consentimiento y la participación de los asociados, tanto en la elección de los órganos de representación cuanto en la formación de leyes que sean verdadera expresión de la voluntad general.

La influencia de los fundamentos democráticos se plasma en el Derecho Penal Mínimo a través de principios como el de reserva legal y el de la representación popular. Según el primero, la ley penal debe emanar de los organismos representativos de la comunidad, verbigracia el Congreso. De acuerdo con el segundo, en la confección y discusión de la ley penal deben participar las asambleas y congresos, así como las clases populares, todos los partidos y movimientos políticos.

Es lógico deducir de estos principios que la ley penal no puede ser una respuesta “administrativa” inmediata a los disturbios o conflictos. Es un acto solemne que tiene que surgir de amplios y detenidos debates llevados a cabo en las “Cámaras”, acompañados de profundos análisis en el interior de los partidos políticos y de una vasta discusión pública.

Ahora bien, dentro de la concepción del Estado que estamos analizando, queremos hacer el énfasis en la faceta “liberal” que debe tener el Estado. Según Fernández Carrasquilla, quien a su vez toma la idea de Radbruch, liberal significa que “el individuo no es sacrificado como un medio para el logro de los fines colectivos, sino que tiene el valor absoluto de persona, valor que no es derivado del colectivo y en caso de conflicto prevalece sobre éste”<sup>1</sup>. Esta concepción liberal del Estado se contrapone al llamado Estado autoritario, en el cual prevalece el uso arbitrario del poder público.

A estas dos formas de Estado, liberal y autoritario, corresponde un ordenamiento jurídico. Y dentro de este ordenamiento jurídico existe una regulación penal que termina siendo caracterizada por la forma de Estado al cual pertenece.

En el derecho penal autoritario se puede decir que normalmente se parte de la base de que por razones de seguridad nacional se debe entablar una “guerra” contra determinadas conductas<sup>2</sup>. Entonces, se subordinan los principios de derecho penal más o menos clásicos a las necesidades de esa “guerra”. La consecuencia lógica de todo el planteamiento ideológico de “guerra” es un deterioro del derecho penal liberal, y, por ende, un fortalecimiento de los caracteres que se conocen como “derecho penal autoritario”.

La “guerra” y la “necesidad de defensa” se hacen en función de un principio superior al hombre (el de la seguridad de la soberanía e integridad de la nación, por ejemplo, o el de la salud pública), al que queda sometido, con su dignidad de persona. Entonces, al hombre se le niega su calidad de tal porque se proclama su supresión temporal en función de un resurgimiento “mejor” de su personalidad en el “futuro”.

---

<sup>1</sup> FERNANDEZ CARRASQUILLA, *Los derechos humanos como barrera de contención y criterio autoregulatorio del poder punitivo*, 1987, p. 335.

<sup>2</sup> ZAFFARONI, Eugenio, *Legislación “anti-droga” latinoamericana*; 1990, p. 2.



En principio, “se crea” (se inventa en el plano de lo real) o se “magnifica” un peligro social existente, se lo extrae de contexto y se lo hace “penal”, se absolutiza la “lucha” o la “guerra”. Esto quiere decir que se construye un mito de peligro social basado, la mayoría de las veces, en un enfoque parcial de la realidad.

A la larga, se evidencia la falsedad del discurso, pero pronto se busca un “enemigo” y los enemigos del derecho penal liberal retoman los viejos procedimientos dentro del nuevo discurso de “guerra”.

Algunos elementos autoritarios del derecho penal de fondo son <sup>1</sup>:

a. La irracionalidad de la tipificación

Esta queda demostrada con el afán de cubrir todo posible hueco de punibilidad. Un ejemplo evidente de este elemento se encuentra en el “tipo de tenencia” previsto y sancionado en el artículo 33 de la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacentes y Psicotrópicas (LOSEP) el cual es un tipo de peligro que carece de especificación de la voluntad dañosa.

b. La equiparación de los actos tentados e incluso preparatorios con los consumados

Verbigracia, el artículo 31 ejusdem, pretende abarcar todo el tráfico de drogas, incluso hasta los actos preparatorios. Esto se hace patente en la multiplicación de los verbos que señalan la acción. Dicho artículo reza: “El que ilícitamente **trafique, distribuya, suministre, fabrique, elabore, refine, transforme, extraiga, prepare, produzca, transporte, almacene, dirija o financie o de alguna manera o por cualquier medio facilite el tráfico** de cualquiera de las sustancias o sus materias primas a que se refiere esta Ley, será sancionado con prisión de diez (10) a veinte (20) años” (destacado nuestro).

c. La equiparación de los actos de los partícipes con los de los autores

En Venezuela tenemos un ejemplo claro de este tipo de elemento. De nuevo es la LOSEP una de las máximas expresiones del derecho penal autoritario. Así, su

---

<sup>1</sup> *Ibidem*, p. 14.

artículo 32 trata de abarcar a todas las personas que estén involucradas directa o indirectamente con el tráfico. Este artículo se expresa de la siguiente manera: “El que ilícitamente siembre, cultive, coseche, preserve, almacene, ordene o dirija o financie y en general cometa algún acto ilícito de adquisición, tráfico, suministro, almacenamiento, transporte y distribución de semillas, plantas o sus partes, que contengan cualesquiera de las sustancias a que se refiere esta Ley, será sancionado con prisión de diez (10) a veinte (20) años” (destacado nuestro).

d. La reducción de la afectación al bien jurídico hasta suprimirlo y derivar en un claro tipo de autor.

e. La punición de todos en una inversión del **in dubio pro reo** convertido en un **in dubio pro societate**.

f. En la abierta violación a la racionalidad y humanidad de las penas mediante la fijación de mínimos altísimos que impiden a los jueces cuantificar la pena de conformidad con el contenido injusto y la culpabilidad.

g. En el plano procesal se observa la tendencia a:

g.1. Aumentar las facultades de órganos policiales (allanamientos, detenciones, expulsiones, traslados, mantenimiento de incomunicación).

g.2. Limitar los medios defensivos (ineficacia del **habeas corpus** contra esos actos administrativos).

g.3. Controlar estrictamente a los jueces que absuelven o sobreseen pero no cuando condenan.

Esta confrontación entre el derecho penal autoritario y el derecho penal liberal nos resalta la necesidad de desarrollar este último como modelo garantista de los derechos del individuo.

### 3. PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL LIBERAL

Como acabamos de ver, el derecho penal necesita de los principios del derecho penal liberal, razón por la cual el derecho penal mínimo adopta estos principios. Estos consisten fundamentalmente en:

- a. La accesoriadad o subsidiariedad.
- b. El principio de lesividad real.
- c. El principio de la mínima o ninguna intervención.
- d. El derecho penal como última o extrema ratio.
- e. **Nullum crimen sine conduta.**
- f. **Nullum crimen sine lege.**
- g. **Nullum crimen sine culpa.**
- h. Principio de la racionalidad de la pena.
- i. **Nulla poena sine proevia lege penale.**

En relación al campo de acción del derecho penal existen los principios que desarrollamos de seguida <sup>1</sup>:

El principio de subsidiaridad (o accesoriadad) señala que no todos los conflictos tienen que ser solucionados en sede penal. Desde otro ángulo equivale a decir que la pena debe ser utilizada sólo si se prueba que no existen otros mecanismos diferentes al penal para contestar a las amenazas de los derechos humanos <sup>2</sup>.

El principio de lesividad real viene a completar al principio anterior dado que sostiene que el derecho penal solamente debe escoger ciertos trozos o sectores de la antijuridicidad general para convertirlos en antijuridicidad penal.

Este principio implica que el Derecho Penal Mínimo debe tender, con base a una reelaboración de la jerarquía de los bienes jurídicos que merecen tutela, a una recia deflación de los intereses protegidos y de las prohibiciones legales. Esto es, que debe atender al criterio de la necesidad de las prohibiciones penales.

Esto implica, por una parte, que se impongan las penas mínimas necesarias. Por otra parte, debe realizarse la máxima economía en la configuración de delitos. De hecho, hay delitos que no merecen ser considerados como tales.

Para determinar los delitos debe tenerse presente que sólo será delictiva aquella conducta que en realidad cause un daño o genere un riesgo concreto a un bien jurídico.

<sup>1</sup> PEREZ PINZON, Op. cit., p. 139.

<sup>2</sup> BARATTA, Alessandro: Principios de Derecho Penal Mínimo, 1987, p. 632; y PEREZ PINZON: Op. cit. p. 143.

Ahora bien, si el derecho penal debe ser accesorio, y esa accesoriedad se proyecta en el hecho de que debe escoger ciertos sectores de la antijuridicidad general para convertirlos en antijuridicidad penal, nos podríamos preguntar cuáles sectores debe elegir. El criterio para hacer la escogencia viene dado por el principio de la **mínima o ninguna intervención** que explica que el derecho penal sólo debe inmiscuirse en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos de mayor trascendencia.

Con los principios anteriores podemos comprender el principio del derecho penal como **última o extrema ratio**, según el cual debe entenderse que el derecho penal tiene que actuar sólo cuando sea necesario, imprescindible para la vida en común de la sociedad, y cuando fracasan las demás políticas sociales.

Por otra parte, existen otros principios ya no relacionados con el espectro en el cual debe actuar el derecho penal, sino vinculados a la especificación de aquello que puede ser penado <sup>1</sup>.

El primero de estos principios es el principio del **nullum crimen sine conducta**. Este excluye la posibilidad de pensar la mera intención o el pensamiento, pero además, como la conducta humana sólo puede darse en sociedad, requiere que se trate de la conducta de alguien respecto de alguien.

Por otra parte, así como el tipo que va a crear el legislador debe sancionar únicamente la conducta, así también debe contener una individualización legal lo más precisa posible de las acciones que configuran delito. Los tipos penales deben ser expresos e inequívocos y por consiguiente deben indicar claramente los elementos normativos y descriptivos de la conducta reprochable. Además, como la ley debe ser racional, debe tener un fin, que será garantizar bienes jurídicos de alguien (principio de **nullum crimen sine lege**).

Pero a los principios anteriormente enunciados se agrega también el principio del **nullum crimen sine culpa**. Según éste, se requiere que la conducta se haya realizado al menos culposamente y que sea también reprochable al autor.

---

<sup>1</sup> ZAFFARONI, Eugenio: *Manual de Derecho Penal*, 1979, p. 222.

Ahora bien, cuando han sido determinados los elementos del delito corresponde atribuir una pena. Es en este sentido que el principio de **racionalidad de la pena** se pronuncia. La pena debe guardar cierta relación con la magnitud de la lesión.

Por último, nos toca hacer referencia al principio de **nulla poena sine previa lege penale**. De acuerdo con este principio, es necesario que se sepa de qué bienes jurídicos puede ser privada una persona en razón de la comisión de una conducta delictiva.

Todos estos principios tienen una característica general: la reducción del derecho penal.

De hecho, en esos principios se resume lo que persigue fundamentalmente el Derecho Penal Mínimo: “menos delitos, menos penas, menos personas alcanzadas por la pena, menos dolor a los penados y más humanitarismo en todo el ámbito del derecho punitivo”<sup>1</sup>.

Los principios anteriores competen al legislador. Pero es evidente que **la mayoría de los principios literalizados anteriormente también competen al ‘aplicador’ de la ley, especialmente al juez, por cuanto permanentemente tiene que interpretarla y corregir los excesos o defectos del legislador**. En sus manos está la efectividad de los principios mencionados con anterioridad.

Aun cuando buena parte de los principios dirigidos al legislador se deben utilizar en la interpretación de la norma, queremos citar algunos principios propios de la interpretación<sup>2</sup>:

a. Proporcionalidad concreta (adecuación del costo social).

Tiene dos significados esenciales:

1. La pena impuesta no sólo debe ser proporcional al daño objetivamente causado a la víctima y al grado de culpabilidad del autor, sino al daño social originado con la violación.

<sup>1</sup> FERNANDEZ CARRASQUILLA: *Op. cit.*, p. 344.

<sup>2</sup> PEREZ PINZON: *Op. cit.*, p. 146.

2. La pena produce altos costos sociales de distintos tipos. De acuerdo con este principio, el juez debe mirar dichos factores al dosificar la pena y debe acudir, por ejemplo, a las circunstancias atenuantes, con el fin de compensar y limitar la desigualdad social.

b. Imputación personal (principio de la personalidad).

La pena se aplica sólo al autor del hecho.

c. Responsabilidad por el acto (rechazo del derecho penal de autor).

Como se puede constatar, los principios del Derecho Penal Mínimo parecen tender hacia dos objetivos, ambos relacionados con la reducción de la intervención del derecho penal. El primer objetivo sería el de reducir la intervención del derecho penal obligando a una mejor determinación de la norma y a una específica interpretación de la misma. Es decir, que esta primera finalidad busca crear una norma específica para que sea interpretada y aplicada restrictivamente, sólo en los casos señalados en ella y de acuerdo con determinados principios de interpretación. Es por eso que al limitarse la redacción de la norma y su interpretación se está reduciendo el campo de aplicación de la norma.

El segundo objetivo del Derecho Penal Mínimo es que haya una despenalización total de una conducta. Esta despenalización puede consistir en que la conducta tipificada como punible deje de ser antijurídica, o puede tratarse de la transformación de una conducta penalmente reprobable en una conducta reprobable desde otro ángulo del ordenamiento jurídico, como por ejemplo, desde el enfoque administrativo. En este caso se debería aplicar el principio de subsidiariedad del derecho penal y, entonces, la conducta pasaría a ser regulada por la rama jurídica que le corresponde.

En el siguiente punto vamos a abordar la restricción del tipo penal mediante la aplicación de los principios de lesividad real y de la racionalidad de la pena. Luego trataremos el problema de la despenalización desde el enfoque de las sanciones administrativas.

## II. LA LESIVIDAD REAL Y RACIONALIDAD DE LA PENA

En el derecho penal hay actos punibles de mayor gravedad y hay actos punibles de menor gravedad dependiendo del daño que produzcan, tanto a la víctima como a la sociedad. De acuerdo con el principio de lesividad real, el legislador debe establecer una jerarquía de bienes jurídicos que merecen tutela, y por consiguiente, debe establecer una correlativa estratificación de tipos penales.

En los tipos penales, a los distintos supuestos de hechos les debe corresponder sanciones proporcionales (principio de la racionalidad de las penas). En efecto, la pena aplicable al caso concreto debe guardar relación con la magnitud de la lesión, y por ende, con el tipo penal. Sin embargo, este principio es obviado en muchos casos produciendo una verdadera aberración jurídica. En un periódico renombrado de la capital encontramos los siguientes casos:

- a. “10 años presos por robar una grabadora” (El Nacional, 14 de febrero de 1989).
- b. “4 años por el robo de un televisor” (El Nacional, 30 de agosto de 1988).
- c. “30 años por tres atracos” (El Nacional, 30 de agosto de 1988).

En estas frases resaltan la imposición de penas excesivamente altas, que no parecen guardar relación con el ilícito que se ha cometido.

Son situaciones como las reseñadas con anterioridad las que trata de evitar el Derecho Penal Mínimo.

Es evidente, pues, que en nada nos ayuda la interpretación de la ley de acuerdo con el principio de lesividad real, si el tipo de pena aplicable es desproporcionada con respecto a la afectación del bien jurídico o, si siendo justa la pena prevista, el mínimo de penalidad planteado en la norma penal es, por ejemplo, muy alto.

Entonces, el legislador, para generar un derecho penal garantista de los derechos humanos, tiene que pensar en la aplicación de los principios de lesividad real y de racionalidad de las penas. Teniendo en cuenta estos principios, se crean normas que limitan la interpretación y que reducen la

aplicación del derecho penal a casos en los cuales se produzca gran lesividad a los individuos que integran la sociedad. Asimismo, mediante estos principios el legislador establece penalidades y mínimos de penas razonables.

En conclusión, se aplica la norma penal, cuando es necesario, ni más, ni menos.

Agotado el razonamiento de la reducción penal por vía de la aplicación de los principios arriba desarrollados, vamos a orientar el curso de esta exposición hacia otro de los objetivos del Derecho Penal Mínimo: el vínculo entre el principio de la subsidiariedad y las sanciones administrativas, como forma de despenalización.

### III. EL PRINCIPIO DE LA SUBSIDIARIEDAD Y LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS

En el Derecho Penal Mínimo rige, entre otros, el principio de la subsidiariedad. Este principio determina que la pena debe ser utilizada sólo si se prueba que no existen otros mecanismos diferentes al penal para contestar a las amenazas de los derechos humanos.

Para clarificar más este planteamiento, podemos vincular este principio a dos principios de origen liberal. El primero de estos principios es el de la mínima intervención. Según este principio, el derecho penal sólo debe interferir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos de mayor trascendencia.

Este principio, a su vez, se concatena con otro principio liberal: el principio de la última o extrema ratio. El derecho penal sólo debe actuar cuando sea necesario, imprescindible para la vida en común de la sociedad y cuando fracasan las demás políticas sociales.

En aplicación de estos principios hoy día se plantea la necesidad de despenalizar ciertas conductas. Originada por el principio de subsidiariedad, la despenalización se puede dar de varias formas. Por ejemplo, puede transformarse la sanción penal en otro tipo de sanción formal, o puede sencillamente eliminarse.

Cuando se plantea que la sanción penal sea transformada en otro tipo de sanción surge la duda de saber en cuál tipo de sanción puede ser transformada. Para dar



respuesta a esta inquietud debemos urgar en el resto del ordenamiento jurídico en búsqueda de otro tipo de sanciones. Las sanciones con las cuales nos podemos encontrar son fundamentalmente sanciones civiles, administrativas y disciplinarias.

Las sanciones disciplinarias, se refieren sólo a aquellas sanciones impuestas por la administración para reprimir las faltas de los sujetos que se encuentran unidos a ella por una relación de servicio o por un vínculo estable y permanente, en forma tal que al actuar manifiestan o ejecutan su propia voluntad. Estas sanciones no son objeto de nuestro estudio en el presente trabajo porque sólo se refieren a funcionarios de la Administración, mientras que esta exposición pretende abarcar a cualquier otro tipo de sujeto. Nos interesa determinar si existe algún tipo de sanción formal distinta de la penal que pueda reemplazarla y que pueda serle aplicada a cualquier tipo de persona natural.

Respecto a las sanciones civiles, las cuales son de la más variada especie, pero que pueden calificarse, en general, de violaciones a las normas previstas en el Código Civil que son sancionables, e infracción en las normas contractuales. Las sanciones civiles pueden aplicarse o no con sanciones penales. Es decir, que no se puede decir que se va a transformar una sanción penal en civil, sino que lo que podría ocurrir es que se desaplique una norma penal, y que solamente permanezca la posibilidad de aplicar una sanción civil.

En fin, están las sanciones administrativas sancionatorias (por contraposición a disciplinarias). Estas son producto de la facultad sancionatoria de la Administración, quien pena al administrado por el incumplimiento de una norma preexistente, tutelada por la Administración.

Con respecto a este último tipo de sanción se podría pensar que, para los efectos de las infracciones de poca gravedad pudiera ser un instrumento más eficaz de aplicación de sanciones. Se podría lograr la aplicación de una sanción en menos tiempo que en el sistema penal, y con menos afectación del procesado. Esto traería ventajas para el procesado. Primero, obtendría una decisión más prontamente que en el sistema judicial, y a la vez, significaría una ventaja para el poder judicial, el cual tendría menos recargo. Además, si se piensa que la Administración no impondría sanciones que produjeran gran lesividad, se entiende que, en caso de cometer irregularidades, el sujeto que habría de

soportar los rigores de la sanción no sufriría grave perjuicio. Continuando la idea, la víctima podría recurrir de la decisión administrativa y en el peor de los casos, podría obtener una decisión en la vía contencioso-administrativa.

Respecto de este particular nos surge una duda: ¿qué implicaciones subyacen en la transformación de las sanciones penales en administrativas?

Desde el punto de vista de los principios, tenemos una diferencia considerable entre el principio de legalidad penal y el principio de legalidad administrativa.

El principio de legalidad que rige en materia penal, es un principio que, dada su importancia, es continuamente retomado en la doctrina del derecho penal, y en especial, en el Derecho Penal Mínimo. Sobre este principio se edifican las bases de la seguridad jurídica en el sistema penal, debido a que él ciñe la juridicidad del acto a la forma legal previa. Es por ello que reviste un carácter estricto y que no pueda ser obviado sin caer automáticamente en la arbitrariedad.

No pasa lo mismo con el principio de legalidad administrativa. Este puede ser contrarrestado con otros principios que le restan rigor a su ejecución.

Por ejemplo, en Venezuela en la Administración, así como rige el principio de la legalidad administrativa, también rige el principio de discrecionalidad. De acuerdo con este principio, la Administración tiene un margen de libertad para ajustar, dentro del marco legal, su gestión. Esto se debe a que la Administración tiene como finalidad primordial el interés público. En palabras de Hildegard Rondón de Sansó:

*“... el poder discrecional se nos presenta como una potestad acordada por la ley que permite a la Administración una actuación diferente a la sola ejecución de la norma general; que excede de la mera aplicación de un dispositivo preexistente cuando se está frente a un caso específico; que se limita a constituir una simple traducción a un nivel más concreto de los dispositivos genéricos contenidos en la regla jurídica. La actividad administrativa es, en base al principio de legalidad, una actuación vinculada, porque la ley le establece no los límites negativos para que opere en el mundo jurídico, sino que le señala el ámbito o esfera positiva dentro del cual debe actuar. En lo que toca a la actuación sometida a la regla de la*

*tipicidad, como veremos, la administración al ceñirse a al misma, opera sobre las situaciones concretas que le toca decidir y, tal como lo haría un ejecutante ante un patrón o modelo, se limita a reproducir la forma y elementos ya delineados. La discrecionalidad, por el contrario, implica que, dentro de la facultad de actuación que a la administración le reconoce la ley -ya que estamos siempre ante el principio de legalidad que actúa inderogablemente y con todas sus fuerzas-, se le acuerda un margen dentro del cual ella pueda pronunciarse en forma espontánea y original, no ceñida a condicionamientos previos contenidos en la norma facultativa”<sup>1</sup>.*

Además de lo que hemos venido diciendo, es pertinente agregar que la norma administrativa no exige enunciados exhaustivos, como sí lo hace en materia penal.

De todo lo dicho se puede deducir que el principio de legalidad tenga hondas variaciones entre la materia administrativa y la penal, debido sobre todo a la diferencia de finalidades que persigue cada una.

Ahora bien, la diferencia entre el principio de legalidad administrativa y el de legalidad penal se hace patente, no sólo desde el punto de vista del derecho sustantivo, sino también desde el punto de vista del derecho adjetivo.

En efecto, mientras el juicio penal ordena sus principios en torno a las finalidades de justicia y seguridad jurídica, el procedimiento administrativo aspira a ser eficaz por razones de interés público. En este sentido, importa más todo cuanto coadyuve a la eficacia, es decir, la celeridad, la sencillez y la economía procesal que la seguridad jurídica misma.

De acuerdo con esto, no parece lógico que pueda sustituirse la aplicación de la justicia penal por un procedimiento administrativo sin ir en desmedro de los fines bajo los cuales fue creada la sanción penal, esto es, la justicia y la seguridad jurídica.

En síntesis, la exposición anterior nos revela, en primer lugar, que la legalidad administrativa, dado que puede ser contrarrestada por el principio de la

<sup>1</sup> RONDON DE SANSO, Hildegard: *Teoría General de la Actividad Administrativa*, 1986, pp. 57-58.

discrecionalidad, entre otros, no puede dar la misma seguridad jurídica que el principio de legalidad penal. En efecto, el principio de legalidad administrativa no puede garantizar, como si lo puede hacer el principio de legalidad penal, que el órgano destinado a aplicar la norma vaya a condenar estrictamente de acuerdo con la misma.

Luego, desde el punto de vista adjetivo, vemos que si bien la Administración procura la eficacia, y ésta podría ser muy útil para agilizar la dinámica sancionatoria, también podemos constatar que la sanción administrativa se aleja de los fines garantistas del derecho penal, de los fines de justicia y seguridad jurídica.

Ahora bien, nos habíamos planteado el hecho de que la eficacia de la Administración podría ser beneficiosa para un procesado por sanciones leves, dado que permitiría obtener una decisión con mayor prontitud que en materia penal. Empero, se nos escapa que si bien uno de los fines de la Administración es la eficacia, éste no es, por cierto, uno de sus logros en la actualidad. La Administración, de hecho, no se desempeña con eficacia.

Además, respecto del argumento que sostiene que la Administración no produciría grave daño con una arbitrariedad, dado que se trataría de sanciones leves, queremos hacer una objeción. La Administración hoy día en Venezuela puede imponer en determinados casos, penas de arresto. Esta pena supone privación de libertad, la cual está reservada, de acuerdo con la Constitución (artículo 60), a los casos de delitos o faltas<sup>1</sup>. En consecuencia, toda privación de libertad que no sea por causa de delito o falta, como es el caso de las sanciones administrativas, es inconstitucional. La razón de que la privación sólo debe ser aplicada en caso de delito o falta, obedece a que ésta no es de ninguna manera una sanción leve, y, en consecuencia, es necesario que sea ejecutada mediante un procedimiento que garantice su justa aplicación. Este procedimiento, no puede ser administrativo sino que debe ser el penal.

Como conclusión de lo que hemos venido desarrollando, podemos decir que no parece coherente la despenalización por vía de transformación de tipos penales en sanciones administrativas. Ya vimos con anterioridad, que tampoco son las sanciones civiles y disciplinarias opciones para transformar las

---

<sup>1</sup> BELLO, Carlos Simón: Principios constitucionales y leyes penales, 1991, p. 27.

sanciones penales. Parece, entonces, que la única vía que queda en lo que a despenalización total se refiere es la eliminación de tipos penales sin que la represión de la conducta pase a ser ejercida por otra rama del ordenamiento jurídico.

## CONCLUSION

Al iniciarnos en el desarrollo de esta exposición, decíamos que el Estado debe ser controlado con la finalidad de garantizar los derechos de los individuos. El Derecho Penal Mínimo juega un papel muy importante en esta limitación del Estado. En algunos casos le impone reducir su intervención en la regulación de la conducta desviada a través de principios como el de lesividad real, el cual a su vez debe ser concatenado con el de racionalidad de las penas.

Pero, por otra parte, el Derecho Penal Mínimo también se plantea la necesidad de despenalizar ciertas conductas. Esta despenalización, vimos que no debe ser a través de una transformación de sanciones penales en administrativas. Debe ser una despenalización que no acarrée otro tipo de sanción del ordenamiento.

En fin, debe quedar claro que estos principios del Derecho Penal Mínimo destinados a limitar la intervención del Estado en la regulación penal de la conducta, rige tanto para el legislador como para el juez.

## BIBLIOGRAFIA

BARATTA, Alessandro. Principios del Derecho Penal Mínimo (para teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la Ley Penal); en **Doctrina Penal**, Editorial Depalma. Año 10. N° 40. Buenos Aires, Oct-dic. 1987.

BELLO, Carlos Simón, **Principios Constitucionales y Leyes Penales**. Inédito. Caracas, 1991.

FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan: Los derechos humanos como barrera de contención y criterio autorregulador del poder punitivo, Caracas. **Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas**, N° 68, Universidad Central de Venezuela, 1987.

PEREZ PINZON, Alvaro Orlando. **Derecho Penal Mínimo y Derecho Penal de Garantías, en Pensamiento Penal Moderno**; Edit. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1991.

RONDON DE SANZO, Hildegard: **Teoría General de la Actividad Administrativas**. Edit. Jurídica Venezolana. 2ª Edición, Caracas, 1986.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl: **Manual de Derecho Penal**. Parte General. Edit. Ediar. Buenos Aires, 1979.

———. **La Legislación “Anti-Droga” Latinoamericana: sus componentes de Derecho Penal Autoritario**. Inédito. Porto Alegre, 1990.

**Varios**





# **El Derecho como oficio y la lógica de lo razonable**

Lorenzo Fernández Gómez

Revista de la Facultad de Derecho, N° 49  
Universidad Católica Andrés Bello  
Caracas, 1994



## SUMARIO

### I. EL DERECHO COMO OFICIO

- 1.1 "Vine para cumplirla" (Mateo. 15-17).
- 1.2 Los mercaderes en el templo.
- 1.3 Estudia, piensa.

### II. EL "JUSTO REPARTO" como fin del Derecho.

### III. EL VIEJO MUNDO DEL "LOGOS"

- 3.1 El arte de la palabra.
- 3.2 El "Logos" como instrumento.

### IV. ESTRUCTURA DE LA LOGICA TRADICIONAL

### V. LA LOGICA DEL DERECHO O LOGICA DE "LO RAZONABLE"

### I. EL DERECHO COMO OFICIO

#### 1.1 *"Vine para cumplirla"* (Mateo. 15-17)

"Hacer justicia o pedirla -sostiene con razón el distinguido jurista español, vinculado espiritualmente a la Argentina, Angel Ossorio- constituye la obra más íntima, más espiritual y más inefable del hombre"<sup>1</sup>. Primero, porque la justicia "**omnium est domina et regina virtutum**", como alcanzó a conocer la sabiduría pagana según lo expresó Cicerón. Y segundo, porque en otros oficios o profesiones del hombre predomina el ingrediente externo y material

---

<sup>1</sup> OSSORIO Y GALLARDO, Angel: El Alma de la Toga, 6a. Edic. El Abogado, República Argentina, 1956, p. 30.

de sus conocimientos científicos o técnicos en su actuación, mientras que para **abogar** lo más importante es el elemento interno y espiritual de la rectitud de conciencia.

La justicia no se estudia; se siente, se percibe. Buscar la sensación de lo justo o de lo injusto en las páginas de los libros es exponerse a tejer artificios legalistas ajenos al sentido de la justicia, aunque mantengan la apariencia de una adhesión fuera a la letra de la ley. Pero es todavía más perverso, vil e indigno abogar con igual desenfado por las causas injustas que en pro de las justas, tratando de cohonestar la injusticia en beneficio propio con formalismos insustanciales y ardidés abogadiles, y de apagar con la letra muerta de los textos jurídicos la voz de la conciencia que reclama rectitud, hasta por imperativo semántico del propio vocablo **derecho**. “Conozco la forma correcta y buena de actuar -confesaba el poeta romano-, pero elijo la mala o incorrecta” (**Video meliora, sed peiora sequor**).

Claro que esto no significa que el abogado pueda preterir la Ley. Ni Jesús, a pesar de ser su autor, vino a incumplir las leyes. Más bien dejó a todos los hombres, y en especial a los abogados, su ejemplo en el Sermón de la Montaña: “No vine par abolir la Ley, sino para cumplirla”<sup>2</sup>.

**Para cumplirla** significa para vivirla, para completarla, para llenarla de sentido. No al viejo modo del legalismo farisaico, sino al nuevo modo basado en la justicia, reina y señora de todas las virtudes, y en el orden precepto del amor, en el que se resuelve, en definitiva, todo cumplimiento de la ley cuando obedece al impulso espontáneo y vivificador de este primer precepto: “Ama a tu prójimo como a ti mismo”<sup>3</sup>.

En la alternativa del ajetreo profesional, el abogado tiene que concertar pasiones más que intereses, pues detrás de éstos también se ocultan aquellas. Los poetas pintan los estados anímicos de amor, odio, celos, etc., en la forma sugerida por su imaginación. El abogado, en cambio, entra en contacto con el alma humana misma, con almas vivas, y su única herramienta es el verbo cálido

---

<sup>2</sup> Mateo, 15-17.

<sup>3</sup> Mateo, 22-39.

y emotivo, capaz de mover a la concordia, deponer el enojo, calmar la ansiedad y propiciar el arreglo amistoso. Esta es la misión primordial del abogado: conciliar antes que litigar. Es su obra artística fecunda: ser guardián de “lo bueno y de lo justo”, en lugar de incitar al pleito estéril.

El distinguido jurista venezolano, doctor Tomás Liscano, en su meritoria obra de deontología jurídica “La Moral del Abogado y de la Abogacía”, llama “alimentador y buscador vulgar de pleitos” al abogado que subvierta este orden, y sostiene que “si el juez le compete insinuar conciliación, al abogado le corresponde, más que insinuarla, discutir su conveniencia en el caso en que el cliente se muestre resistente para oír propuestas de amistoso arreglo”<sup>4</sup>. El doctor Liscano vertió a raudales en su obra y en su vida de decoroso ejercicio profesional tan nobles sentimientos de amor, de lealtad y sana pasión hacia la función humana y social del oficio del Derecho, que otro ilustre venezolano, el doctor Rafael Caldera, su hijo adoptivo y testimonio ejemplar de aquella vida fecunda, calificó la obra de su padre como “la presentación de la Toga con Alma”, al compararla con la producción “El Alma de la Toga”, popularizada entre los profesionales del Derecho, del ya mencionado jurista español Angel Ossorio y Gallardo.

### *1.2 Los mercaderes en el templo*

En nuestros días, como en los tiempos del enjundioso Sermón de la Montaña, la humanidad se consume de pasiones, intrigas, ansiedades, apetitos desordenados, fraudes, etc. El abogado tiene que actuar sobre esta urdimbre de sentimientos en oposición, tratando de preservar el orden y la paz. Es un camino difícil y vidrioso que requiere, en alguno de sus tramos, armarse de coraza debajo de la toga. A no ser que se tomen los atajos de la indignidad, de la mentira, de la prevaricación y demás vicios que aquejan a la sociedad y que el propio abogado está convocado a remediar en razón de su oficio, pero que, al abandonar el camino por los atajos, convierte su profesión en un mero instrumento para medrar con facilidad, desvirtuando la noble misión del jurista, que es una especie de sacerdocio de lo bueno y de lo justo (“*Ars boni et aequi*”).

---

<sup>4</sup>LISCANO, Tomás: *La Moral del Abogado y de la Abogacía*, Edic. de la Presidencia de la República, Caracas, 1973, p. 30

Cuando ocurren estos desvíos, que se nos antoja comparar con el relato evangélico de los mercaderes expulsados del Templo, la sociedad, que espera recibir el beneficio de nuestra cultura, de nuestra prudencia en el consejo y de nuestra serenidad en la acción, se siente defraudada en su legítima esperanza y, en lugar de confiarnos la noble función de estudiar, regular y aplicar las normas sobre las que se funda la convivencia humana, termina **soportándonos** en su seno, signados con el lamentable distintivo de nocivos por haber hecho de nuestro oficio un mercado, como los expulsados del Templo.

Es, en verdad, un camino difícil el del Derecho como oficio, cuando se dejan a la orilla los atajos. Un camino que nadie debe iniciar sin verdadera vocación para recorrerlo sin desvíos. El oficio del Derecho no está **per se** signado con distintivos vejatorios. Por el contrario, la noble tarea de hacer justicia o pedirla -que viene a ser lo mismo cuando se actúa con rectitud- tiene como signo espiritual una mayor comprensión para todas las grandezas y miserias humanas, así como la exigencia de una conducta de nivel moral superior al de la generalidad de las personas, cónsona con la proclamación que se hace del imperio de la justicia como ideal de lucha, el cual impone al abogado deberes de ciencia y diligencia que otros no tienen, a la vez que supone buen concepto público tanto de su vida privada, como de su conducta profesional. La probidad, que es el alma del Derecho como oficio, tiene hasta un aspecto egoísta de conveniencia personal, como lo destacó Benjamín Franklin en esta ingeniosa frase: "si el pícaro supiera lo útil que es ser honesto, por picardía sería honesto".

Pero tampoco el oficio del Derecho está, ni puede estarlo, inmunizado contra el proceso generalizado en la sociedad de subversión de valores, en el que se sustituye la legalidad por violencia, el orden por anarquía; se hace de la profesión un mostrador y el saber se convierte en mercancía; se tuerce la verdad ante el poder y se rehúsa el patrocinio de los desvalidos frente a los poderosos, etc.

En el marco de esta filosofía materialista de la vida, quizás sea el económico el valor -antivalor, en este caso- que adquiere señalada prioridad, acicateando al abogado a ejercer su oficio con avidez, en aras de alcanzar pronto el "status" exigido por el **tanto tienes, tanto vales**, que gravita sobre la sociedad e incide por reflejo sobre él, en cuanto es también miembro de la sociedad, ante que

abogado. Creemos, por ello, que no se trata de una crisis ética originada entre quienes ejercemos el oficio del Derecho, con rasgos independientes y particulares atribuibles a esta profesión. Claro que existen fallas y desviaciones del deber profesional de servir a la Justicia y colaborar con su administración; y, aunque no alcancen a concretar una crisis específica, el pleito más lucrativo y provechoso que tenemos todos los abogados del mundo en nuestros días es emprender, ya desde las aulas universitarias, y fomentar después mediante seminarios, conferencias o cursos especiales de deontología jurídica “una tarea de esclarecimiento, educación y severa vigilancia de la actividad profesional, dirigida a la reafirmación de los principios éticos tradicionales y a la adecuación de métodos y procedimientos que favorezcan el acatamiento de tales principios”<sup>5</sup>.

No es ésta una idea nueva. Siempre ha preocupado a la doctrina jurídica y a las asociaciones de abogados que la conducta de sus miembros se desenvuelva en armonía con imperativos éticos. Ya Ulpiano advertía en el Digesto: “Conviene que el que haya de estudiar Derecho conozca primero de dónde viene la palabra *ius*. Llámase así de *iustitia*... por cuyo motivo se nos llama sacerdotes, pues cultivamos la justicia, profesamos el culto de lo bueno y equitativo, separando lo justo de lo injusto, discerniendo lo lícito de lo ilícito... buscando con ansia la verdadera filosofía, no la aparente”.

En la actualidad, distinguidos juristas sintieron la misma preocupación de revivir ellos mismos los principios morales inherentes a la profesión, y de dejarlos condensados en forma de máximas o **mandamientos** para todos los abogados<sup>6</sup>.

Si logramos ganar este gran pleito, se corregirán muchas de las fallas de conducta profesional que se producen con demasiada frecuencia y revisten muchas veces singular gravedad, sirviendo de asidero al juicio adverso con que

---

<sup>5</sup> VÍÑAS, Paúl Horacio: *Ética y Derecho (Deontología Jurídica)* Ediciones Panedille, Buenos Aires, 1972, p. 11.

<sup>6</sup> Connotados juristas de vigoroso pensamiento jurídico han sentido el imperativo ético de elaborar tablas, códigos o decálogos de normas morales para guiar la conducta profesional del Abogado. Son muestra de ello los **Mandamientos de San Ivo**, el **Decálogo del Abogado** de Angel Ossorio y Gallardo; los **Mandamientos del Abogado**, del profesor Eduardo J. Couture, entre otros.

comúnmente se nos distingue a los abogados <sup>7</sup>. Además, recuperaremos el espacio digno que nos corresponde en la sociedad, que nos **buscará** de nuevo, en lugar de **soportarnos y sufrirnos**. Y por otra parte, con probidad profesional devolveremos la dignidad perdida a la vieja práctica de cobrar honorarios por nuestros servicios, de modo que podamos vivir con holgura de nuestro noble quehacer. Un buen patrocinio bien merece buenos honorarios. Cuentan viejos anales sobre la abogacía que un tal Publio Syla pagó a Cicerón, por defenderlo en una causa en su contra, la respetable suma de un millón de sestercios... Una máxima, también vieja, enseña que “el abad de lo que canta, yanta”. No está en consecuencia, prohibido al abogado obtener de su trabajo legítima remuneración, pues, como todo trabajador, debe yantar y vivir de su oficio. Lo prohibido es tratar de acrecer sus ganancias con avidez a expensas de su dignidad y del decoro del gremio profesional a que pertenece.

Es pertinente recordar a este propósito el sabio consejo del ingenioso Hidalgo Don Quijote a su escudero Sancho, cuando éste fue designado gobernador de la Insula Barataria:

“Si acaso doblares la vara de la justicia, que no sea con el peso de las dádivas, sino con el de la misericordia”.

### *1.3 Estudia - piensa*

**Para cumplirla**, significa también ser guardianes de la ley. Pero tan noble oficio requiere el esfuerzo tesonero de una labor intelectual constante de estudio y reflexión, como ya lo aconsejaba Justiniano a los jóvenes jurisconsultos romanos en el proemio de las **Instituta**: “Aprended, pues, con suma diligencia y con afanoso estudio estas leyes y mostraos instruidos en ellas”. La misma recomendación hace a los abogados de nuestro tiempo el maestro Eduardo J. Couture, en los dos primeros de sus diez **mandamientos**:

---

<sup>7</sup> Me refiero al reproche social que suele formularse a los abogados descolocados en el marco de sus obligaciones profesionales salvadas, claro está, las numerosas excepciones. No vale la pena mencionar otras estridencias, producto de crisis de amargura, como la del insigne escritor español Angel Gavinet, quien se atrevió a afirmar que “el abogado, por el hecho de serlo, es una bestia nociva para el arte y la sociedad”. Igualmente desmesurada resulta la apreciación del también español don Antonio Maura, según la cual los juristas se estarían convirtiendo en “sacerdotes de un culto extinguido”.



**1º Estudia:** “El derecho se transforma constantemente. Si no sigues sus pasos, serás cada día menos abogado” -sentencia Couture. El volumen de información de todo tipo que se intercambia hoy en el mundo -un mundo que ha sufrido mutaciones con asombrosa rapidez- afecta de manera imprevista la vida social, económica y política de los pueblos, así como los organigramas funcionales clásicos de los Estados. Ante la urgencia de tener que adaptarse a esta rápida evolución, los sistemas jurídicos modernos han sido sometidos a frecuentes y profundos cambios, a veces con plazos de vigencia tan breves para dar paso a nuevas reformas, que no resulta fácil hacerles un seguimiento. A esto hay que añadir que el jurista de hoy no puede limitarse a conocer el derecho de su país, porque las relaciones internacionales han adquirido tal consistencia desde comienzos de siglo que se hace necesario conocer los ordenamientos jurídicos positivos de los distintos países, a fin de establecer entre ellos analogías y diferencias con el propósito de uniformarlos en lo posible y echar así las bases de una verdadera comunidad internacional <sup>8</sup>.

Tampoco puede el jurista recortar su mirada al ámbito de lo estrictamente jurídico, de lo justo y de lo injusto, sino que debe extenderla a todo el amplio y variado horizonte de la vida social (**unde societas ibi ius**), desde el ángulo superior de las cosas divinas hasta posar su mente en el panorama humano, reconfortado por aquella visión más elevada, que le ayudará a entender y superar las vicisitudes de este segundo y más inmediato objeto de su estudio. Nada mejor se puede decir sobre la nobleza de la ciencia del Derecho y su excelencia sobre otras ramas del saber humano que lo expresado por Ulpiano en su conocida definición: **Divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia.**

**2º Piensa:** “El derecho se aprende estudiando, pero se ejerce pensando” -sentencia en segundo lugar Couture.

A todos se nos impuso la necesidad de pensar, de filosofar, porque “el hombre, para ser lo que es, necesitó antes averiguarlo”, según la frase ingeniosa de Ortega y Gasset. Como seres pensantes, nos sentimos impulsados a mantener

---

<sup>8</sup> El autor: “Temas de Filosofía del Derecho”. Manuales de Derecho Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 1988, p. 70.

una actitud de perplejidad crítica ante los problemas del mundo y de nuestra propia existencia. Y como juristas nos viene impuesto, además, el quehacer filosófico por ser nuestro oficio de índole intelectual. Advierte el profesor Michel Villey que “los juristas no tenemos el honor de ser trabajadores manuales”<sup>9</sup>. En efecto, el derecho se forja discurriendo, no por aquello del “espíritu abogadesco” de que hablaba Unamuno, sino porque la lucha judicial es lucha de aserciones y no de vacilaciones. La duda es para ante y no para después de haber aceptado la causa.

Entre sus “mandamientos del Abogado”, San Ivo concede prioridad a los requisitos de sabiduría, sinceridad, sentido de justicia y lógica. Con disposición correcta de estos elementos y su adecuado ensamblaje, se facilita la labor judicial en las causas justas, adelantando un esbozo de la decisión que se espera obtener, y abriendo caminos por los que el Derecho se hace noble y fecundo para la vida humana y el Abogado recupera la gravitación perdida en el marco de la sociedad, que sentirá útil, necesaria y valiosa su presencia otra vez.

En ingeniosa hipérbole, el profesor de Deontología Jurídica de la Universidad Católica de Mar del Plata, Raúl Horacio Viñas, califica los requisitos mencionados como “combustible jurídico necesario para iluminar los debates orales o escritos”<sup>10</sup>. El parangón nos recuerda -salvadas las diferencias- la parábola evangélica de las diez vírgenes, que, tomando sus lámparas salieron al encuentro de sus esposos. Cinco eran prudentes y llenaron con tiempo de aceite sus lámparas. Las cinco necias las llevaban vacías. “Mientras fueron a llenarlas, llegaron los esposos; las prudentes entraron con ellos a las bodas, y se cerró la puerta”<sup>11</sup>.

## II. EL “JUSTO REPARTO” COMO FIN DE DERECHO

Desde la época, nimbada de leyenda, del derecho quirritario, cuya expresión más conocida es la Ley de las XII Tablas, la labor de los jurisconsultos se diversificaba en tres funciones principales: **Cavere, Respondere et Agere**.

---

<sup>9</sup> VILLEY, Michel: Compendio de Filosofía del Derecho, Tomo II, Edic. Universidad de Navarra. Pamplona, 1981, p. 39.

<sup>10</sup> VIÑAS, Raúl Horacio: Op. cit., p. 115.

<sup>11</sup> Mateo, 25-10.

La primera cumplía propósitos cautelares mediante fórmulas preventivas que adelantaban soluciones para eventuales conflictos de intereses. La segunda consistía en emitir dictámenes jurídicos, que era un privilegio honorífico que los emperadores, a partir de Augusto, concedían a algunos jurisconsultos, a quienes investían del **ius publice respondendi**; estos dictámenes, llamados **responsa prudentium**, tenían, por disposición de Adriano, fuerza de ley cuando estaban de acuerdo. Y la tercera función era la etapa del derecho en armas, es decir, cuando las dos primeras no disuadían a las partes en conflicto, el siguiente paso era ejercer las acciones procedentes: **acciones instituere vel agere**.

No han cambiado mucho desde entonces las tareas propias del Abogado. Tampoco cambió el fin inmediato del Derecho, enmarcado en la vieja fórmula romana: **Suum cuique tribuere**. Lo que hay en los nuevos tiempos es un riesgo mayor de que se intente usurpar tan sabia expresión con propósitos particulares que la priven de la plenitud de su sentido, como quedaría privada la música de su belleza sin la armonía resultante de acordes desiguales, o desequilibrado el universo por la pugna entre elementos opuestos sin el **logos** o razón que Heráclito percibió dirigiéndolo.

No faltaron, en efecto, quienes, bajo el apremio de tener que justificar determinados supuestos políticos o sociales, alteraron el **justo medio** o proporción con que el arte jurídico debe realizar el reparto de cargas y beneficios. Unos, pretendiendo inferir del concepto de justicia **distributiva** las bases de regímenes absolutistas u oligárquicos, proponen como justo el reparto en proporción a la nobleza, a la riqueza o a otros atributos de las personas. Es bien conocida al respecto la política del llamado **despotismo ilustrado**, que, mientras por una parte impulsaba el cultivo de las ciencias y de las artes, propiciando el desarrollo de la inteligencia y enseñando a los hombres a pensar, por otra parte les negaba el derecho a participar en la distribución de las funciones públicas y a intervenir en la toma de decisiones políticas. Por eso esta tesis generó tres revoluciones: la inglesa, que culminaba con el reconocimiento expreso de la soberanía del pueblo en 1688; la americana, que dio en 1776 independencia a las trece colonias inglesas de Norteamérica y les permitió organizarse en forma democrática, y la francesa, que instaura el Estado Nacional moderno en Francia en 1789.

También hubo quienes, bajo el signo ideológico del liberalismo y el credo igualitario que lo caracteriza, pretendieron, y pretenden aún, sacar de la noción

de justicia **conmutativa** bases para sostener que todos los hombres tienen las mismas posibilidades sociales de éxito, y, por tanto, debe dispensarse trato legal igual a todos, pobres o ricos. Esta interpretación no es menos arbitraria que la anterior, porque de poco sirve la igualdad legal “si más allá de las reglas jurídicas falta un sentido más profundo de respeto y de servicio al prójimo”<sup>12</sup>. La historia demuestra que entre el poderoso y el débil la igualdad ante la ley sólo ha servido para oprimir.

Se puede concluir, entonces, que el fin inmediato del arte jurídico continúa siendo el que le asignó el primer gran filósofo del Derecho, Aristóteles de Estagira, en el siglo IV a.C.: el justo reparto de bienes y cargas de modo que cada uno reciba su parte. Los romanos lo tradujeron a su idioma así: **Suum cuique tribuere**, atribuir o asignar a cada uno lo suyo. Otros fines, como la búsqueda de la verdad, el bien común, la seguridad jurídica, etc., también son objetivos del Derecho, pero los comparte con disciplinas afines como la filosofía, la ciencia política, la economía, etc.

Ahora bien, ese reparto no será **justo** si no se analiza con sentido moral la teoría tradicional de las dos justicias: la distributiva y la conmutativa. El papel de la justicia consiste en restablecer el equilibrio, y esto en la práctica, salvo en casos excepcionales, se logra mediante una armoniosa mezcla de conmutación y distribución. Este criterio abre un amplio espacio a la llamada justicia **orgánica o social**, que, con **sentido social nuevo**, plantea una nueva concepción de las relaciones económico-sociales, modificando las fronteras entre las obligaciones de estricta justicia y las de caridad, como principio regulador del equilibrio entre poseedores y desposeídos. El sentido social, entendido como aptitud para percibir y ejecutar prontamente, dada una situación concreta, lo que sirve al bien común, forma parte del sentido cristiano de la vida, como nos enseña el papa Juan XXXIII en su encíclica **Mater et Magistra**<sup>13</sup>.

### III. EL VIEJO MUNDO DEL “LOGOS” COMO MEDIO INSTRUMENTAL

Concebido así el fin inmediato del Derecho, cabe ahora preguntarse por el método o camino que conduzca a ese **reparto justo**.

<sup>12</sup> PAULO VI: “A los ochenta años”, en *Ocho Grandes Mensajes*, N° 23, pp. 508 y ss.

<sup>13</sup> JUAN XXIII: Encíclica “Mater et Magistra”, N° 222 en *Ibid.*, p. 189. Citado por P. Luis M. OLASO, S.J. en *Introducción al Derecho*, Tomo I, *Manuales de Derecho UCAB*. Caracas, 1979, p. 4.

Casi todos los hombres admiten con facilidad que no son bellos, que no son fuertes, o incluso, que tienen mala memoria; pero difícilmente aceptan que se equivocan, que no observan las reglas de la lógica en el proceso de sus razonamientos. Ya Pascal expresó, en su lenguaje parabólico, esa condición humana: “un cojo reconocerá que nosotros andamos derechos, pero un espíritu cojo dirá que nosotros somos los que cojeamos”. De ahí que un cojo no nos incomode, pero un espíritu cojo nos irrita.

### 3.1 *El arte de la palabra*

En general se comienza a hablar de **derecho** cuando surge un desacuerdo, un desajuste, un conflicto; y se decide resolverlo mediante la fuerza de la razón, en lugar de emplear la razón de la fuerza. Por ello las formas de razonamiento propias de lo jurídico constituyen tema obligado de reflexión para los juristas. Ya Aristóteles observó que mientras la **palabra** se mantenga en medio de hombres en conflicto, es el mejor instrumento para buscar la paz y el orden. No fue por azar que el término **logos**, que inventó Heráclito de Efeso en la aurora del pensamiento griego, significó originalmente **palabra** “verbum” en la traducción latina<sup>14</sup>. Tampoco fue por casualidad que el propio Aristóteles haya incluido en su **retórica** un sólido estudio sobre la misión del Abogado. La Retórica es la ciencia de la palabra y, como tal, fue la cuna histórica del Derecho, porque el arte de discutir, de argumentar y controvertir es la singular herramienta de trabajo del jurista. Hasta las leyes son razonamientos hechos con palabras, como las casas con ladrillos, por lo que, de algún modo, los juristas son ingenieros de las palabras. El poeta y prosista catalán Juan Maragall hizo, a comienzos de este siglo, un comentario tan noble y hermoso de la **palabra**, que mereció ser traducido al castellano por Unamuno: “El verbo es todo... Donde no llega la palabra brota la violencia. O los hombres nos entendemos mediante ella o caeremos en servidumbre de bruticie... Por la palabra se enardecen o calman ejércitos y turbas, se difunden las religiones, se propagan teorías y negocios, se alienta al abatido, se doma y avergüenza al soberbio...”. No se puede negar que los hechos son más convincentes que las palabras. Obras son amores... Por sus frutos los conoceréis... Pero los hechos no suelen producirse sin que intervenga previamente la palabra.

<sup>14</sup> Heráclito empleó el término “logos” en diferentes acepciones: como verdad, como razón o inteligencia, como ley, como esencia de algo o alguien y en el sentido ordinario de **palabra**. En virtud de esta manifiesta equivocidad en la obra descabalada del filósofo de Efeso, el término suele usarse en forma griega de “logos”.

### 3.2. El "logos" como herramienta

Quienes cultivan otras ciencias o artes desarrollan y renuevan sus métodos para asegurar su eficacia en la acción práctica. Tienen el químico, el físico o el biólogo sus laboratorios, el ingeniero sus tablas de cálculo, hasta el cantante se ejercita en situar su voz y transportarla de un extremo a otro del pentagrama, y el boxeador se entrena en el lanzamiento y prevención de golpes. Los juristas también necesitan entrenar en ese mundo el **logos** o **palabra** que les facilita y asegura la rectitud de sus procesos mentales y la claridad convincente de su formulación. Heráclito, genial pensador precristiano en quien se encuentran atisbos y soluciones anticipadas de lo que más tarde serán problemas de Derecho Natural, creó el término **logos** buscando una palabra que expresara la **armonía en tensión entre los opuestos**. "La sabiduría -afirma Heráclito- es una sola: conocer el **logos** o **razón** por la cual todas las cosas son dirigidas."

Se desprende que en la Grecia primitiva, la de Heráclito de Efeso, el mundo del logos, no obstante la innegable polisemia del vocablo, era concebido como algo, no tanto del hombre que investiga las cosas, como de las cosas mismas investigadas. Así se afirmaba la racionalidad del ser, la inteligibilidad del universo y se interpretaba el incesante devenir o fluir de las cosas (**panta rei**) en función de la armonía del cosmos.

Correspondió a Sócrates enriquecer el término **logos**, dándole el sentido mágico que más tarde tuvo el **concepto** en la maravillosa estructura de la lógica aristotélica, "tan plenamente conclusa y hermética -reconoció Kant- que desde entonces la lógica no ha podido dar un paso atrás, como tampoco ha podido darle adelante". Así enriquecido, como expresión mental de las cosas (**Illud a mente et in mente expressum quo intelligimus rem**), el **logos** adquirió un carácter fundamentalmente **instrumental**, en cuanto medio manejable para adquirir y asegurar la verdad. De ahí que se hayan agrupado bajo el título de **Organon**, es decir, instrumento, los escritos de Aristóteles sobre el **logos**.

La lógica aristotélica impregnó el pensamiento jurídico romano cuando la gran cultura del pequeño pueblo griego hizo irrupción en la Roma de las grandes conquistas. El profesor Michel Villey sostiene que Cicerón escribió sus Tópicos para uso de los jurisconsultos inspirado en los Tópicos de Aristóteles, de quien tomó, además el concepto de **ciencia**, que en el caso del Derecho, la vio surgir de lo más profundo de la filosofía (**Ex intima philosophia**

**haurienda iuris disciplina**). Muestra también en forma erudita M. Villey la influencia de la Lógica de Aristóteles en la evolución de algunas instituciones del Derecho Romano como ocurrió con las **responsa prudentium** a que hemos aludido, las cuales en un principio eran autoritarias, sin motivación alguna, como dadas por un oráculo (**In reponso ratio non redditur**); pero bajo la nueva concepción del **logos**, terminaron convirtiéndose en decisiones razonadas<sup>15</sup>. El cambio fue tan notorio que Celso pudo dejarnos esta elegante definición del Derecho: El arte de lo bueno y de lo justo (**Ars boni et aequi**).

Por otra parte, la obra de los glosadores que reanimaron a partir del siglo XII los estudios jurídicos, se percibe como un grandioso ejercicio de lógica, vertido sobre el **corpus iuris civilis**, que fue el nombre que recibió en esa época el conjunto de colecciones de Justiniano sobre el Derecho Romano. No es aventurado pensar que estuvieron motivados para ello por el hecho de que Justiniano equiparó en su Código el oficio de Abogado con el de los militares en esta sugestiva frase: **Non solos militares credimus illos qui gladiis nituntur, sed etiam advocatos**. En traducción libre, significa que si los militares deben presentarse al campo de batalla pertrechados del armamento adecuado, también los abogados han de acudir a “luchar por el Derecho” en la contienda judicial, con sus obligadas herramientas: formación jurídica amplia y sólida (**Humanarum divinarumque rerum notitia, iusti atque iniusti scientia**) y manejo diestro de las piezas que conforman la estructura de la mente humana: conceptos, juicios y razonamientos.

#### IV. ESTRUCTURA DE LA LOGICA TRADICIONAL

Las tres piezas señaladas -conceptos, juicios y razonamientos- constituyen, en ese mismo orden, los pasos obligados de la razón de su movimiento hacia la verdad. Son el producto o resultado de las tres operaciones intelectuales en que se manifiesta la actividad en la mente:<sup>16</sup>

<sup>15</sup> VILLEY, Michel: “Logique d’Aristote et Droit romain”, en *Revue historique de droit français et étranger*, XXIX, 1951, p. 3.

<sup>16</sup> “Duplex est operatio intellectus: una quidem quae dicitur indivisibilem intelligentiam, per quam scilicet intellectus apprehendit essentiam uniuscujusque rei in se ipsa; alia operatio intellectus scilicet componentis et dividens. Additur autem et tertia operatio scilicet ratiocinandi secundum quod ratio procedit a notis ad inquisitionem ignotarum” (Tomás de Aquino: Proemium in “Peri Hermeneias” expositio).

A) **La Percepción** o simple aprehensión por la que la mente construye los **conceptos** mediante el recurso de la abstracción. En su primer compromiso frente a los objetos: decirse a sí misma lo que son, concebirlos. Lo que la mente concibe de los objetos -su esencia- es el concepto.

Pero esta misma operación intelectual no se agota en la construcción de conceptos. Una vez en posesión de ellos, la mente los refiere o compara a fin de captar su posible conveniencia o discrepancia, y percibe, efectivamente, si los conceptos referidos mantienen entre sí **relación de predicabilidad**, en razón de su conveniencia, como la existente entre los conceptos “individuo de la especie humana” y “persona natural” o, por el contrario, no la mantienen en razón de su discrepancia, como se manifiesta entre los conceptos de “círculo” y “cuadrado”.

B) **El Juicio** y su expresión, la proposición, que constituyen el paso de mayor trascendencia en el complejo proceso del conocimiento. Los dos momentos previos de la primera operación del espíritu predisponen nuestra mente para el acto intelectual del juicio, expresado mediante proposiciones que unen, afirmando, o dividen, negando, los conceptos referidos. Tanto la afirmación como la negación contienen la sentencia definitiva: son o no son así, o también, **deben ser o no deben ser así**, según que se trate de juicios enunciativos o normativos.

C) **El Razonamiento o raciocinio**. Es el acto por el que nuestro entendimiento se denomina **razón** y el hombre, **racional**. La necesidad que tenemos los humanos de razonar es a la vez nuestro privilegio específico y la consecuencia de la imperfección natural de nuestro espíritu, que carece del intelecto intuitivo de los espíritus puros. Esta carencia nos obliga a **discurrir unum post aliud** o **unum ex alio**, impedidos como estamos para ver en el objeto observado, de manera inmediata y directa, todo lo que puede saberse acerca de él.

Sobre esta triple dimensión del espíritu y sus respectivos productos -el concepto, la proposición y el razonamiento- es perenne la enseñanza de Sto. Tomás en sus comentarios al **Peri Hermeneias** de Aristóteles <sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup> FERNANDEZ GOMEZ, Lorenzo: “Bases Filosóficas para el estudio del Derecho”, Volumen I, Edit. TECNOS. Madrid, 1981, pp. 183 a 290.



## V. LA LOGICA DEL DERECHO O LOGICA DE "LO RAZONABLE"

Acabamos de ver el esquema de la llamada lógica tradicional o clásica, entendida como "arte que dirige el acto mismo de la razón" (*Ars directiva ipsius actus rationis*) para proceder de manera fácil, ordenada y sin errores en los vastos predios de la actividad intelectual<sup>18</sup>. El ejercicio del derecho, que es también un arte -*Ars boni et aequi*- pero sujeto a una constante contradicción que constituye precisamente su razón de ser, reclama el auxilio permanente de la lógica, como lo demuestran las reiteradas referencias que hacemos a ella por instintiva necesidad.

No voy a referirme aquí al proceso evolutivo que ha venido cumpliéndose desde hace más de un siglo en el campo de la Lógica, y que culminó en la construcción de novedosos sistemas, agrupados desde su gestación en los *Principia Mathematica* de A. N. Whitehead y B. Russel (1910-1913) bajo el nombre de "Logística" y otras veces, bajo el nombre "Lógica Simbólica", "Lógica Matemática", "Lógica Cuántica", etc. Pero no quisiera terminar dejando la impresión de que todo el ámbito del viejo mundo del *logos*, en lo que concierne a su aplicación al Derecho, está limitado al esquema de la lógica tradicional.

El Derecho, como principio que es del orden en la convivencia humana -*Unde homo, ibi societas; ubi societas, ibi ius*- ha de subvenir, humanamente también, a las necesidades de la vida en común para cuya satisfacción se dicta. Es pertinente, a este respecto, la advertencia del insigne jurista montevideano Prof. Couture, ya antes invocado, al señalar que "la Lógica del Derecho no ha de ser una mera lógica formal, sino una lógica viva, hecha con todas las sustancias de la experiencia humana"<sup>19</sup>.

Pero fue el profesor Luis Recasens Siches, cuya producción jurídica es bien conocida, quien precisó con mayor claridad la insuficiencia de la lógica puramente racional y la necesidad de la lógica de lo razonable en el tratamiento del Derecho.

<sup>18</sup> "*Ars directiva ipsius actus rationis, per quam scilicet homo in ipso acturatonis oredinate et facilliter et sine errore procedat*". TOMAS DE AQUINO: In Anal Post., Lib. IIect. 1.

<sup>19</sup> COUTURE, E.J. *Los Mandamientos del Abogado*. Segundo Mandamiento.

En primer lugar, afirma que la lógica tradicional no es **toda la lógica**, sino una parte de ella. El campo del **logos** es mucho más amplio. Comprende varios aspectos, entre ellos, por supuesto el de la lógica tradicional. Pero también abarca un tipo de logos que toca más de cerca la esencia de lo humano: esa es la **lógica de lo razonable**, impregnada de criterios valorativos y pautas axiológicas, más digna y no menos rica en soluciones jurídicas prácticas que la lógica tradicional.

Recasens Siches invoca en apoyo de su tesis el criterio de Ortega y Gasset, quien también exploró una nueva región del **logos**, la de la razón vital e histórica <sup>20</sup>.

En segundo lugar, el profesor Recasens aclara, refiriéndose concretamente a la interpretación del Derecho, que es un problema de lógica **material** y no de **lógica formal**. Se trata del contenido de las normas, y no de conceptos jurídicos puros. Por tanto, las críticas no van dirigidas contra la **lógica formal**, que es instrumento indispensable del jurista para aprehender las formas universales y necesarias de lo jurídico e inferir las consecuencias pertinentes. La **lógica formal** -añade Recasens- tiene incluso aplicación en algunos aspectos parciales de los problemas jurídicos prácticos, porque los mecanismos de la deducción son iguales para medir la superficie de una finca que para derivar una consecuencia jurídica de un supuesto normativo. Las críticas van dirigidas contra su aplicación estricta al contenido de las normas jurídicas, de modo que conduzca al intérprete a resultados injustos e irritantes, contra los que sentimos que hay razones de profunda raíz humana para disentir. Ahora bien -concluye el profesor Recasens-, si sentimos que **hay razones**, esto quiere decir que estamos en el campo del "logos" <sup>21</sup>.

A partir de estas premisas, su conclusión es que el único método lógico, válido para el tratamiento del Derecho, es la aplicación del **logos de lo razonable** o de lo humano, que consiste en interpretar la Ley de modo que lleve a la solución más justa y conveniente del problema concreto de que se trate.

---

<sup>20</sup> ORTEGA Y GASSET, José: *Obras Completas. Revista de Occidente*. Madrid, Tomo VI, p. 644.

<sup>21</sup> RECASENS SICHES, Luis: *Filosofía del Derecho*. Edit. Porrúa, S.A. México, 1954. Ira. Edic. p. 644.

No hay que ver con mirada rutinaria esta aportación del profesor Recasens Siches. Es inobjetable tanto desde el punto de vista de sus bases, como de sus propósitos. Sus bases se asientan sobre la plataforma indiscutible de la ubicación del Derecho en el mundo de la cultura, al que resultan extraños tanto los procedimientos descriptivos aplicables a los objetos de la naturaleza, como las formas puras de la Lógica que se ocupan de los seres ideales desde el punto de vista de **lo que ellos son**. El mundo de la Cultura tiene indudablemente su propio **logos** que busca determinar no lo que las cosas son, sino lo que **deben ser**. Y por lo que respecta a sus objetivos, esta tesis no aparta al jurista de su camino. Por el contrario, más bien lo orienta al cumplimiento cabal del propósito del legislador, que es lograr el mayor grado posible de realización de todos los valores implicados en el concepto de Justicia, haciendo así del Derecho un bien noble y fecundo para la vida humana, y de los abogados, fieles guardianes de “lo bueno y de lo justo”.



**Cristóbal Mendoza  
prócer cimero de la abogacía  
venezolana \***

Ricardo Hernández Alvarez

Revista de la Facultad de Derecho, N° 49  
Universidad Católica Andrés Bello  
Caracas, 1994



*“Mendoza completaba la obra del Libertador dando normas a la turbamulta independiente, llevando Justicia a las grandes heridas de la patria nueva i representando la lei en la oscuridad de la guerra”*

Mario Briceño-Iragorry <sup>1</sup>

#### EXPLICIT

Por decreto 623 del 21 de junio de 1971, el presidente Caldera estableció como Día Nacional del Abogado el 23 de junio, por ser ese el día del natalicio del doctor Cristóbal Mendoza. Desde entonces, todos los colegios de abogados del país hacen en esa fecha, actos conmemorativos. Este año la Federación de Colegios de Abogados de Venezuela, para no interferir con los colegios, acordó que su tributo al doctor Mendoza consistiría en que se celebrase en su honor la trigésima tercera reunión de su Consejo Superior, la cual tuvo lugar en Barinas los días 9 y 10 de julio.

Fue afortunada la decisión de que el homenaje nacional de los abogados a su patrono laico tuviese lugar en Barinas. Esa ciudad está entrañablemente vinculada a su vida: allí hizo parte de la pasantía que, conforme a la legislación vigente para la época, debía cumplir antes de obtener la aprobación para actuar como abogado; allí ejerció su profesión, desempeñó el cargo de Protector de

---

\* Trabajo preparado para el homenaje central que los abogados de Venezuela rindieron al doctor Cristóbal Mendoza en el año 1993, en el cual el autor fue orador de orden.

<sup>1</sup> BRICEÑO IRAGORRY, Mario. “Bolívar i Mendoza”. En *Obras Completas*. Ediciones del Congreso de la República. Caracas 1990, Vol. 5 (Ensayos e investigaciones históricas), p. 9.

Indios y fue Alcalde en dos oportunidades. Allí casó dos veces y allí nacieron sus primeros hijos. De Barinas salió para incorporarse al Congreso de 1811, para ser el primer presidente de Venezuela... y en definitiva para ingresar a la historia, a la historia grande de la patria.

Mi distinguida amiga, la doctora Amparo González de Jiménez, presidenta de la Federación, me hizo el honor de solicitarme que dijera el discurso de orden en el acto de instalación del evento dedicado a la memoria del ilustre prócer y egregio abogado. Para corresponder a tan enaltecedor encargo preparé el presente trabajo. Un resumen del mismo fue leído en dicho acto. Al publicarlo ahora íntegramente aspiro contribuir en algo a la divulgación de la vida y de la obra de un abogado que ocupa lugar señero entre los creadores de la nacionalidad.

Arturo Uslar Pietri se quejó, hace ya bastantes años, de la mutilación que ha significado para nuestra historia el excluir de ella a “la nutrida casta de grandes figuras civiles” que tiene el país, lo cual “es como hurtarle una de las más preciosas partes del sentimiento de la nacionalidad”. Patéticamente planteaba la necesidad de rescatar esos héroes civiles de la celda del olvido donde los ha encerrado una “limitada, parcial y deformadora (...) manera de narrar y contemplar nuestra historia patria”. “La ejemplaridad de esas vidas -escribe- la necesita nuestra vida colectiva para ennoblecer sus mejores sentimientos y esperanzas”<sup>2</sup>.

Mendoza ha sido uno de esos excluidos. En la historia escolar es muy poco lo que se enseña de él; el venezolano promedio apenas tiene una vaga idea de su vida y lo vincula solamente al hecho de haber sido el primer presidente de la República. Los mismos abogados carecemos de adecuado conocimiento de su significación en la historia nacional. Me atrevo a decir que son pocos los colegios de abogados donde su efigie ocupe el destacado lugar que merece y menos aquellos en cuyas bibliotecas pueda encontrarse alguna bibliografía - que no es, por cierto, muy abundante- sobre el prócer bajo cuyo patrocinio hemos colocado nuestro cuerpo profesional.

---

<sup>2</sup> USLAR PIETRI, Arturo. “Los Héroes Civiles”. Trabajo que integra la colección de ensayos denominada “Las Nubes”, la cual a su vez fue incluida en las *Obras Selectas*, compiladas por Ediciones Edime. Las citas están tomadas de la segunda edición (Madrid-Caracas 1956) pp. 1.307, 1.308 y 1.309.



Creo que es ilustrativo para señalar cuán pesado es el manto de silencio con que se le ha cubierto, el destacar que se necesitó el transcurso de dieciséis años para que se hiciera realidad la idea inicial del Colegio de Abogados del Estado Falcón, de honrar a Cristóbal Mendoza estableciendo que el Día Nacional del Abogado coincidiera con el de su natalicio <sup>3</sup>.

Tal silencio no sólo ha sido injusto sino dañino: pocas vidas como la suya son tan aleccionadoras o, como diría Uslar Pietri, tan ejemplarizantes. Si Mendoza, conforme al decir de Bolívar, pertenece a la categoría de los sabios que no mueren nunca <sup>4</sup> es porque su vida y su obra encierran una lección capaz de transmontar las edades y servir de guía a todas las generaciones. Nunca como ahora Venezuela ha tenido necesidad de escuchar la lección de ese gran maestro de civilidad. Una lección que se sintetiza en una sola palabra, aquella con la cual le distinguió el Libertador y cuya vivencia colectiva es uno de los más urgentes requerimientos de la hora actual: probidad.

Por eso tratar de que su voz ductora encuentre eco en ese angustiado momento de la patria, es deber de todo venezolano que ame a su país y se preocupe por su futuro. Deber mayor para los abogados que hemos invocado su nombre como numentutelar de nuestra orden gremial. Ojalá que a tal propósito sirva, aunque sea en muy pequeña parte, este modesto trabajo.

Finalmente, el testimonio de mi agradecimiento al Directorio de la Federación de Colegios de Abogados de Venezuela por el inestimable honor que me hizo

---

<sup>3</sup>La proposición del Colegio de Abogados del Estado Falcón fue el 15 de enero de 1955. El justiciero decreto del presidente Caldera fue, como se vio, el 21 de junio de 1971. En la obra de Mario Briceño Perozo "Cristóbal Mendoza el Sabio que no Muere Nunca" (El Libro Menor. Academia Nacional de la Historia. Caracas, 1990) está reseñada la iniciativa falconiana (p. 25) y transcrito el decreto presidencial promulgado por el doctor Rafael Caldera y refrendado por el Ministro de Justicia Edilberto Escalante (pp. 135 y 136). Dicho decreto salió publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela, ejemplar N° 29.540 del mismo 21 de junio de 1971.

<sup>4</sup>BOLIVAR, Simón. Carta a Cristóbal Mendoza fechada en Bogotá el 6 de diciembre de 1828. Es la última carta que el Libertador dirige a Mendoza. Está incluida en la obra "Epistolario de Bolívar y Mendoza" (Compilación, Selección y Comentarios Histórico-Políticos de Francisco Cañizales Verde). Colegio de Abogados del Estado Lara. Barquisimeto 1983, p. 132. La publicación fue acordada por la Junta Directiva de la Corporación Gremial -presidida entonces, como ahora, por Jack Pérez Viacava- con motivo del bicentenario del natalicio del Libertador. De aquí en adelante todas las veces que se haga referencia a correspondencia cruzada entre Bolívar y Mendoza, la cita respectiva podrá verificarse en "Epistolario..." en la página se indicará en cada oportunidad.

al designarme como orador de orden en el acto central de la conmemoración que la abogacía venezolana tributó este año al doctor Cristóbal Mendoza y a la Junta Directiva del Colegio de Abogados del Estado Lara y a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello por haber acordado la publicación de este trabajo.

Barquisimeto, julio de 1993

## SIMBOLO DE LA PROBIDAD

El 10 de enero de 1827 el Libertador llegó, para la que habría de ser última visita, a la ciudad que amó con delirio: su Caracas. La urbe, empobrecida por la guerra<sup>5</sup>, no escatimó esfuerzos para engalanarse y honrar al hijo esclarecido. El entusiasmo desbordante del cariño popular le comunicaba a la recepción un brillo que suplía con creces la suntuosidad ausente. Bolívar venía de recibir homenajes, cargados de fausto y de pompa, por parte de otras ciudades no castigadas con los rigores sufridos por la que le vio nacer<sup>6</sup>; pero nada llenaba tanto de júbilo su corazón como el multitudinario testimonio de afecto de sus bienamados caraqueños<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> Cf. MUJARES, Augusto. *El Libertador*. Segunda edición. Editorial Arte. Caracas, 1965; p. 507.

<sup>6</sup> *Ib. ib.*

<sup>7</sup> Hay muchos testimonios del especial afecto que profesó el Libertador a su ciudad y a sus paisanos. Solamente se citarán algunos. En 1825 escribe al General Mariano Montilla: "Mil leguas alcanzarán mis brazos, pero mi corazón se hallará siempre en Caracas: allí recibí la vida; allí debo rendirla; y mis caraqueños serán siempre mis primeros compatriotas. Este sentimiento no me abandonará sino después de la muerte" (Oruro, 26-9-1825). En Bolívar Simón *Obras completas*. Compilación y Notas de Vicente Lecuna con la colaboración de la señorita Esther Barret de Nazaris. Segunda Edición, "ordenada por el Gobierno de los EEUU de Venezuela por órgano de los ministerios de Relaciones Interiores, de Defensa Nacional y de Educación Nacional". Caracas. Diciembre de 1950, Vol II, p. 222). En 1826 escribe al General Páez: "Por Caracas he servido al Perú; por Caracas he servido a Venezuela; por Caracas he servido a Colombia; por Caracas he servido al Nuevo Mundo y a la libertad". (Bogotá, 15-11-1826. En *ob. cit.*, Vol II, p. 491). En la proclama con que se despide de los venezolanos al concluir su última estadía entre ellos, dice: "Caraqueños: Nacido ciudadano de Caracas, mi mayor ambición será conservar este precioso título: una vida privada entre vosotros será mi delicia, mi gloria y la venganza que espero tomar de mis enemigos". (Caracas, 4-7-1827. En *ob. cit.*, Vol. III, p. 783). En una de sus últimas cartas, dirigida a su sobrino político Gabriel Camacho, y ante el cúmulo de injurias provenientes de su ciudad y de sus coterráneos, con infinita nobleza, expresa: "Diré, no obstante, que no le aborrezco, que estoy muy distante de sentir el deseo de venganza, y que ya mi corazón les ha perdonado, porque son mis queridos compatriotas, y sobre todo, caraqueños." (Guaduas, 11-5-1830. En *ob. cit.*, Vol. III, p. 422). Ninguna ofensa ningún agravio pudo borrar tales sentimientos del corazón del Libertador y así deja constancia de ellos en su disposición testamentaria: "Es mi voluntad que, después de mi fallecimiento mis restos sean depositados en la ciudad de Caracas, mi país natal". (Cláusula 10ª del "Testamento del Libertador, otorgado en la Quinta San Pedro Alejandrino de Santa Marta, el 10 de diciembre de 1830. En *Ob. cit.*, Vol. III, p. 530).

De todos los honores tributarios hubo uno singular<sup>8</sup>: un grupo de bellas jóvenes le fue obsequiando estandartes en cada uno de los cuales estaba escrito el nombre de las virtudes que sus conciudadanos le reconocían: constancia, valor, heroísmo, denuedo, modestia, probidad, desinterés, magnanimidad, justicia, política, generosidad y gloria. Guardó para sí sólo el representativo de la constancia y fue cediendo los otros a quienes consideró merecedores de personificar la virtud respectiva. El que tenía la inscripción de “probidad” lo reservó para un ilustre ausente: el doctor Cristóbal Mendoza, notable abogado a quien los vaivenes de la política (“el torbellino revolucionario” según sus propias palabras)<sup>9</sup> habían aventado a las playas del exilio.

No es probidad una virtud que suela vincularse con los abogados. En nuestra historia, sin embargo, y nada menos que por obra y gracia del Padre de la Patria, ella aparece encarnada por el doctor Cristóbal Mendoza, prócer cimero de la abogacía venezolana, cuyo patrocinio hemos invocado para nuestro cuerpo profesional.

## ORIGENES Y FORMACION

¿Quién es este José Cristóbal Hurtado de Mendoza bajo cuya sombra hemos buscado cobijo los abogados de Venezuela?

Es el quinto hijo de don Luis Bernardo Hurtado de Mendoza (Alcalde Regidor de Trujillo) y su esposa, doña Gertrudis Eulalia Montilla Briceño; pertenecía a la sexta generación de los Hurtado de Mendoza, nacidos en la ciudad de Nuestra Señora de La Paz. El fundador de la estirpe trujillana fue don Hernando Hurtado de Mendoza, quien en 1589 llegó a aquella comarca con el cargo de Alcalde<sup>10</sup>. Sus descendientes habrán de ser todos hombres de pro en esos lares y varios de ellos se desempeñarán como alcalde y regidores. Entre los ascendientes del ilustre prócer a quien conmemoramos (fue su abuelo en

<sup>8</sup> Cf. LARRAZABAL, Felipe. *Bolívar*. Gobernación del Distrito Federal. Edición de la Comisión del Bicentenario del Nacimiento del Libertador. Caracas, 1983, Tomo II, pp. 183-186.

<sup>9</sup> MENDOZA, Cristóbal. Carta a Simón Bolívar. Saint Thomas, 15-12-1826. “Epistolario...” p. 71.

<sup>10</sup> Cf. MENDOZA, Carlos. *Cristóbal Mendoza*. Ediciones de la Fundación Eugenio Mendoza. Caracas, 1957, p. 8.

séptimo grado) está don Alonso Andrea de Ledesma <sup>11</sup>, de los fundadores de Caracas, y suerte de Quijote avecindado de estas tierras cuyo heroico gesto frente al corsario inglés Anyas Preston, lo convierte, como lo destacó don Mario Briceño Iragorry, en uno de los más luminosos símbolos de la nacionalidad <sup>12</sup>.

Mario Briceño Perozo <sup>13</sup> ha recordado a varios antepasados hispanos de los Hurtado de Mendoza trujillanos, de notable figuración en la historia de la Madre Patria. Entre ellos:

Iñigo López de Mendoza, conocido en los anales de nuestras letras por su título de Marqués de Santillana; hijo del primer Diego Hurtado de Mendoza, almirante de Castilla y hombre de gran riqueza y poderío. El Marqués de Santillana es uno de los más perdurables poetas de la lengua española: a sus "Serranillas" debe, principalmente, esa perdurabilidad: una de ellas, "La Vaquera de la Finojosa", anda en todas las analogías <sup>14</sup>.

Pedro González de Mendoza, hijo del Marqués, llamado "El Gran Cardenal", Obispo de Calahorra y Arzobispo de Sevilla. Fue tanta su influencia sobre los Reyes Católicos que se conocía entre sus contemporáneos como "el tercer rey" <sup>15</sup>.

El otro Diego Hurtado Mendoza, el humanista, bibliófilo, poeta, historiador, autor de **La Guerra de Granada**, considerada como la primera obra verdaderamente histórica que se escribió en España; está reputado como uno de los

---

<sup>11</sup> Cf. BRICEÑO PEROZO, Mario. "Don Cristóbal Mendoza. Abogado de la Libertad". En *ob. cit.*, pp. 35-37. PARRA MARQUEZ, Héctor. *Historia del Colegio de Abogados de Caracas*. Publicaciones del Colegio de Abogados del Distrito Federal, Caracas 1973, Tomo II pp. 243-244. BRICEÑO IRAGORRY, Mario. *Genealogía de don Cristóbal Mendoza. Primer Presidente de Venezuela y Los Fundadores de Trujillo*, ambos incluidos en el Vol. 5 de sus *Obras Completas* (ya reseñados) pp. 139-151 y 237-241 respectivamente. Hay otro estudio genealógico sobre Mendoza citado por varios de los autores consultados, pero que, lamentablemente, no pude tener a la vista. Se trata del *Historial Genealógico del doctor Cristóbal Mendoza*, de Ramón Darío Suárez. Sociedad Bolivariana. Caracas, 1972.

<sup>12</sup> Cf. BRICEÑO IRAGORRY, Mario. "El Caballo de Ledesma", en *Obras Selectas*. Ediciones Edime. Caracas-Madrid, 1954, pp. 381 a 455.

<sup>13</sup> BRICEÑO PEROZO, Mario. *Ob. cit.*, pp. 28-31.

<sup>14</sup> Cf. ESTRELLA GUTIERREZ, Fermín. *Historia de la Literatura Española*, Cuarta edición. Editorial Kapelusz. Buenos Aires, 1954, pp. 81-86 y ESPASA-CALPE S.A. *Enciclopedia Universal Ilustrada*, Bilbao-Madrid-Barcelona, 1921.

<sup>15</sup> Cf. SALVAT EDITORES, "Enciclopedia Salvat", Barcelona 1976, Editorial Herder. *Enciclopedia Universal Herder*. Segunda edición. Barcelona, 1955. ESPASA-CALPE S.A. *Ob. cit.*

mejores prosistas del siglo XVI y llegó a atribuírsele, aunque según la mejor crítica, sin razón, la autoría de **El Lazarillo de Tormes** <sup>16</sup>.

Ana de Mendoza, la famosa princesa de Eboli, de tanta figuración en la corte de Felipe II <sup>17</sup>. **“Una Mendoza altanera, bella y extraña, con aquel ojo tapado de matachín, que era imposible no estarlo viendo todo el tiempo”**, según la descripción que de ella nos hace Arturo Uslar Pietri <sup>18</sup>.

Entre los Mendoza que tuvieron destacada actuación en la construcción del Nuevo Mundo, Briceño Perozo <sup>19</sup> cita a don Cristóbal de Mendoza, gobernador de Puerto Rico; Antonio de Mendoza, nieto del Marqués de Santillana <sup>20</sup>, primer Virrey de Nueva España. Pedro de Mendoza, primer fundador de Buenos Aires; Andrés Hurtado de Mendoza, Virrey del Perú y su hijo García Hurtado de Mendoza, gobernador de Chile y también Virrey del Perú.

No sólo precedido de claros linajes viene al mundo nuestro Cristóbal Mendoza. El día de su nacimiento, 23 de junio de 1772, coincide, como lo ha señalado el mismo Briceño Perozo <sup>21</sup>, con la celebración de uno de los grandes fastos del mundo jurídico. En igual día y mes, pero cinco siglos antes, en 1256, don Alfonso X, El Sabio, dio comienzo a la redacción de **Las Siete Partidas**, obra cumbre de la legislación hispana. Pareciera que La Providencia, con su inescrutable modo de proceder, estuviera signando al recién nacido para que cumpliera obra grande consagrando su vida al servicio de la Ley, del Derecho y de la Justicia.

Al encuentro con ese destino marcha el joven Mendoza, apenas cumplidos los dieciséis años <sup>22</sup>. Va bien provisto de los conocimientos obtenidos en las enseñanzas recibidas en su tierra natal <sup>23</sup>; agitándose en su mente las inquietudes

<sup>16</sup> ESTRELLA GUTIERREZ, Fermín. *Ob. cit.*, pp. 328-330.

<sup>17</sup> *Ob. cit.*, Espasa-Calpe, S.A.

<sup>18</sup> USLAR PIETRI, Arturo. *La Visita en el Tiempo*. Editorial Norma. Barcelona, 1990, p. 81.

<sup>19</sup> BRICEÑO PEROZO, Mario. *Ob. cit.*, pp. 32-34.

<sup>20</sup> *Enciclopedia Barsa*. Editorial Enciclopedia Británica Inc., Buenos Aires, 1955.

<sup>21</sup> BRICEÑO PEROZO, Mario. *Ob. cit.*, p. 22.

<sup>22</sup> MENDOZA, Carlos. *Ob. cit.*, p. 9.

<sup>23</sup> Cf. *ib. ib.* y Fundación Polar. *Diccionario de Historia de Venezuela*. Caracas, 1988. La entrada correspondiente a MENDOZA, Cristóbal está suscrita con las iniciales M.B.P. que identifican a Mario Briceño Perozo.

y la ambición de saber sembradas por sus padres y preceptores trujillanos; sólidos ya los rectos principios morales que habían de regir toda su vida, formados al calor de la casa paterna y de la bienhechora orientación de quienes fueron sus guías espirituales: el franciscano Fray Miguel López, el Pbro. doctor Domingo Arraiz y el clérigo Ignacio de Frías<sup>24</sup>. Caracas y su universidad, la Real y Pontificia, son las metas inmediatas.

En 1793 obtiene los grados de licenciado en Filosofía y Artes. Cursó también hasta consumir la carrera de Jurisprudencia<sup>25</sup>, pero como la matrícula para la graduación era onerosa en la universidad caraqueña y Mendoza hombre de escasa fortuna, marcha a Santo Domingo, donde era mucho más barata, y en la Universidad de Santo Tomás de Aquino, obtiene en 1794, el doctorado *in utroque jure*; es decir, en ambos derechos: Civil y Canónico.

Bien aprovechada fue para el joven José Cristóbal (como todavía se hacía llamar) su época de estudiante. Así lo certifica uno de sus profesores, el doctor don Diego Domínguez de la Mota, quien dice que se distinguió entre todos los oyentes de su aula y que por tal motivo lo escogió, en dos oportunidades, para que defendiese públicamente en la capilla del Seminario Conciliar sendos trabajos académicos “satisfaciendo en ambos cumplidamente el expresado Mendoza las objeciones y réplicas, con tanto aplauso y aprobación” y sin necesitar el auxilio del catedrático “para disolver con erudición todas las dificultades contrarias y exponer con destreza los textos sobre que venían apoyadas”<sup>26</sup>. Los abogados en cuyos escritorios hizo la pasantía que entonces se exigía dieron fe no sólo de su buena conducta y laboriosidad, sino de su sólida formación en las disciplinas jurídicas (que únicamente la aplicada dedicación a los estudios universitarios había podido darle) demostrada a través de la correcta y pronta solución de los casos sometidos a su conocimiento, o como lo dijo uno de ellos “dándome razón con acierto de las materias que le proponía en los casos ocurrentes”<sup>27</sup>.

---

<sup>24</sup> Cf. GARCIA CHUECOS, Héctor. “Abogados de la Colonia”. Imprenta Nacional. Caracas, 1958, pp. 418-420.

<sup>25</sup> Cf. PARRA MARQUEZ, Héctor. *Ob. cit.*, p. 255 y GARCIA CHUECOS, Héctor, *Ob. cit.*, pp. 414-415.

<sup>26</sup> GARCIA CHUECOS, Héctor. *Ob. cit.*, p. 421.

<sup>27</sup> *Ib.*, p. 422. La expresión está contenida en la certificación expedida por el doctor Antonio Nicolás Briceño, abogado en cuyo escritorio de Trujillo Mendoza estuvo como pasante. Se trata del doctor Antonio Nicolás Briceño Quintero, padre del también abogado y coronel Antonio Nicolás Briceño Pacheco, conocido en

## PASANTE Y ABOGADO

La legislación de entonces consideraba insuficiente el título universitario para el ejercicio profesional; era preciso que el aspirante, además de los conocimientos teóricos adquiridos en la Universidad, se sometiese a un largo proceso de entrenamiento (cuatro años) como pasante de abogados ya acreditados. La disposición revela el cuidado que se tenía en que la sociedad estuviese bien servida de profesionales del derecho, aptos para cumplir con idoneidad su delicada misión; y cómo el interés general tenía clara prevalencia sobre el individual del postulante. Acertadamente dice Briceño Perozo <sup>28</sup>: “sabían los maestros de la época que el error en Jurisprudencia era tan grave como en Medicina; las secuelas del mal son imponderables en una y otra parte: porque si en ésta se mutila inútilmente un órgano, en aquella se cercena un derecho, y ambos contribuyen a cimentar la vida del ser humano”.

Aunque no es éste el lugar para una detenida reflexión al respecto, vale la pena destacar el contraste con nuestros días cuando la Universidad arroja todos los años al mercado de trabajo una gran cantidad de abogados, -indudablemente superior a la que éste puede sanamente asimilar- armados de un diploma que sólo de manera formal acredita suficiencia, y sin preocuparse del efecto social -terriblemente dañoso- que tal plétora profesional viene produciendo; especialmente por el elevado número de graduados que -producto de la masificación de la enseñanza- salen mal preparados teóricamente, carentes de entrenamiento práctico y desprovistos de formación ética: para ellos el ejercicio profesional no puede tener otro sentido que el de una aventura. Enfrentar con seriedad ese problema es grave responsabilidad de las facultades de derecho y de los organismos gremiales de la abogacía <sup>29</sup>.

---

nuestros anales como “El Diablo Briceño”. El doctor Briceño Quintero era llamado, en su tierra, “El Abogado” por ser el primer individuo de esta profesión que estableció bufete en Trujillo. (véase FUNDACION POLAR, *ob. cit.* La entrada referente a “BRICEÑO ANTONIO NICOLAS” está suscrita por las iniciales MBP que, como ya se dijo, corresponden a Mario Briceño Perozo). Briceño Quintero fue tío abuelo de Mendoza y entre sus funciones profesionales se desempeñó como “Protector de Naturales” en su región. Cargo similar, como veremos más adelante, ejercerá su ilustre sobrino en Barinas. (Véanse BRICEÑO-IRAGORRY, Mario: “Genealogía...” y “Los Fundadores...”, obras ya citadas, pp. 149 y 187-188 respectivamente del Vol. 5 de sus Obras Completas).

<sup>28</sup> BRICEÑO PEROZO, Mario. *Ob. cit.*, p. 39.

<sup>29</sup> Véase ZERPA LEVIS, Ignacio. “Abogacía, Democracia y Universidad”. (Un discurso y once notas). Ediciones para El Nuevo Derecho. Caracas, 1986, p. 9; así como la nota 7 en la p. 15.

Mendoza inicia su pasantía en Santo Domingo y viene a continuarla en Venezuela. Caracas, Trujillo, Mérida, Barinas y otra vez Caracas son las ciudades donde se asienta para cumplir sus funciones de pasante al lado de distinguidísimos letrados. Esa trashumancia le permite conocer mejor el país, percatarse de sus necesidades, tratar con un mayor número de gentes de todos los lugares y condiciones. Además de adquirir destreza abogadil, durante este período acerca de sus convicciones patrióticas y, sobre el libro de la realidad, va perfeccionando su aprendizaje de estadista.

Concluye su período de pasante <sup>30</sup> con el mismo jurista con que lo había comenzado en el país: el doctor Francisco Espejo, uno de los abogados más notables de su tiempo, de los fundadores del Colegio de Abogados de Caracas, a quien, con el correr de los años, le tocaría desempeñar dos actividades que lo vincularían con las que, en ese momento, desempeñaba el que fue su joven pupilo: poco antes de que éste fuese designado miembro del triunvirato cabeza del poder ejecutivo y primer Presidente de la República, aquel había sido nombrado Presidente de la Alta Corte de Justicia; es decir, cabeza del poder judicial de la patria naciente; posteriormente, en 1812, integra el segundo triunvirato que sucede al primero del cual formó parte Mendoza.

Particularmente expresiva es la certificación de Espejo sobre la pasantía que en su despacho hizo Mendoza. Allí dice: que éste “se ha ejercitado en el estudio de las Leyes Reales, en el de los intérpretes del Reino, en el manejo de procesos, decisión de consulta y formación de peticiones y relaciones dándome las pruebas más reales y efectivas de la superioridad de su talento, del profundo conocimiento que tiene adquirido en la jurisprudencia canónica, civil y práctica, de su constante aplicación y de su buen juicio: circunstancias que unidas a la natural moderación de su espíritu y a su conducta virtuosa e irreprochable, le constituyen un profesional muy digno y recomendable” <sup>31</sup>.

---

<sup>30</sup> A Mendoza le quedaban todavía siete meses para cumplir el período cuatrienal de la pasantía, cuando solicitó a la Audiencia se le recibiese como abogado dispensándole del tiempo que faltaba. La solicitud la hizo por medio de su apoderado, el Procurador de Número Don Nicolás González de La Palma (que también se identificaba como Nicolás de La Palma). El apoderado justifica el pedimento en la notoria pobreza de Mendoza, en sus singulares méritos y distinciones alcanzados tanto en su época de estudiante como en la de pasante y en la escasez de abogados en el interior del país. La Audiencia acordó conforme a lo solicitado. (Véase al respecto GARCÍA CHUECOS, *ob. cit.*, pp. 414-416 y 427 y PARRA MARQUEZ, *ob. cit.*, pp. 259-261).

<sup>31</sup> PARRA MARQUEZ, Héctor. *Ob. cit.*, pp. 424 y 426.



El 10 de julio de 1797 la Real Audiencia de Caracas aprueba como abogado para el Distrito de su jurisdicción al doctor don José Cristóbal Mendoza, quien el mismo día presta el juramento de ley. Eso significa que dentro de cuatro años tendrá lugar el bicentenario de su incorporación a plenitud al cuerpo de abogados de Venezuela. Tal efeméride no debe pasar inadvertida y la Federación y los Colegios de todo el país deben conmemorarla con la dignidad que se merece. Tiempo suficiente hay para preparar un programa de actos que tenga jerarquía acorde con el suceso que se rememora.

El juramento que se prestaba ante la Real Audiencia tiene algunas menciones merecedoras del comentario. Además de “ejercer su oficio bien y fielmente”, el aspirante debía prometer “no llevar derechos demasiados, ninguno a los pobres, huérfanos, viuda y religiones mendicantes”<sup>32</sup>. En tan breves palabras se revelaba un concepto altruista del ejercicio profesional que es urgente rescatar si aspiramos a gozar del aprecio y la credibilidad de nuestros conciudadanos. Lamentablemente no son tan escasos los abogados con más vocación de mercaderes que de servidores de la justicia; incapaces de prestar asistencia gratuita a quien lo necesita, ávidos, en cambio, de hacer riqueza por cualquier medio; aspirantes inescrupulosos a proventos indebidos o a cuantiosas pagas que no suelen guardar relación con la labor cumplida; dispuestos siempre a su cobro compulsivo, valiéndose de rigurosos métodos que a veces rozan tipos delictivos, y otra encuadran perfectamente en ellos. El más frecuente, la extorsión.

La tarea apremiante de dignificar la profesión requiere que no sigamos viendo con indiferencia tan doloroso fenómeno. De nuevo, las facultades de derecho y los organismos gremiales tienen la palabra. Aquellas fomentando la enseñanza deontológica y sembrando, desde los inicios mismos de la carrera, en la mente y en el corazón de los estudiantes la sensibilidad social necesaria para que, una vez egresados, comprendan que servir a sus semejantes es el objetivo primordial de la profesión que han escogido. Estos aplicando sin contemplación las sanciones disciplinarias a quienes incurren en los proceder señalados, destacando el ejemplo de quienes ejercen su profesión con competencia, honestidad y altruismo; haciendo prevalecer, permanentemente, y por todos

---

<sup>32</sup> GARCIA CHUECOS, Héctor. *Op. cit.*, p. 428.

los medios lícitos posibles, la concepción de la abogacía como función social<sup>33</sup>.

## LA ETAPA BARINESA

Concluidos los trámites ante la Real Audiencia, Mendoza regresa a Barinas a ejercer la profesión de abogado. Comienza entonces una de las etapas más fecundas de su vida. El ejercicio liberal le proporciona algunos proventos que, eficaz administrador como era, sabe invertir; en el negocio pecuario encuentra un buen complemento económico y llega a tener hatos donde se cosechaban mil cabezas<sup>34</sup>.

Asesora a los Tenientes de Justicia Mayor de la jurisdicción en las causas que se seguían ante sus tribunales. No obstante el elevado número y variada naturaleza de éstas, lo extenso del territorio que le correspondía cubrir -en el cual, bastante dispersos, actuaban veinticinco Tenientes Ordinarios, cuatro de la Hermandad y dos Provinciales<sup>35</sup>- y el esmero, particularmente grande, que tenía que poner en sus recomendaciones para satisfacer la necesidad de quienes le consultaban por corresponderles administrar justicia sin ser jurisperitos<sup>36</sup>,

---

<sup>33</sup> Cf. ZERPA LEVIS, Ignacio. *Ob. cit.*, pp. 10-11 y "Breves reflexiones sobre la Etica Profesional del Abogado", (discurso de Instalación del XV Consejo Superior de la Federación de Colegios de Venezuela. Pronunciado en la sede del Colegio de Abogados del Estado Portuguesa, el 21-11-86). *Diario de Tribunales*, ejemplar del 25-3-88, p. 3.

Como una manera de destacar el ejemplo de ilustres abogados de nuestro tiempo, cuya actuación nos demuestra que la grandeza de la abogacía no es cosa que se extinguió en el pasado, el Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara (Unidad Académica del Colegio de Abogados del Estado Lara) ha ofrendado eventos suyos a la memoria de algunos de ellos: así las XIV jornadas J.M. Domínguez Escovar que versaron sobre Derecho Procesal Civil, se hicieron en homenaje a la memoria del doctor Luis Loreto, las XVI que fueron sobre Derecho Constitucional se consagraron al doctor Ambrosio Oropeza, las XVII (Derecho del trabajo) y las XVIII (Los Avances jurisprudenciales del contencioso administrativo) testimoniaron reconocimiento a la obra que en vida cumplieron los doctores Anselmo Riera Zubillaga y Antonio Moles Caubet. Antes, las X (Derecho Tributario) se hicieron en homenaje al creador de dicho evento, doctor Argenis Román, abogado que da lustre al foro larense y a quien Dios de larga y saludable vida, para su ventura personal y provecho de la colectividad a la que sirve con eficiencia y honestidad ejemplares.

<sup>34</sup> Cf. GUERRERO, Luis Beltrán. "El doctor Cristóbal Mendoza" (Discurso pronunciado por el Senador Luis Beltrán Guerrero en la sesión solemne que celebró el Congreso Nacional el 21 de junio de 1972, para conmemorar el bicentenario del nacimiento del prócer). En "Tres Discursos en Homenaje al doctor Cristóbal Mendoza, primer Presidente de Venezuela". Imprenta del Congreso de la República. Caracas, 1972, p. 31.

<sup>35</sup> PARRA MARQUEZ, Héctor. *Op. cit.*, p. 265.

<sup>36</sup> Cf. la certificación expedida por don Fernando Miyares, Gobernador de Barinas, la cual aparece en el libro "Escritos del doctor Cristóbal Mendoza", p. 36. El libro fue editado por la Presidencia de la República, en 1972, como conmemoración del bicentenario del nacimiento del primer presidente de Venezuela; tiene un

sus dictámenes son pronto, claros y certeros <sup>37</sup>; admirable ejemplo para la judicatura actual cuyos fallos, en términos generales, no se caracterizan ni por ser dictados con prontitud, ni estar redactado con claridad ni concebidos con cierto. Los pareceres emitidos por don Cristóbal fueron numerosísimos; sin embargo, según expresión de don Gerónimo Arcadio, Justicia Mayor de Barinas, ninguna de las sentencias pronunciadas conforme a sus consejos fue revocada por la Audiencia. El mismo Arcadio expuso que en cuantas causas le había consultado aquel día “su dictamen sin repugnarla y a la mayor brevedad”<sup>38</sup>.

En Barinas ocupa Mendoza un cargo que le da oportunidad de ejercer una de las actividades más nobles que desempeñó: el de Protector de Indios. Eran los indios la parte más débil de la sociedad de aquellos tiempos, víctimas constantes de frecuentes injusticias y atropellos, así como de las propias torpezas derivadas de su ignorancia y abandono. La designación de un funcionario que se ocupase de su defensa y protección fue de las más laudables iniciativas de las autoridades de la época. Según el gobernador Miyares, tal desempeño debía corresponder a un “profesor de derecho, hábil, prudente y que tenga conocimiento del carácter, inclinaciones y modo de tratar los indios para que al mismo tiempo que los defienda en cuanto fuere justicia haciéndoles fundar la mayor confianza en su protección, les empeñe el reconocimiento y logre adquirir de ellos amor y respeto hasta poseerlos de modo que sin mayor violencia los reduzca a la razón y vaya introduciéndole el orden sobre el que deben establecerse”.

Para tal cargo postula a Mendoza, a quien le reconoce todas las condiciones dichas. En su representación dice Miyares “que las ocurrencias de indios en esta provincia ocupan todo el tiempo de un protector celoso y por consiguiente ningún abogado que se proponga llenar el oficio será capaz de servirlo sin alguna dotación”; considera que ésta puede ser de quinientos pesos anuales, y que, para no gravar a la Real Hacienda, se impondría a cada indio una

---

excelente prólogo de don Augusto Mijares. La compilación estuvo a cargo del señor Manuel Pinto C., jefe del Archivo del Libertador. La edición fue acordada por decreto N° 889 del 8 de febrero de 1972 promulgado por el Presidente Rafael Caldera y refrendado por los ministros de Relaciones Interiores (e), Alberto Palazzi, y de Educación, Enrique Pérez Olivares. El decreto fue publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela, ejemplar N° 29.729, del mismo 8 de febrero de 1972. De ahora en adelante identificaremos a este libro como “Escritos...”.

<sup>37</sup> *Ib. ib.*

<sup>38</sup> Cf. “Escritos...”, p. 39.

contribución de dos reales al año para formar un fondo de comunidad con el cual se satisfacerían los sueldos del protector y escribano y el costo del papel y otros gastos <sup>39</sup>.

Mendoza acepta el encargo y se dispone a cumplirlo con todo celo y diligencia. Pero no la retribución <sup>40</sup>, pues ésta debía ser cubierta con el producto una imposición a los indios y piensa que su extrema pobreza no les permite cubrirla sin un sacrificio grande; así, razona, en lugar de protegerlos los estaría perjudicando. Evidentemente, no había olvidado su juramento ante la Audiencia. **La Gazeta de Gobierno** <sup>41</sup> de Caracas recordó esta desprendida actitud suya, cuando, en la nota necrológica que publicó a raíz de su muerte, registró que cumplió esta función “sin haber interesado un maravedí, ni aún para los precisos gastos de bufete”.

Un colega suyo, el licenciado José Gutiérrez <sup>42</sup>, elogia su actuación como defensor de indios diciendo que éstos han encontrado en él “los oficios de un verdadero padre... ya protegiendo su justicia, ya disuadiéndolos de sus temeridades, ya dulcificando con buen modo de aspereza de sus costumbres y ya haciéndole deponer sus vicios hasta reducir a muchos a la vida social y civil”.

Fueron muchas las causas en que Mendoza hubo de intervenir en defensa de los indios. Hay una particularmente interesante, la que se refiere al que don Augusto Mijares llama “sorprendente caso de justicia colectiva ocurrida en Guanarito contra el Teniente Justicia (Manuel Farfán) que despotizaba a los naturales” <sup>43</sup>. Herederos de la cultura de Fuenteovejuna, el capitán y gobernador de dicho pueblo, acompañados de cuarenta o cincuenta indios, ataron al Teniente, lo llevaron a despoblado y le dieron gran cantidad de azotes. En la defensa de los indios ni niega el hecho ni oculta la gravedad de la falta, sino que encuentra la explicación de la misma en la tiranía que Farfán ejercitaba sobre el pueblo y en la falta de respuesta por parte de la superioridad las quejas que contra aquel habían puesto. Con argumentos que anticipan modernas

---

<sup>39</sup> Cf. *Ib.*, p. 31-32.

<sup>40</sup> Cf. PARRA MARQUEZ, Héctor. *Ob. cit.*, p. 267. MENDOZA, Carlos. *Ob. cit.* p. 20.

<sup>41</sup> AZPURUA, Ramón. “Biografías de Hombres Notables de Hispanoamérica”. Ediciones Mario González C.A. Caracas, 1986, Tomo II, p. 178.

<sup>42</sup> Cf. “Escritos...”, p. 43.

<sup>43</sup> MIJARES, Augusto. Prólogo a “Escritos...”, p. 13.

concepciones del Derecho Penal y la Criminología considera que en la misma “incultura y situación” de sus defendidos se consiguen “las más racionales y verosímiles excepciones”; con criterio también adelantado alega en favor de ellos la embriaguez fortuita, y finalmente, protesta por el “cruel castigo que han sufrido y están sufriendo en esta horrorosa cárcel, cuya humedad, estrechez y desaseos ayudados del frío de las prisiones y hambres continuas los tienen a todos reducidos a la forma de cadáveres”<sup>44</sup>.

Haber asumido con tanto celo la defensa de un grupo de indios que había incurrido -nada menos- en delitos de sedición, de secuestro y de justicia por propia mano contra un representante de la Corona al que habían vejado y azotado con furia, no disminuyó el alto aprecio y el elevado concepto que el Gobernador Miyares tenía del abogado criollo. Coetáneamente certifica que, en el ejercicio de su profesión, éste ha dado “pruebas demasiado notorias” de su “aplicación, pericia y juicio discernimiento”, destaca su contribución “a la mejor y más pronta administración de justicia por ser el único abogado de esta Provincia a quien los Tenientes Justicia Mayores y demás jueces de ella ocurren, así a consultar las causas que siguen, en sus respectivos tribunales, como las muchas y frecuentes dudas que se le presentan; siéndome constante la prontitud, claridad y esmero con las que satisface a costa muchas veces de perder el tiempo y privándose del honorario que deba corresponderle”. Luego expresa que “no es menos loable en el referido doctor Mendoza su general propensión a cortar los litigios empeñando la más eficaz persuasiva con los interesados, aún de aquellas causas en que pudiera esperar alguna utilidad”. Finalmente dice que es hombre “de una conducta ejemplar, talento sobresaliente, carácter moderado y aplicación incansable”<sup>45</sup>.

Quien así se expresa del defensor de los indios de Guanarito, justo es decirlo, fue uno de los funcionarios más progresistas y de espíritu más equilibrado que el gobierno del Rey de España tuvo entre nosotros<sup>46</sup>. Su esposa, doña Inés Mancebo de Miyares, fue distinguidísima dama de la sociedad colonial, amiga

---

<sup>44</sup> Cf. MENDOZA, Cristóbal: “Alegato en defensa de los indios de Guanarito”, en *Escritos...*, pp. 47-50.

<sup>45</sup> *Ib.*, pp. 35-36.

<sup>46</sup> Véase Fundación Polar. *Ob. cit.* La entrada correspondiente a “MIYARES PEREZ Y BERNAL, Fernando” está suscrita por las iniciales A.A.V. que identifican a Astrid Avendaño Vera. Augusto Mijares también destaca, como rasgos de la personalidad de Miyares, su circunspección y su espíritu de justicia y de humanidad. Cf. *El Libertador*, pp. 224 y 390-391.

Íntima de doña Concepción Palacios y primera nodriza del infante Simón Bolívar <sup>47</sup>.

No fue igual la actitud del sucesor de Miyares, el Coronel Ungaro <sup>48</sup>. En 1799, la defensa de un grupo de agricultores barineses lo enfrenta a éste <sup>49</sup>. Mendoza sale victorioso y Ungaro queda convertido en su enemigo. Años más tarde, en 1806, el ilustre abogado es electo Alcalde de Primera y el Gobernador declara viciada la elección alegando parentesco de aquel con miembros del Cabildo. El elegido acude ante la Audiencia y obtiene de ésta el reconocimiento de la validez de su designación; pero el testarudo gobernante se niega a acatar la decisión. Mendoza va de nuevo a la Audiencia y finalmente ésta depone a Ungaro que es sustituido por el Coronel Antonio Moreno quien “en marzo de 1808 puso la vara de Alcalde en manos del doctor Mendoza”; posición que ya había ocupado en 1802 <sup>50</sup>.

Los episodios descritos merecen dos acotaciones. La primera se refiere a la reciedumbre del carácter de Mendoza, a la firmeza en el cumplimiento de sus obligaciones sin importarle a quien deba enfrentarse. La segunda, a la actitud respetuosa de las autoridades y su disposición de reconocer la razón a quien la tuviera aunque el adversario fuese más poderoso. No ha sido, lamentablemente, ésta una constante en épocas posteriores. Por el contrario, muchas veces hemos visto en tiempos republicanos y democráticos, como se ha castigado -o por lo menos pretendido hacerlo- a quienes la observación de sus deberes ha enfrentado a los detentadores del poder. Tales los casos, para no citar sino dos, de los jueces Jorge Rosell y Braulio Sánchez: estuvieron a punto de ser sancionados por haber dictado decisiones que estaban en el ámbito de sus facultades y eran acordes con sus convicciones, pero afectaban a sectores considerados, a pesar de nuestra proclamada igualdad, como intocables. La defensa que la sociedad hizo de ellos (clara demostración del progreso de nuestra organización civil) impidió la consumación del atropello <sup>51</sup>.

<sup>47</sup> Cf. Ib. ib. MIJARES, Augusto. *Ob. cit.*, p. 18 y DIAZ SANCHEZ, Ramón. *Bolívar El Caraqueño*. 3ª Edición, Publicaciones Españolas. Caracas, 1980, p. 20.

<sup>48</sup> Véase FUNDACION POLAR. *Ob. cit.* La entrada correspondiente a “UNGARO Y DUSMET, Miguel de”, está suscrita por las iniciales A.A.V. (Astrid Avendaño Vera).

<sup>49</sup> Cf. FUNDACION POLAR. *Ob. cit.* (entrada correspondiente a MENDOZA, Cristóbal) y BRICEÑO PEROZO, Mario. *Ob. cit.*, p. 43.

<sup>50</sup> MENDOZA, Carlos. *Ob. cit.*, p. 21.

<sup>51</sup> Para una información completa de ambos casos debe verse la prensa (y especialmente *Diario de Tribunales*) de las respectivas épocas: Rosell (octubre, noviembre y diciembre de 1981) y Sánchez (marzo

En el desempeño de sus funciones de Alcalde, en las dos ocasiones en que le correspondió, Mendoza va a exhibir sus dotes de gobernante: honestidad administrativa, afanosa consagración a sus deberes, concienzuda jerarquización de los problemas que afectan a la entidad bajo su mando para dar adecuada respuesta a todos, desde lo que afectan al erario público hasta los que tienen que ver con la salud y la educación del pueblo. Así lo vemos ocuparse de la administración de la Renta del Tabaco, promover la construcción de un lazareto y dictar un decreto estableciendo la educación “gratuita para los pobres y obligatoria para los indolentes”, primer antecedente patrio del famoso decreto del 27 de junio de 1870 <sup>52</sup>. Demuestra desde ya que es, en suma, “el hombre de la organización” como años más tarde le llamará Simón Bolívar.

Los sucesos que ocurren en Caracas el 19 de abril de 1810 tienen repercusión en casi todas las ciudades del interior. Barinas se adhiere al movimiento caraqueño y se constituye una junta a semejanza de la capitalina: Don Cristóbal -cuyo liderazgo tiene determinante influencia en el pronunciamiento barineses designado secretario de dicha junta. Posteriormente es electo representante al congreso de 1811 y se va a Caracas para incorporarse a aquel augusto cuerpo. Duro sacrificio le resulta marcharse de Barinas, pues, aparte de que ha de alejarse de la familia y separarse de negocios con los cuales ha conseguido una segura posición económica ya su salud empieza a dar muestras de resentimientos que le acompañarán hasta la muerte.

## EL PRIMER PRESIDENTE

Aún antes de llegar a Caracas es designado miembro del triunvirato que ejercerá las supremas funciones ejecutivas en la República recién nacida; desempeñará en el turno inicial la presidencia de dicho cuerpo, convirtiéndose, de esta manera, en el primer Presidente de Venezuela. Nuestra patria nace, así,

---

y abril de 1993). La Asociación de Jueces a la que cada uno de ellos pertenece o la Federación de Asociaciones de Jueces deberían hacer una publicación que compilara todas las informaciones de prensa sobre el particular, pues ellas recogen dos de las más dramáticas situaciones vividas por el poder judicial venezolano de los últimos tiempos: unos jueces que actúan conforme a los dictámenes de su conciencia; una agresiva respuesta del poder constituido tratando de sancionarlos por su actitud y una firme posición de la sociedad civil defendiendo a los magistrados con una fuerza tal que impidió el ultraje a la legalidad, a la autonomía del poder judicial y a la dignidad personal de los jueces involucrados.

<sup>52</sup> Cf. GUERRERO, Luis Beltrán. *Ob. cit.*, p. 26.

a la vida republicana bajo la rectoría de uno de sus hijos más virtuosos; de uno de los que por sus luces y por su carácter resultaba de los más idóneos para la misión encomendada. Parecía un buen auspicio. La doliente historia posterior se encargó de desmentir el augurio. Pero allí quedó el símbolo que habrá de ser siempre faro para iluminar la búsqueda del camino extraviado: el signo que presidió nuestro nacimiento como país libre fue la disposición a ser gobernado por los mejores.

La designación de Mendoza es demostradora de su inmenso prestigio: se encontraba ausente; aunque había, como quedó dicho, logrado alguna holgura económica, estaba lejos de ser un hombre rico; no pertenecía al mantuanaje caraqueño y, por su aislamiento provinciano, no tuvo vinculaciones con el movimiento conspirativo previo a todos los pronunciamientos destinados a lograr la independencia. Como si fuera poco, una pléyade de varones ilustres, ubicados en el centro de los acontecimientos, constituía un extraordinario plantel del cual hubiera podido escogerse a cualquier otro, con todo mérito, para desempeñar la histórica misión que aquel se encomendó <sup>53</sup>.

El destino tenía reservado al prócer trujillano el protagonismo de hechos fundamentales en la génesis de la República. El 1 de julio de 1811 comparece ante el Congreso y lo insta a la declaración de independencia; así mismo a la promulgación de una Constitución <sup>54</sup>. Proclamar la independencia y promulgar una Constitución eran, en aquel momento, las preocupaciones fundamentales de los padres de la patria, que para ésta aspiraban no sólo su autonomía política sino el goce de la libertad al amparo del derecho. La Independencia fue declarada el día cinco, es decir, cuatro días después de la comparecencia del triunviro al Congreso. Varios meses más tarde, el 21 de diciembre, de

<sup>53</sup> Es conocida la expresión de Baralt cuando señala que: "aunque pobre, forastero y rodeado de hombres verdaderamente importantes fue Mendoza aclamado sin oposición y con júbilo de todos, miembro del Poder ejecutivo" ("Resumen de la Historia de Venezuela". Reimpresión de la Academia Nacional de la Historia con motivo de su cincuentenario. Brujas-París. Desclée, de Brouwer. París, 1939, Tomo Primero, p. 74). Al analizar la composición del Congreso de 1811, Baralt señaló que estaba integrado por "lo mejor y más ilustrado de la sociedad venezolana de aquellos tiempos" y nombra como ejemplos demostrativos de su afirmación a Miranda, al Marqués del Toro, a Lino de Clemente, a Juan Germán Rocío, a Francisco Javier Yanes, a Antonio Nicolás Briceño, a Francisco Javier Ustáriz, a Martín Tovar (Ob. cit., pp. 69-73). Briceño Perozo destaca también esa característica de aquel augusto cuerpo diciendo que era una "anficiónía de luminarias" (Ob. cit., p. 45).

<sup>54</sup> MENDOZA, Carlos. Ob. cit., p. 27.



promulgará la que habrá de ser no sólo la primera Constitución venezolana sino también de la América Española. Corresponde a Mendoza refrendar el acta de la Independencia y pronunciar la que sería la primera alocución presidencial de Venezuela independiente: la respuesta que dio a la Comisión del Congreso que, el día 8 de julio de 1811, fue a participar al Ejecutivo la Declaración de la Independencia; el día 9 suscribe la proclama que anuncia a los habitantes de Caracas tan fausto acontecimiento <sup>55</sup>.

La vida de la Primera República es azarosa. Mendoza, a pesar de su delicada salud, no se da descanso: se ocupa desde la provisión de arbitrios rentísticos hasta la preparación de proyectos de enmiendas a textos legales; desde la solicitud al Congreso de la autorización para tomar medidas enérgicas frente a la conspiración que cunde por doquier hasta la provisión de plazas en los cuarteles de la capital y del interior; emplea su fino tacto de político avezado en resolver conflictos, en quebrar antagonismos, en buscar puntos de confluencia. Utiliza su enorme auctoritas para hacer deponer a más de uno de actitudes irracionales, para tratar de hacer ver a aquellos patriotas enceguecidos el camino correcto. Refiriéndose a esta actividad suya don Augusto Mijares dice: “ponderado, sagaz, y entregado a la patria hasta el sacrificio, es fácil imaginar cuán bienhechora debió ser su influencia, cuántos peligros logró sortear” <sup>56</sup>. Uno de sus biógrafos -su descendiente, el doctor Carlos Mendoza- señala como, en medio de aquella calamitosa situación, “se esfuerza por encausar los acontecimientos y buscar soluciones adecuadas a las ingentes necesidades que confronta el país” <sup>57</sup>.

#### EL PRIMER EXILIO. LA CAMPAÑA ADMIRABLE. LA SEGUNDA REPUBLICA

En marzo de 1812 se elige el segundo triunvirato. Mendoza, enfermo, regresa a Barinas a buscar, en el sosiego provinciano, el restablecimiento de sus quebrantos. La salud de la República, empero, es peor que la suya: está enferma de bizantinismo legal, de disensiones intestinas, de mutuas desconfianzas, de

<sup>55</sup> *Ib.*, p. 28. El texto de la alocución y el de la proclama pueden verse en *Escritos...*, pp. 163-164 y 131-132 respectivamente.

<sup>56</sup> MIJARES, Augusto. Prólogo a *Escritos...*, p. 15.

<sup>57</sup> MENDOZA, Carlos. *Ob. cit.*, p. 30.

anarquía, de indisciplina: en resumen, como diría Miranda, de bochinche<sup>58</sup>. Don Cristóbal pudo haber encontrado mejoría a sus males, pero la República no. Y hubo de sucumbir ante las huestes realistas.

Para el ilustre jurista la caída de la Primera República significa el exilio y, de nuevo, la pobreza; ahora agravada por su condición de padre de una familia que empieza a ser numerosa; ha casado en dos oportunidades: de su primer matrimonio, con doña Juana Briceño Méndez, tuvo tres hijos y del segundo, con doña María Regina Montilla de Pumar, tiene una pequeña hija. En Nueva Granada busca refugio y se encuentra que hasta allá ha llegado su prestigio: el presidente Camilo Torres -otro de los optimates de la gran patria americana- le hace su asesor.

En 1813 abandona el exilio neogranadino para reunirse al entonces brigadier Simón Bolívar, quien se dispone a invadir a Venezuela para libertarla del yugo que nuevamente ha caído sobre ella. Este le instruye para que vaya a Mérida como gobernador político; de entonces es la famosa carta donde lo llama "el hombre de la organización"<sup>59</sup>. Tenía el joven jefe militar muy claro el concepto de lo que se proponía: no se trataba, simplemente, de hacer una guerra; la meta era fundar una república. Y si aquella era tarea para soldados, ésta lo era para estadistas. Por eso los llama y, como ahora a Mendoza, les confía importantes tareas.

---

<sup>58</sup> Ramón J. Velásquez, ha retratado el ambiente de discordia y de celos que había en la Primera República, la inutilidad de los esfuerzos de Mendoza ante esta situación y la influencia que ello tuvo en la caída del régimen patriota, con estas palabras: "Su capacidad organizadora (la de Mendoza) se ahoga en el mar de intrigas y de celos en que se ha convertido la Primera República. Mantuanos contra Miranda, jóvenes jacobinos contra mantuanos, valencianos contra caraqueños, temor de los mantuanos de que su república monárquica pueda convertirse en una auténtica empresa democrática; todo se conjura para permitir el avance de las huestes de Monteverde ("Cristóbal Mendoza o la bondad útil", en *Los Pasos de los Héroes* 4ª Edición, Edición Homenaje del Congreso de la República al autor. Caracas, 1987, pp. 156 y 157).

<sup>59</sup> El texto completo es el siguiente: "Venga Vd. sin demora. Venga. La patria lo necesita. Yo iré delante conquistando y Vd. me seguirá organizando: porque Vd. es el hombre de la organización, como yo el de la conquista". Numerosos autores lo reproducen: Ramón Azpurua (*ob. cit.*, p. 179) quien dice que es una postdata de puño y letra del Libertador. César Zumeta ("Elogio del doctor Cristóbal Mendoza". Discurso pronunciado por el señor César Zumeta en el acto celebrado el 14 de octubre de 1913 en la sala del antiguo ayuntamiento de Caracas. En *Tres Discursos...*, p. 6). Carlos Mendoza (*ob. cit.*, p. 23). Augusto Mijares (*El Libertador*, p. 247 y Prólogo a *Escritos...*, p. 15). Ramón J. Velásquez (*ob. cit.*, pp. 159 y 160). Briceño Perozo la cita en su trabajo "Mendoza en la Campaña Admirable" (*ob. cit.*, pp. 103 y 104) y añade: "Hemos rastreado en los archivos a nuestro alcance y no hemos hallado el original de este escrito, pero lo avala una tradición muy antigua que data de la misma época de la Campaña Admirable".

A Mérida llega, convertido, dice don Luis Correa, en “el heraldo afortunado de la reconquista y pregonero de los triunfos de Bolívar”. “En pocos días, y con asombrosa diligencia, continúa el mismo Correa, constituye el gobierno, acopia provisiones y material de guerra, despierta el entusiasmo de la juventud y la prepara para incorporarse a la falange libertadora”<sup>60</sup>. El 23 de mayo, Bolívar hace su entrada triunfal a la ciudad de los Caballeros. Con la delirante emoción patriótica que ha logrado insuflarle su gobernador, lo recibe la población y, a instancias de éste, le anticipó el título de Libertador.

Se incorpora a la Campaña Admirable y de nuevo despliega todos sus dotes de organizador al servicio de la causa a la que ha entregado su vida. “Durante la Guerra a Muerte -se dice en el “Diccionario...” de la Fundación Polar-, Mendoza atiende todo: administración política, impuestos, víveres, pertrechos y vestuarios para el ejército, hospitales, patrullaje cívico, vigilancia de espías y desafectos”.

Bolívar le da un nuevo encargo, lo nombra gobernador de Caracas. Como en Mérida, allí preside la recepción del héroe y logra para él, en forma definitiva, el título de Libertador: “superior a todos los que ha recibido el orgullo humano”, como habría de decirlo el propio beneficiario<sup>61</sup>. Cada vez que nos referimos a Bolívar como “El Libertador” estamos, también, tributando - muchas veces sin saberlo- un homenaje al egregio abogado que promovió se le otorgase tan honroso cognomento.

No podía ser peor la situación de Caracas. No recuperada de las consecuencias del terremoto, tuvo que sufrir los horrores de la guerra y los desmanes de Monteverde. Mendoza consagra todas sus capacidades a resolver las urgencias de la provincia bajo su gobierno: el fortalecimiento del erario, la preservación del orden público y la vigilancia de los realistas que, agazapados, se preparan para un nuevo zarpazo, el mantenimiento de los servicios de los hospitales y la construcción del recinto fortificado de la ciudad, son tareas que debe compartir con la prioridad de asegurar la subsistencia del ejército, ahora en

---

<sup>60</sup> CORREA, Luis “Homenaje a don Cristóbal Mendoza”. Discurso pronunciado por el señor Luis Correa en la inauguración del retrato del doctor Cristóbal Mendoza en la Sala de Recepción del Palacio de Miraflores, el 5 de julio de 1937. En “Tres Discursos...”, p. 15.

<sup>61</sup> BOLÍVAR, Simón. Carta al General Páez. Magdalena, 6-3-1826, en *Obras Completas*, p. 322.

guerra con los más terribles capitanes de las tropas enemigas. Como lo dice el doctor Carlos Mendoza, las variadas actividades que, en este objeto, ha logrado establecer transforman a Caracas “en un inmenso taller”. El mismo biógrafo señala: “había que suministrar al ejército toda clase de elementos: se fabrican lanzas, frenos, sillas de montar, cananas. Se establecen fábricas de zapatos y alpargatas”. La producción para impedir el castigo de la hambruna es otra de sus preocupaciones <sup>62</sup>.

Pero ni la denodada lucha de las fuerzas patriotas ni el improbable esfuerzo del gobierno civil logran impedir la catástrofe. Las hordas de José Tomás Boves (“el archimonstruo”, “el devastador de Venezuela”, como lo llamó El Libertador <sup>63</sup>) entran a Caracas en julio de 1814. La Segunda República se ha derrumbado. El doctor Cristóbal Mendoza, ahora casado en terceras nupcias con doña Gertrudis Buroz Tovar, va de nuevo al exilio.

## EL SEGUNDO EXILIO

Las islas antillanas son el escenario donde habrán de moverse, entre grandes penurias, numerosos patriotas venezolanos que han logrado escapar de las furias salvajes que azotan al desdichado país. Mendoza es uno de ellos. En los más diversos y humildes quehaceres logra el sustento para él y su familia. No le teme al trabajo y no desprecia ninguna que sea honrado. La adversidad le persigue, pero siempre tiene fuerzas para sobreponerse. En una de las islas a donde lo llevó su peregrinar vemos al sabio abogado, al austero alcalde de Barinas, el augusto triunviro de 1811, al asesor del Presidente Camilo Torres, al eficiente gobernador de los años de la Segunda República convertido en modestísimo pulpero. La raquítica construcción de la pequeña tienda no aguanta un vendaval caribeño y pronto queda destrozada <sup>64</sup>. ¿Qué habría de pensar de su mala fortuna aquel descendiente de Duques del Infantado, de Príncipes de Mérito, de Marqueses de Santillana, de Condes de La Coruña <sup>65</sup> a quien la lealtad a un ideal y la crueldad de sus enemigos habían convertido

---

<sup>62</sup> MENDOZA, Carlos. *Ob. cit.*, pp. 40-41.

<sup>63</sup> BOLIVAR, Simón. Carta al editor de *The Royal Gazette*. Kingston, 18-11-1915. En *Obras Completas*, p. 154.

<sup>64</sup> Cf. GUERRERO, Luis Beltrán. *Ob. cit.*, p. 28 y VELASQUEZ, Ramón J. *Ob. cit.*, p. 165.

<sup>65</sup> BRICEÑO PEROZO, Mario. *Ob. cit.*, p. 47.

en fracasado bodeguero en tierra extraña? Simplemente que nobleza obliga y que cada revés no es sino ocasión para un nuevo comienzo.

Pronto su situación ha de cambiar. El gobernador de Trinidad, Sir Randolph Wodford, cuya saña con los exiliados venezolanos le ha valido el remoquete de "El espectro de Boves"<sup>66</sup>, es removido de su cargo y el patricio se instala en Puerto España. Al poco tiempo domina el inglés perfectamente, según el testimonio de Guillermo White<sup>67</sup> y ha aprendido a manejar con destreza los mecanismos de un sistema jurídico tan distinto de aquel en el cual él se formó y dentro del cual ha trabajado. En la Capital trinitaria instala bufete donde ejerce la profesión con decoro y éxito.

Desde el destierro inicia una serie de publicaciones en **El Correo del Orinoco**, que se edita en la imprenta cuya adquisición el propio don Cristóbal había aconsejado a Peñalver<sup>68</sup>.

Mendoza es un abogado en el sentido más exacto de la palabra: su actuación profesional ha consistido siempre en la defensa de intereses ajenos y en la asesoría en cuestiones legales. No es un teórico del Derecho ni un catedrático de jurisprudencia. Las colaboraciones que envía al "Correo" no son -no pretenden serlo- tratados doctrinarios sino escritos periodísticos y de combate. Ellos denotan, sin embargo, la sólida formación científica y la fina inteligencia jurídica de quien, con el seudónimo de **Un Patriota**, los suscribe<sup>69</sup>. Sus conceptos lucen singularmente avanzados, sus ideas aparecen como precursores de las modernas corrientes sociológicas que rechazan la idea de que el Derecho pueda ser una superestructura aérea indiferente, y a veces contrapuesta, a los dictámenes de la realidad. La concepción exclusivamente especulativa (que tenía, y ¡parece mentira! todavía tiene, tantos adeptos) según la cual pueden haber verdades puramente jurídicas que no pierden su eficacia normativa por el rechazo de los hechos sociales, le merece certeros comentarios aderezados con fina ironía. De tal tenor es el que dirige a las disposiciones de la

---

<sup>66</sup> MENDOZA, Carlos. *Ob. cit.*, p. 43.

<sup>67</sup> *Ib.*, p. 44.

<sup>68</sup> Cf. CORREA, Luis. *Ob. cit.*, p. 17, VELASQUEZ, Ramón J., p. 165.

<sup>69</sup> A propósito Ramón J. Velásquez comenta: "Usará como seudónimo un calificativo que le cuadra como a pocos: 'un patriota'". *Ob. cit.*, p. 166.

Constitución de Cádiz destinadas a impedir la independencia americana: “Es lo mismo, dice que si hubiera ordenado por punto constitucional que nadie se muriese en el reino o que los niños fuesen siempre niños, contra el curso de la naturaleza”<sup>70</sup>.

La expresión está contenida en un trabajo en el que comenta el tratado de Trujillo y refuta la idea de que el Rey de España no podrá reconocer la independencia de los países sur americanos por estar constitucionalmente impedido para disponer de sus territorios. Una cosa, dice, es que el Rey no pueda transferir territorios como si se trate de “cosa patrimonial” y otra es que un pueblo no pueda emanciparse por si mismo, erigirse nación separada y hacerse reconocer. No se trata, continúa, de que el Rey o las Cortes hayan desmembrado el territorio sino de que ha surgido un hecho, ajeno y contrario a su voluntad, pero innegable: los pueblos que antes le estaban sometidos “voluntariamente se han separado y están ya erigidos en gobiernos distintos e independientes, no le pertenecen ya como miembros o subalternos suyos”. Ante esa realidad no le queda a la Corona otra alternativa que mirar a los países independizados como “a individuos de la gran sociedad de naciones regidas por el derecho de gentes, a quienes debe tratar de igual a igual” pues de lo contrario “quebranta ese mismo derecho y ofende al universo”<sup>71</sup>. Frente al incontrastable hecho político de la emancipación “nada hacen, pues, a nuestro caso-, expresa tajantemente- las limitaciones y trabas que premeditó el Congreso de Cádiz para que la América no se separase”<sup>72</sup>. Al argumento según el cual el Rey debía permanecer tercamente ajeno a sucesos indiscutibles por estar obligado por juramentos ordenados por la propia Constitución de España, responde: “Ningún juramento obliga a cumplir lo que es física o moralmente imposible, porque el juramento no es vínculo de iniquidad”<sup>73</sup>. Anticipa, así, en más de cien años, al ilustre Couture<sup>74</sup>.

---

<sup>70</sup> MENDOZA, Cristóbal. “Escritos...”, p. 178.

<sup>71</sup> *Ib. ib.*

<sup>72</sup> *Ib. ib.*

<sup>73</sup> *Ib.*, p. 180

<sup>74</sup> COUTURE, Eduardo J. *Los Mandamientos del Abogado*, Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1962, p. 11. El cuarto de dichos mandamientos reza: “LUCHA. Tu deber es luchar por el derecho; pero el día en que encuentres en conflicto el derecho con la justicia, lucha por la justicia.

No está de más acotar que el trabajo refleja una temprana aspiración al establecimiento de una relación de amistad y cooperación entre la comunidad hispana de naciones, olvidados todos los agravios de la guerra. La concreción de tal situación la considera “un suspirado término” que está aún remoto, pero que debe comenzarse el camino para hacer posible que llegue el día en que un Rey de España diga al representante de Colombia lo que Jorge III de Inglaterra a Adams: “Señor, yo he sido el último en persuadirme de la necesidad y conveniencia de reconocer la emancipación de vuestro país... pero una vez consentida yo, seré el mejor amigo del pueblo que tenéis el honor de representar”<sup>75</sup>.

De gran sabiduría y valor sociológico son sus comentarios sobre las condiciones que deben reunir las leyes: que sea “clara y proporcionada” al estado de civilización y costumbres de los pueblos para quienes se hizo... es cuanto se necesita para que una ley sea buena”<sup>76</sup> y que, al mismo tiempo, sea realmente aplicable, pues “toda ley cuya infracción es fácil o inevitable, debe omitirse, por más justa que parezca, no sea que su inobservancia aumente los delitos que si se disimulan hacen despreciables todas las leyes y si se castigan hacen odiosa la administración”<sup>77</sup>.

Sostiene que las leyes deben adaptarse a las circunstancias de la sociedad sobre la cual han de regir y rechaza la tentación -en la que tantas veces hemos caído- de copiar instituciones pensadas para realidades distintas.

Al criticar la pretensión de adoptar un sistema de gobierno análogo al de la Gran Bretaña dice, dirigiéndose a los constituyentes de Angostura: ¿En cuál de estas circunstancias (se refiere, citando al Libertador, a lo físico del país, al clima, calidad y situación del terreno, a su extensión, al género de vida de sus habitantes, a su religión, inclinaciones y riqueza, a su número, comercio,

<sup>75</sup> MENDOZA, Cristóbal. Ob. cit., p. 183.

El reconocimiento por parte de España sólo vino a obtenerse en 1845, como culminación de un largo y laborioso proceso, lleno de incidentes de la más variada índole (Véase al respecto la obra de Tomás Polanco Alcántara. “El Reconocimiento de Venezuela por España”. Trabajo de Incorporación a la Academia Nacional de la Historia. Edición patrocinada por el Banco de Venezuela y Seguros Banvenez S.A., Caracaos, 1980).

<sup>76</sup> MENDOZA, Cristóbal. “Cartas de un Patriota” (quinta carta). En *Escritos...*, p. 174.

<sup>77</sup> *Ib.*, pp. 190-191.

costumbre y modales) os asimiláis vosotros al inglés europeo? En todas y cada una de ellas ocupáis el punto opuesto a el diámetro: una isla a la extremidad septentrional de la Europa, tan sobrecargada de población que su gobierno se ve forzado no sólo a permitir sino a fomentar la emigración: un pueblo compuesto de multitud de propietarios que poseen fortunas colosales y multitud de una plebe que perece de necesidad, por falta de materia en que ocupar su industria: una población que en menos terreno del que ocupa el menor de nuestros departamentos cuenta con 17 millones &c. &c. ¿Podrá servir de modelo a la República de Colombia? ¿Y qué diremos si comparamos su religión, sus costumbres, su comercio, su marina, su ejército, sus preocupaciones con las vuestras? ¿Podrá una nación del polo ártico, que ha llegado a la cumbre de su engrandecimiento prestar sus leyes constitucionales a otra que acaba de nacer en la zona tórrida? <sup>78</sup>.

En otro artículo expresa: “Yo no querría tampoco que fueseis unos copiadores serviles del Código de Washington; hombres tenéis, luces tenéis y por lo que hasta aquí habéis hecho, se conoce quanto sois capaces de hacer: la historia de los pueblos antiguos y modernos es una antorcha que os guía presentando el cuadro de los aciertos y errores de nuestra frágil especie; pero sobre todo consultad con vosotros mismos, estudiad la opinión y el carácter que más prevalece entre vosotros, medita, recapacita quanto bien o quanto mal estáis expuestos a causar al género humano, no sólo a vosotros mismos sino a todos esos pueblos, que os observan y asechan el momento de aprovecharse de vuestro acierto o vuestro descuido” <sup>79</sup>.

Y en otro dice: “Huid de una perfección que no es propia pero no os separéis jamás del camino que poco a poco os conducirá a la altura a que han llegado las naciones más perfectas de la tierra: adoptad planes análogos a la sencillez de vuestras costumbres: para desterrar la ociosidad haced que todo individuo gane el pan que se come: elegid buenos magistrados, buenos pastores y dejad a la libertad que haga el desarrollo de esta tierna planta que con el tiempo cubrirá medio mundo con su sombra” <sup>80</sup>.

---

<sup>78</sup> *Ib.*, pp. 186-187.

<sup>79</sup> *Ib.*, p. 187.

<sup>80</sup> *Ib.*, p. 193.



Digna también de destacarse en su oposición a algunas ideas que el Libertador había incluido en el proyecto de Constitución de Angostura: la presidencia vitalicia, el senado hereditario y el poder moral <sup>81</sup>. En sus comentarios al proyecto, Mendoza demuestra su versación en la Ciencia Constitucional, en el Derecho Comparado, en la Historia Antigua y Moderna, así como conocimiento de las leyes sociales que rigen a los pueblos: hace igualmente gala de singular habilidad dialéctica al ir exponiendo sus razones y señalando las deficiencias de los conceptos que refuta; pero, fundamentalmente, de aquella firmeza de carácter y de aquella honradez intelectual que lo ha caracterizado desde su juventud: las instituciones a las cuales se opone han sido concebidas por quien es el jefe supremo de la revolución, y por encima de todo, su admirado amigo al cual debe tantas distinciones que comprometen altamente su gratitud.

Nadie le supera en lealtad y devoción a Bolívar, pocos le igualan. Pero jamás ha creído que ello deba traducirse en incondicionalismo. Por el contrario, piensa que sí tiene pareceres diferentes a los suyos, expresarlos con franqueza es no sólo derecho inalienable sino obligante deber. En esto se asemeja a otros dos de los grandes de nuestra historia, Antonio José de Sucre y Fernando Peñalver: los tres estuvieron unidos al Libertador por los más vivos vínculos de afecto y fidelidad, pero en la inquebrantable amistad que le profesaron no se mezclaron rasgos de obsecuencia; por eso, como pocos, le expusieron con crudeza sus disentimientos cuando los tuvieron. Bolívar correspondió a esta actitud de ellos retribuyéndole más amistad, más afecto, más respeto.

#### VUELTA A LA PATRIA

A escasos meses del triunfo de Carabobo, Mendoza regresa a Venezuela, abandonando la sólida posición que ya había logrado en Trinidad; siente que la reconstrucción de la patria le reclama y que el retorno es un deber, aunque signifique sacrificios de comodidad y estabilidad económica. Al poco tiempo es designado Presidente de la Corte Superior de Justicia del departamento de Venezuela, cargo en el que permanece hasta 1824, fecha en que renuncia, a pesar de que tanto el Ejecutivo de Colombia, como sus compañeros Magistrados

---

<sup>81</sup> Véase *Ib.*, p. 184-193.

le piden que permanezca en el cargo... pero el trabajo es mucho y la salud es débil; el sueldo es escaso, la paga impuntual y la familia larga <sup>82</sup>.

Al retiro de las funciones judiciales se dedica de nuevo, con creciente éxito, a su ejercicio profesional, que comparte con importantes labores intelectuales realizadas en asocio con el doctor Francisco Javier Yáñez.

Una de ellas es la fundación y dirección de **El Observador Caraqueño**, periódico de opinión que viene a llenar un vacío en una ciudad que habiendo sido, según el decir de Humboldt, la más culta del Nuevo Continente, carecía para el momento de algún órgano divulgativo de ideas. Sus redactores se proponen, entre otras cosas, como lo dicen en el **prospecto** que establece los fines del periódico, divulgar ideas jurídicas y políticas, reclamar el cumplimiento de las leyes, manifestar sus defectos, proponer mejoras, “ilustrar a los pueblos en sus verdaderos derechos” <sup>83</sup>. El Observador no tenía sección de sucesos ni, salvo raras ocasiones, publicaba noticias, pero, una opinión tan autorizada como la de don Pedro Grases, considera que sus sesenta y seis entregas “constituyen la expresión de un cuerpo de doctrina republicana, con colaboradores incomparablemente superiores a los de otros órganos de prensa coetáneos”. Sus columnas, añade, se nutren de artículos sustanciosos, de teoría política, encaminados a la educación ciudadana, redactados con altura de miras y como brillante expresión de preparación jurídica, teórica; así como de elevado sentido de interpretación histórica <sup>84</sup>.

Otra, es la compilación de documentos bolivarianos que se publicarán en 22 tomos con el nombre de **Colección de Documentos Relativos a la Vida Pública del Libertador de Colombia y del Perú, Simón Bolívar**, generalmente conocida como **Colección Yanez-Mendoza**, primera obra en su género entre nosotros, a la cual Grases califica de “monumental, que deja muy en alto el criterio historiográfico y la comprensión de los sucesos coetáneos por parte de los dos compiladores” <sup>85</sup>. Según el mismo autor dicha colección “abre

---

<sup>82</sup> BRICEÑO PEROZO. *Ob. cit.*, pp. 54-55 y nota 36 en la p. 69.

<sup>83</sup> Cf. GRASES, Pedro. *Los papeles de Bolívar y Sucre*. Fundación de Promoción Cultural de Venezuela. Caracas, 1985, p. 90.

<sup>84</sup> *Ib.*, *ib.*

<sup>85</sup> *Ib.*, p. 95.

realmente una brillante tradición compilatoria que tiene positiva trascendencia en la historiografía de Venezuela y aún del continente”<sup>86</sup>. El “**Prefacio**” de la colección contiene una breve y condensada narración de la vida de Bolívar desde su nacimiento hasta la fecha en que fue escrito: 24 de julio de 1826, día del cuadragésimo tercer cumpleaños del Libertador. Es, tal vez, el primer intento de biografar al héroe<sup>87</sup>.

De la misma época es su “**Plan de la Historia de Colombia**”, así como la “**Introducción**”<sup>88</sup> a dicho trabajo, el cual quedó inconcluso pues su participación en los acontecimientos políticos que entonces sucedieron, su enfermedad y posterior muerte así lo determinaron.

En 1826 se vive en Venezuela una delicada situación política. Serios acontecimientos provocados “por la intriga aviesa, por la ambición caudillista y por el celo de una minoría”<sup>89</sup>, parece que van a hacer desatar las llamas del incendio que según el propio Mendoza, está preparándose desde 1821<sup>90</sup>. En tan difíciles circunstancias es designado Intendente del Departamento. Lo mejor del país lo presiona intensamente para que no rehúse, en la esperanza de que sus habilidades largamente demostradas y su alta autoridad moral logren detener los sucesos. Ante el deber que le impone la gravedad de la hora acepta, no obstante las tremendas dificultades que habrá de enfrentar, los achaques, cada vez más serios, que le aquejan y el duro sacrificio económico de abandonar el ejercicio profesional por un cargo cuyo sueldo es un tercio menor a las ganancias obtenidas en el bufete<sup>91</sup>.

La conspiración sigue su marcha atropelladamente y las llamas se extienden por doquier. El Intendente hace esfuerzos por sofocarlas: apela a todos los medios de la persuasión; escribe reiteradamente al Libertador, requiriendo su presencia, seguro de que ella devolverá la tranquilidad al país; trata de conciliar a los bandos en pugna y, esforzando todos los recursos de la prudencia, procura

<sup>86</sup> *Ib.*, p. 96.

<sup>87</sup> MENDOZA, Cristóbal. *Ob. cit.*, pp. 206-211. La primera biografía del Libertador que merezca el nombre de tal es la de Felipe Larrazábal, ya citada, que fue publicada en 1865. Esto quiere decir que la suscita narración de Mendoza le antecede en treinta y nueve años...

<sup>88</sup> MENDOZA, Cristóbal. *Ob. cit.*, pp. 200-203.

<sup>89</sup> CORREA, Luis. *Ob. cit.*, p. 19.

<sup>90</sup> MENDOZA, Cristóbal. Carta a Simón Bolívar (Caracas, 25-1826). “*Epistolario...*”, p. 69.

<sup>91</sup> Cf. MENDOZA, Cristóbal. Carta a Guillermo White (7-4-1826). *Escritos...*, p. 142.

calmar la efervescencia de las pasiones y la exaltación de los pueblos con el objeto de evitar la guerra civil <sup>92</sup>.

Todo parece inútil. La suerte está echada. Los intrigantes siguen sembrando su cizaña y los violentos empeñados en imponer, a la fuerza, su capricho por encima de la Ley. A la cabeza de aquellos está el doctor Miguel Peña, a la de éstos el general Páez. Los heroicos guerreros que hicieron la independencia -El Centauro, el primero- sienten que la patria les pertenece. No pueden entender como un "simple doctor" pretenda que sus sables se sometan a eso que llaman "La Ley"; otros "doctores" se encargarán de susurrarles que no deben tolerarlo y se ofrecerán para hacer que la Ley se acomode a sus deseos.

Hay un momento en que Páez parece comprender las razones de Mendoza y ofrece seguir los consejos del noble patricio <sup>93</sup>. Uná asamblea de municipios acoge la tesis civilista que éste defiende y acuerda que las reformas que se piden sean resueltas por la Convención próxima a convocarse. Pero muy pronto, el grupo de enredadores que conforman el entorno del caudillo habrá de convencerlo de que "La Primera Lanza del Mundo" no puede someterse a aquel inerme magistrado. Ellos mismos le darán la fórmula para revestir la arbitrariedad: inventarán una "asamblea popular" que aprobará sus designios.

La asamblea se reúne bajo la presencia intimidatoria de la fuerza armada y pronto degenera en tumulto y en vocinglerío. Mendoza acude impertérrito. Cuando hace uso de la palabra la multitud guarda silencio <sup>94</sup>. Es tal su autoridad moral que ni la turba se atreve a irrespetarlo. Habla con serena energía y expresa poderosas razones. Pero aquella asamblea no se ha reunido para oír razones, sino para "resolver lo que ya estaba resuelto por la fuerza".

---

<sup>92</sup> Cf. MENDOZA, Cristóbal. Carta al Secretario de Estado del Despacho del Interior. 5-5-1826. *Escritos...*, pp. 61 y 143.

<sup>93</sup> Cf. MENDOZA, Carlos. *Ob. cit.*

<sup>94</sup> *Ib.*, p. 65.

## NUEVO EXILIO. NUEVO RETORNO Y NUEVA PARTIDA... AHORA HACIA LA INMORTALIDAD

El atropello estaba consumado; para Mendoza no quedarán sino la destitución, y, de nuevo, el exilio. Se convierte, así, según lo señala Ramón J. Velásquez, en el primer desterrado venezolano después de la independencia <sup>95</sup>.

Comentando la conducta del Intendente en aquellos días. Don Augusto Mijares ha dicho: "La actitud del doctor Mendoza fue ejemplar, tanto en el comedimiento con que quiso evitar al principio que se llegara por los unos y los otros a tales arbitrariedades, como por la firmeza y el valor con que las resistió cuando se consumaron" <sup>96</sup>. Pero es el propio prócer civil quien, en conmovedoras palabras, nos va a dejar el testimonio de todo el valor y de todo el significado de sus hechos en aquella hora aciaga de la patria: "El abuso de todos los principios- escribe desde su exilio al Libertador-, el aparato de la fuerza armada, la ofensa que se hacía al buen sentido y al pueblo entero, no permitían mirar tranquilamente el asesinato de la República; yo hice ver a mis enemigos que todavía quedaba un hombre libre en aquella tierra desgraciada" <sup>97</sup>.

Cuenta don Mario Briceño Iragorry <sup>98</sup> que, cuando Mendoza ("precoz anciano, cuyo físico mostraba tanto el agravio de la agitada vida como la inmediatez de la muerte") iba camino a La Guaira a tomar el barco que lo llevaría al tercer exilio, dijo a uno de los amigos que lo acompañaba: "Primero fui echado de mi Patria en razón de los odios desatados por Monteverde y Boves. Era la Ley de la Guerra. Al destierro fui con fe para seguir luchando contra los feroces enemigos de Venezuela. Hoy son los mismos patriotas quienes me privan del dulce alivio de vivir en ella. Es doloroso ver cómo hemos hecho Patria para que

---

<sup>95</sup> VELASQUEZ, Ramón J. *Ob. cit.*, p. 192. El mismo Velásquez señala: "Tiene Mendoza el mérito de ser el primero en muchas cosas importantes relacionadas con la historia de este país. Junto a Camilo Torres antevió el destino luminoso de Bolívar. Fue el primer presidente de este país. El primero en austeridad, en probidad, en lealtad a sus convicciones. El primer desterrado por las autoridades republicanas después de la victoria de Carabobo. El primero que metódicamente recopiló documentos para la redacción de sus anales y el primero que expuso sus principios y su concepto de la Historia (*Ob. cit.*, p. 173). Como ya se señaló, es también el primero en intentar un esbozo biográfico del Libertador.

<sup>96</sup> MIJARES, Augusto. *Prólogo a Escritos...*, p. 21.

<sup>97</sup> MENDOZA, Cristóbal. Carta a Simón Bolívar. Saint Thomas 15-12-1826 "Epistolario...", p. 74.

<sup>98</sup> BRICEÑO-IRAGORRY, Mario. *Pequeño Anecdotario Trujillano*. Ediciones Edime, Caracas-Madrid, 1957, p. 32.

nos arrojen los enemigos de la Ley y la Justicia. Por este despeñadero llegarán los violentos a echar de Venezuela al propio Libertador. No lo vean mis ojos, hechos a contemplar la contradicción de los hombres”.

Dios se apiadó de él y le impidió ver realizada su profecía: cuando la ingratitud consumó su obra más miserable, el sabio trujillano dormía el sueño de los justos. Pero La Patria ha tenido la tristeza de presenciar la repetición de la escena: Una y otra vez los violentos han arrojado su furia sobre la legalidad inerme, la fuerza bruta ha logrado imponerse sobre la razón; pero siempre, para que la conciencia histórica no sucumba, una voz, llena de dignidad civil, ha proclamado, y su eco ha retumbado a través de los tiempos que hay hombres libres en esta tierra. Y así la galería de los recuerdos nacionales conserva, con dolor pero con orgullo, las escenas, trágicas y heroicas, que nos muestran la recia varonía de Mendoza ante la asamblea tumultuaria auspiciada por Páez, la imperturbable serenidad con que Vargas rechaza la pretensión de Carujo, la honestísima altivez con que Fermín Toro despidió al correveidile monaguero, la patricarcal firmeza de la respuesta de Pedro Gual a Echezuría y la magistral dignidad de Rómulo Gallegos frente a los comandantes.

La presencia del Libertador sofoca, al menos temporalmente, el incendio; Páez, como en 1818, reconoce su autoridad. Bolívar, por su parte, dicta un decreto amnistiando a todos los que participaron en la conspiración y nombra a Páez Jefe Superior de Venezuela, con autoridad civil y militar. La República se había salvado; el fantasma de la guerra civil había huido. Los dos generales se intercambian loas y cada uno atribuye al otro el haber disipado las amenazas que se cernían sobre la patria... El episodio de las guarniciones de las espadas entrelazadas en el abrazo de Naguanagua, es interpretado como un presagio de lo que en el futuro podrán hacer juntos <sup>99</sup>.

---

<sup>99</sup> El General Páez esperó al Libertador, que venía de Puerto Cabello a Valencia, al pie del cerro de Naguanagua. Allí ocurrió el episodio que Páez comenta así: “Recuerdo un lance que proporcionó a Bolívar la ocasión de mostrar su ingenio siempre fecundo en circunstancias oportunas. Después de abrazarnos las guarniciones de las espadas que llevábamos ceñidas se entrelazaron de tal modo que necesitamos algún tiempo para desprenderlas. Mientras tanto, Bolívar, sonriéndose me decía, como hubiera dicho un general romano en iguales circunstancias: “Este es un buen presagio, general, que nos anuncia la suerte que nos ha de caer en el futuro”. Véase PAEZ, José Antonio. *Autobiografía*. Academia Nacional de la Historia. Caracas, 1987. Tomo I, p. 332.

En la misma obra (pp. 329-337 del citado Tomo I) el General Páez reseña los mutuos homenajes y recíprocos reconocimientos que se tributaron él y el Libertador en estos días (1° al 13 de enero de 1827) y transcribe

Desde su llegada a Caracas, Bolívar comienza a hacer reconocimientos a Mendoza. El primero, ya lo hemos visto, el mismo día de la triunfal entrada: le dedica a él mote de **probidad** que le presentó una ninfa, y el pueblo aplaudió su pensamiento; victorea su nombre y Caracas lo repite con entusiasmo <sup>100</sup>, lo llama Catón y Cincinato de Colombia; designa al hijo que ha abrazado la carrera de las armas, Eugenio para que comande su primera guardia en Caracas, “compensando con este honor el desaire que le hizo Mariño” <sup>101</sup>. Al día siguiente, o sea el 11, recibe a doña Gertrudis, la amantísima esposa, y le encarga decirle se venga inmediatamente porque no es honor para la República que él y hombres como él estén desterrados y que si no viene no había conseguido nada en su viaje <sup>102</sup>. Con apenas cuatro días en su ciudad, el 14 de enero, le escribe a Saint Thomas y comienza por manifestarle que ojalá la carta volara a sus manos y que “al recordar la conducta que usted ha observado en medio de la tempestad más fuerte, no encuentro expresiones capaces de experimentar a la vez mi sentimiento y mi satisfacción” y le insta al pronto retorno “al seno de su patria, donde lo espera una familia angustiada por su ausencia y un buen amigo desesperado por su regreso” <sup>103</sup>.

Mendoza regresa, Bolívar lo repone en la Intendencia y logra que el general Páez le de garantías de respeto y consideración. De nuevo al frente de su cargo, se dispone al cumplimiento de sus deberes con el mismo celo y la misma eficiencia de siempre. Tan notable desempeño obtiene su mayor premio en la aprobación del Libertador: “Está visto, le escribe, que usted es el mejor Intendente de Venezuela” <sup>104</sup>.

---

el texto de decretos, proclamas, cartas y discursos donde constan tales manifestaciones. Recuerda que el Libertador le entregó uno de los estandartes que le fue obsequiado el día de su entrada a Caracas (el que tenía la inscripción Valor) y colocó sobre sus sienes una de las dos coronas de laureles que también le obsequiaron ese día. Se queja (p. 350) que Larrazábal oculte esto último. Recuerda que así mismo le regaló una espada, una hermosa lanza con grabados de oro, dos magníficos caballos peruanos y un lujoso neceser de campaña y cómo expresó su gratitud por ello en las palabras que dijo en el banquete que la Municipalidad de Caracas ofreció al General Bolívar el 13 de enero, las cuales transcribe íntegramente. Ellas culminan con juramento de lealtad al Libertador. Comentándolo, Larrazábal, expresará con ironía: “La Historia dirá si lo cumplió...” (Ob. cit., Tomo III, p. 188).

<sup>100</sup> BOLIVAR, Simón. Carta a Cristóbal Mendoza... Caracas, 14-1-1827. *Epistolario...*, p. 97.

<sup>101</sup> MENDOZA, Gertrudis de. Carta a Cristóbal Mendoza (Caracas, 11-1-87). Reproducida por Carlos Mendoza en ob. cit., pp. 76-77.

<sup>102</sup> Ib. ib.

<sup>103</sup> BOLIVAR, Simón. Carta a Cristóbal Mendoza reseñada en la nota 100.

<sup>104</sup> BOLIVAR, Simón. Carta a Cristóbal Mendoza (Trapiche, 27-3-1827) *Epistolario...*, p. 99. Hay un error pues se dice: “Trapiche (sic), 27 de marzo de 1826”, cuando, como se dijo, el año correcto es 1827, lo cual

El propio Páez le hace los mayores reconocimientos: En carta del 9 de enero de 1828, éste dice al Libertador: “Sólo tengo un compañero que vale un reino, que da vida, ser, energía y respetabilidad al gobierno: de Mendoza le hablo a usted; ninguno puede subrogarle, nadie, en mi concepto más íntegro, ninguno llena tanto sus deberes; es mi apoyo y sin él ya yo hubiera desesperado; pero con Mendoza se puede gobernar”; días más tarde, el 21 del mismo mes, le reitera: “Dejando Mendoza el puesto, se abre la puerta a la corrupción y mala fe de los empleados; este hombre les infunde respeto por su saber, probidad y severidad y tiene también a los godos en continuas zozobras”<sup>105</sup>. Bolívar debió sentir íntima satisfacción al oír estos conceptos del caudillo llanero sobre el hombre que, escasamente un año atrás, había enfrentado su poderío sin más armas que la razón y la ley, y le contesta: “V. crea, querido general, que el modo de hacerse popular y gobernar bien es el de emplear hombres honrados, aunque sean enemigos y por un Armario hay muchos Mendoza, Ucroses y otros que no pliegan al crimen aunque no amen a las personas. Mendoza se ha portado bien con Vd., y Ucrós conmigo, porque son eminentemente honrados”<sup>106</sup>.

Admirable lección sobre el arte de gobierno a la que, dolorosamente, no se le va a prestar mucha atención en el decurso de nuestra historia. No van a hacer la honradez y la capacidad sino la conmilancia, la credencial que los gobernantes de Venezuela, en su mayoría, van a pedir a aquellos a quienes van a emplear en funciones de Estado. Al revés de lo que aconsejaba al Libertador, lo frecuente ha sido que los rectores de nuestra cosa pública busquen colaboradores no entre personas honradas aunque sean enemigas, sino entre “amigos”, aunque no sean honrados.

Los días que siguen son de trabajo agotador, de lucha contra la enfermedad, de preparación para la Convención de Ocaña (a la cual no está seguro de acudir; Bolívar también vacila acerca de si conviene su asistencia<sup>107</sup>; Páez piensa que debe permanecer frente de la intendencia), de angustia por la patria, de

---

es fácil de comprobar por la misma secuencia de los hechos. De todas maneras puede confrontarse con el texto incluido en *Obras Completas*. Tomo II, p. 592.

<sup>105</sup> PÁEZ, José Antonio. Carta a Simón Bolívar. La primera está fechada en Valencia y la segunda en Caracas. Ambas están incluidas en el “Epistolario de Bolívar y Páez”. Ediciones de la Presidencia de la República. Caracas, 1983, pp. 368 y 370 respectivamente.

<sup>106</sup> BOLÍVAR, Simón. Carta al General José Antonio Páez. (Soatá, 25-3-1828). En *Obras Completas*, Tomo II, p. 805. General José Antonio Páez. (Soatá, 25-3-1828), en *Obras Completas*. Tomo II, p. 805.

<sup>107</sup> BOLÍVAR, Simón. Cartas a Cristóbal Mendoza (23-10-1827; 30-1-1828; 16-2-1828; 29-2-1828) *Epistolario...*, pp. 110, 111, 121, 122 y 124 respectivamente.



constante trato epistolar con El Libertador. Impresiona ver como éste siente necesidad de comunicarse constantemente con el amigo que ha quedado en Caracas: de marzo de 1827 a septiembre de 1828 le escribe veinte cartas <sup>108</sup>.

Ya para mediados de 1828, la situación de su salud es crítica. El viejo y empedernido fumador recibe el castigo del cáncer en la lengua <sup>109</sup>. Los padecimientos son severos y hasta el hablar le atormenta <sup>110</sup>. Otro gran repúblico, el doctor José María Vargas <sup>111</sup>, le atiende con celo y afecto; pero también con la seguridad de que nada podrá hacer para salvar aquella vida tan preciosa. Tampoco a Mendoza se le escapa su situación. El mismo confiesa que la gravedad de su mal lo ha familiarizado con la idea de que va a morir <sup>112</sup>: le angustia la precaria situación en que queda su numerosísima familia <sup>113</sup> (¡tuvo dieciséis hijos!) pero siente un infinito consuelo cuando, al examinar su intensa vida de abogado y de luchador por su patria encuentra “haber obrado siempre con aquella pureza de intención que asegura la tranquilidad de la propia conciencia” <sup>114</sup>. Ahora, ante la inminencia de la muerte, en el solitario y definitivo encuentro consigo mismo, puede con toda certeza, repetir: “Hice lo que pude; no debo más” <sup>115</sup>.

La proximidad del fin del esclarecido varón en cuyas manos nació la República llena de aflicción a Caracas. Uno de sus quirites, don Esteban Palacios Blanco (“el querido tío y buen padrino”, destinatario de la carta del Cuzco <sup>116</sup>) habrá de comunicarle al Libertador, con entristecida voz, la infausta noticia <sup>117</sup>. Poco después el propio Mendoza le enviará la estóica despedida <sup>118</sup>. Transido de dolor le responde en una de las más hermosa y emotivas cartas que ha salido de su pluma. Don Cristóbal (para quien una letra de aquel amigo, al cual hace tantos años entregó su fervor, su cariño y su lealtad, produce mejor efecto que

<sup>108</sup> Ver *Epistolario...*, pp. 99-132.

<sup>109</sup> BRICEÑO PEROZO, Mario. *Ob. cit.*, p. 59.

<sup>110</sup> MENDOZA, Cristóbal. Carta a Simón Bolívar (14-5-1828), *Epistolario...*, p. 83.

<sup>111</sup> BRICEÑO PEROZO, Mario. *Ib. id.*

<sup>112</sup> MENDOZA, Cristóbal. Carta a Simón Bolívar (16-8-1828), *Epistolario...*, p. 86.

<sup>113</sup> *Ib. ib.*

<sup>114</sup> MENDOZA, Cristóbal. Carta a Simón Bolívar (15-12-1826), *Epistolario...* pp. 76-77.

<sup>115</sup> *Ib.*, p. 77.

<sup>116</sup> BOLIVAR, Simón. Carta a Don Esteban Palacios Blanco (Cuzco 10-7-1825). En “Obras Completas”, pp. 163-164.

<sup>117</sup> MENDOZA, Carlos. *Ob. cit.*, p. 79.

<sup>118</sup> MENDOZA, Cristóbal. Carta Simón Bolívar, reseñada en la nota 112.

toda la farmacia)<sup>119</sup>, debió sentirse íntimamente reconfortado con su lectura. “La fortuna es nada delante de la virtud” le dice quien como él, y en mayor grado que él, se había arruinado sirviendo a la patria. Quince años antes, Mendoza había logrado para Bolívar el título que lo colocaría por encima de todos los grandes de la tierra, el de Libertador. Bolívar se lo retribuía ahora confiriéndole aquel con el cual lo honraría la posteridad: el de “modelo de la virtud y de la bondad útil”<sup>120</sup>.

Así, como modelo, debemos invocarlo; no como pretexto para actos protocolares y para un culto puramente formal y retórico. Como lo pidió el humanista larense Luis Beltrán Guerrero: “Al evocar a Cristóbal Mendoza, admiremos sus ejecutorias, no con simples propósitos contemplativos, sino de emulación devota y fecunda”<sup>121</sup>.

A diferencia de lo que habrían de hacer muchos futuros gobernantes de Venezuela para quienes el ejercicio del poder ha sido ocasión para el enriquecimiento, Mendoza, que había formado algún patrimonio en el trabajo honrado, lo perdería en la generosa dedicación a la causa a la cual consagró su vida.

El 8 de febrero de 1829 entregó el alma al creador. Moría pobre -¡paupérrimo!- en bienes materiales; rico, -¡riquísimo!- en haberes espirituales. Serán éstos los que le acreditarán ante la inmortalidad. En su tumba, hoy extraviada ha podido escribirse, como epitafio, uno de aquellos **Proverbios** de su remoto antepasado el Marqués de Santillana<sup>122</sup>:

*Las Riquezas temporales presto fuyen, e crescen e disminuyen los caudales.  
Busca los bienes morales, ca son muros firmes, fuertes e seguros,  
inmortales.*

<sup>119</sup> Ib.

<sup>120</sup> BOLÍVAR, Simón. Carta a Cristóbal Mendoza (16-9-1826). *Epistolario...*, p. 32.

<sup>121</sup> GUERRERO, Luis Beltrán. *Ob. cit.*, p. 36.

<sup>122</sup> El nombre completo de estos textos de Santillana es “*Proverbios de gloriosa doctrina e fructuosa enseñanza*”. La obra, conocida también como *Centiloquio*, fue escrita en 1437. Sobre ella Estrella Gutiérrez dice: “son 101 coplas de pie quebrado, en las que se glosan otros tantos adagios y refranes. Fue escrita a pedido de Juan II, para instrucción del príncipe Enrique. La fuente principal del *Centiloquio* es el libro de los *Proverbios* de Salomón, y los *Proverbios* del Rabbí de Sem Tob” (*Ob. cit.*, pp. 83 y 84). El verso transcrito está tomado de la antología “*Poesía Española Medieval*”, Edición, introducción, bibliografía y notas de Manuel Alvar. Editorial Planeta. Barcelona, 1969, p. 654.

**Convenciones y protocolos  
aprobados, firmas ratificaciones  
y adhesiones al 20 de julio de 1993**

**Conferencia Especializada sobre  
Derecho Internacional Privado**

Revista de la Facultad de Derecho, N° 49  
Universidad Católica Andrés Bello  
Caracas, 1994

**CONVENCIONES INTERAMERICANAS Y PROTOCOLOS APROBADOS POR LAS CONFERENCIAS ESPECIALIZADAS INTERAMERICANAS SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO**  
(Panamá 1975, Uruguay 1979, Bolivia 1984 y Uruguay 1989) Firmas, ratificaciones y adhesiones al 20 de julio de 1993

ESTADOS MIEMBROS DE LA OEA Y OTROS ESTADOS	CONVENCIONES Y PROTOCOLOS																				
	Conflicto de leyes en materia de letra de cambio, pagarés y facturas (CIDIP-I, 1975)	Conflicto de leyes en materia de cheques (CIDIP-I, 1975)*	Arbitraje comercial internacional (CIDIP-I, 1975)*	Exhortos o cartas rogatorias (CIDIP-I, 1975)*	Recepción de pruebas en el extranjero (CIDIP-I, 1975)*	Regimen legal de poderes utilizados en extranjero (CIDIP-I, 1975)*	Conflicto de leyes en materia de cheques (CIDIP-II, 1979)*	Conflicto de leyes en materia de sociedades mercantiles (CIDIP-II, 1979)*	Eficacia transnacional de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros (CIDIP-II, 1979)*	Cumplimiento de medidas cautelares (CIDIP-II, 1979)**	Prueba e información acerca del derecho extranjero (CIDIP-II, 1979)*	Domicilio personal físico en derecho internacional privado (CIDIP-II, 1979)*	Normas procesales de derecho internacional privado (CIDIP-II, 1979)*	Protocolo adicional Convención sobre arbitros o cartas rogatorias (CIDIP-II, 1979)*	Conflicto leyes materia de adopción de menores (CIDIP-III, 1984)*	Presencia de hijos: personas jurídicas en derecho internacional privado (CIDIP-III, 1984)*	Convención sobre el tráfico de personas extranjeras (CIDIP-III, 1984)**	Protocolo adicional Convención sobre pruebas en el extranjero (CIDIP-III, 1984)*	Convención sobre obligaciones alimentarias (CIDIP-IV, 1989)**	Convención sobre contrato transporte internacional de mercancías por carretera (CIDIP-IV, 1989)**	Convención sobre modificación internacional de leyes (CIDIP-IV, 1989)**
Antigua y Barbuda																					
Argentina	R		S	R	R	R		R	R	R	R		R	R				A	S		S
Bahamas (Commonwealth de las)																					
Barbados																					
Belize																					
Bolivia	S	S	S	S	S	S	S	S	S	S	S	S	S	S	S	S	S	S	S	S	S
Brasil	S	S	S	S	S	S	S	S	S	S	S	S	S	S	S	S	S	S	S	S	S
Canadá	S	S	S	S	S	S	S	S	S	S	S	S	S	S	S	S	S	S	S	S	S
Colombia	S	S	R	S	R	R		S	S	S	S	S	S	S	S	S	S	S	S	S	S
Costa Rica	R	R	R	R	R	R		S	S	S	S	S	S	S	S	S	S	S	S	S	S
Chile	R	R	R	R	R	R		S	S	S	S	S	S	S	S	S	S	S	S	S	S
Dominicana (Commonwealth de)																					
Ecuador	R	R	R	R	R	R		S	S	S	S	S	S	S	S	S	S	S	S	S	S
El Salvador	R	S	R	R	R	R		S	S	S	S	S	S	S	S	S	S	S	S	S	S
España				A								A									
Estados Unidos			R	R										R							
Grenada																					
Guatemala	R	R	R	R	R	R	R	S	R	R	R	R	R			A		S	S	S	S
Guyana																					
Haiti							S	S	S	S	S	S	S	S	S	S	S	S	S	S	S
Honduras	R	R	R	R	R	R	S	S	S	S	S	S	S	S	S	S	S	S	S	S	S
Jamaica																					
México	R	R	R	R	R			R	R	R	R	R	R	R	R	R	R	R	R	R	R
Nicaragua	S	S	S	S	S					R	R	R	R	R	R	R	R	R	R	R	R
Panamá	R	R	R	R	R	R		S	S	S	S	S	S	S	S	S	S	S	S	S	S
Paraguay	R	R	R	R	R	R		S	S	S	S	S	S	S	S	S	S	S	S	S	S
Perú	R	R	R	R	R	R		S	S	S	S	S	S	S	S	S	S	S	S	S	S
República Dominicana	R	S	S		R	R		S	S	S	S	S	S	S	S	S	S	S	S	S	S
Santa Lucía																					
San Vicente y Las Granadinas																					
St. Kitts y Nevis																					
Suriname																					
Trinidad y Tobago																					
Uruguay	R	R	R	R	R	R	R	R	R	R	R	R	R	R	S	S	S	S	S	S	S
Venezuela	R	S	R	R	R	R	R	R	R	R	R	R	R	R	S	S	S	S	S	S	S

Estados Partes

\* En vigor. Estos instrumentos internacionales entran en vigor después de 30 días del depósito de dos instrumentos de ratificación.

\*\* No está en vigor.

R = Ratificación  
S = Firma  
A = Adhesión